

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 – Caution personne physique – Proportionnalité de son engagement – Application dans le temps de l'article L. 341-4 du Code de la consommation

Cass. ch. mixte, 22 septembre 2006, n° 244 P+B+R+I, M. X et autres c/ Caisse régionale de crédit agricole mutuel (CRCAM) de l'Oise

L'article L. 341-4 du Code de la consommation issu de la loi du 1^{er} août 2003 n'est pas applicable aux cautionnements souscrits antérieurement à son entrée en vigueur.

Il est posé à l'article L. 341-4 nouveau du Code de la consommation qu'*"un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation"*.

1. D. 2006, A.J., p. 2391, obs. V. Avena-Robardet.

2. Sur cette loi, V. P. Crocq, RTDciv. 2004, p. 121 ; V. Avena-Robardet, D. 2003, chron. p. 2083 ; D. Legeais, JCP E 2003, 1433 ; D. Houtcieff, JCP 2003, I, 161.

3. Rappelons ici que l'article L. 431-5 du Code de l'organisation judiciaire pose que le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes.

4. Ainsi que le fait observer M. Houtcieff : <http://leblogdedimitrihoutcieff.blogspot.com/archive/2006/09/25/de-la-non-applicabilite-de-la-loi-dutreuil-aux-cautionnements.html#more>.

5. M. l'avocat général Allix (avis préc.) relève que sur 24 décisions répertoriées par le service d'études et de documentation de la Cour de cassation fin 2005, 21 décisions refusent l'application immédiate de l'article L. 341-4 aux cautionnements en cours. V. par exemple Caen, 10 juin 2004, D. 2004, p. 2437, obs. V. Avena-Robardet, RTD civ. 2004, p. 757, obs. P. Crocq ; Banque & Droit novembre-décembre 2004, p. 48, obs. N. R. jugeant que le législateur n'a pas disposé expressément que l'article L.341-4 du Code de la consommation s'appliquerait au cautionnement souscrit avant son entrée en vigueur et que l'intention non équivoque du législateur d'appliquer le nouveau texte aux engagements de cautions souscrits antérieurement à son entrée en vigueur n'est donc pas établi ; dans le même sens, CA Orléans, 13 avril 2006, Bull.

Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 22 septembre 2006¹ vient de trancher l'importante question de savoir si ce texte est applicable aux cautionnements conclus avant son entrée en vigueur, c'est-à-dire avant février 2004 (date de l'entrée en vigueur de la loi Dutreil, du 1^{er} août 2003², qui a introduit l'article L. 341-4 dans le Code de la consommation).

Il s'agit manifestement d'un arrêt auquel la Cour de cassation a voulu que l'on prête une grande attention, chez elle et ailleurs. L'arrêt a ainsi été rendu par une chambre mixte, d'emblée, alors que la Cour de cassation était pour la première fois saisie de la question³. En outre, l'arrêt a été intégralement publié, en ligne, au Bulletin d'information de la Cour de cassation, en même temps que l'avis de M. Allix, avocat général, et le rapport de Mme Marais, Conseiller rapporteur, au demeurant très éclairants l'un et l'autre.

La réponse à la question posée, il est vrai, n'était pas si évidente qu'il y paraît⁴. De fait, la jurisprudence était partagée. Une forte majorité de décisions avait certes pris parti pour la non-application de l'article L. 341-4 aux cautionnements en cours⁵. Mais dans certains arrêts de cours d'appel il était pris un parti exactement inverse⁶.

inf. C. Cass. 2006, n° 2054 ; C.A. Lyon, 29 juin 2006, Bull. inf. C. Cass. 2006, n° 2055 ; V. aussi Ph. Simler, et les nombreuses décisions citées, JCP 2005, I, 135, n° 1.

6. En ce sens, V. CA Rennes, 19 décembre 2003, JCP E 2004, p. 1246, obs. Ph. Simler ; RD bancaire et financier 2004, n° 115, obs. D. Legeais ; CA Paris, 2 décembre 2005, D. 2006, p. 295, obs. V. Avena-Robardet ; dans le même sens, V. CA Aix-en-Provence, 1^{er} décembre 2004, citée par M. Allix (avis préc.) ; adde CA Douai, 25 janvier 2006, Bull. inf. C. cass. 2006, n° 2053, jugeant que l'article L. 341-4 du Code de la consommation est d'application immédiate pour les dispositions relatives à la proportionnalité et différée au 6 février 2004 pour les dispositions intéressant le formalisme du cautionnement et l'information des cautions ; le même arrêt a aussi affirmé que le dispositif de l'article L. 341-4 ne comporte aucune disposition dérogatoire selon la nature ou l'objet du cautionnement souscrit et trouve dès lors à s'appliquer au dirigeant de société se portant des engagements de la société, et notamment à celui qui s'est porté avaliste d'un billet à ordre souscrit par sa société au profit d'une banque, peu important le caractère commercial de l'aval souscrit et les spécificités de la garantie cambiaire ; adde sur cette question, V. Avena-Robardet, obs. préc. sur Cass. ch. mixte, 22 septembre 2006, qui estime que l'article L. 341-4 s'applique à tout cautionnement consenti par une personne physique quelle qu'elle soit au profit d'un créancier professionnel quel qu'il soit et en conclut que *"à des termes généraux doit correspondre un traitement indifférencié"*.

La doctrine, quant à elle, était plus partagée encore, si l'on peut dire, puisque, si elle se répartissait elle aussi en deux groupes, c'était en deux groupes d'importance à peu près égale.

Certains auteurs, parmi les plus éminents, avaient ainsi plaidé pour une application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation aux cautionnements souscrits avant son entrée en vigueur⁷.

Un premier argument susceptible de convaincre du bien fondé d'une telle application consistait à présenter la loi du 1^{er} août 2003 comme une loi en quelque sorte interprétative, mettant fin aux hésitations qu'avait fait naître la jurisprudence Macron-Nahoum⁸ et certaines divergences entre chambres quant à la portée du principe de proportionnalité. Un autre argument consistait à présenter la loi du 1^{er} août 2003 comme ayant trait aux effets du contrat, ce qui pouvait sans doute conduire à admettre l'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation aux cautionnements en cours puisque l'on sait qu'il y a exception au principe de la survie de la loi ancienne (supposée continuer de régir les effets des situations contractuelles en cours jusqu'à leur extinction, en application des principes les plus classiques⁹) lorsque la loi nouvelle relève de l'ordre public.

Ces arguments n'ont cependant pas prospéré.

La loi Dutreil, d'abord, n'est pas simplement interprétative. La sanction désormais prévue (une décharge totale, en application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation) est bien différente de ce qu'elle était jusque-là en application de la jurisprudence Macron-Nahoum (une condamnation au versement de dommages-intérêts, proportionnée au préjudice subi et qui ne mettait normalement pas fin à l'engagement de garantir). On peut ajouter que le domaine de l'article L. 341-4 du Code de la consommation n'est pas celui de la jurisprudence dont (il est vrai) il s'inspire : ainsi l'article L. 341-4 a-t-il un domaine étendu au cautionnement souscrit par toute personne physique, sans qu'il soit distingué en fonction de son niveau de connaissance du monde des affaires (les dirigeants d'entreprise sont ainsi concernés comme les autres a priori). Le droit positif a donc été modifié, ainsi que le relève le conseiller-rapporteur Marais.

Par ailleurs, il ne résulte pas de l'article L. 341-4 du Code de la consommation un simple aménagement des effets du cautionnement. Le texte est relatif aux conditions

de la création d'une situation juridique efficace¹⁰, quand bien même ne poserait-il pas à proprement parler une condition de validité du cautionnement. Et il faut noter que c'est un comportement antérieur à la loi que l'on sanctionnerait par une application aux contrats en cours¹¹. Aussi bien, appliquer l'article L. 341-4 du Code de la consommation à ces contrats serait bien faire du texte une application rétroactive. Or une telle application de la loi n'est permise qu'à la condition que la loi se déclare expressément rétroactive (et, à cet égard, une simple déclaration faite lors des débats parlementaires ne saurait suffire¹²). Au surplus, les instances en cours ne peuvent être concernées que s'il existe un motif impérieux d'intérêt général¹³.

Partant, il semblait ne rester guère d'autre choix à la Cour de cassation que de juger, conformément à ce que l'avocat général lui suggérait, que "L'article L. 341-4 du Code de la consommation issu de la loi du 1^{er} août 2003 n'est pas applicable aux cautionnements souscrits antérieurement à son entrée en vigueur".

Fallait-il alors se poser la question de savoir si la responsabilité contractuelle du créancier ne devait tout de même pas être retenue, et l'engagement de la caution réduit en conséquence, en application du devoir de modération jurisprudentiel (la jurisprudence Macron-Nahoum) ? Les cautions l'auraient naturellement souhaité qui, dans un premier moyen de cassation, ont essayé d'établir que la charge de remboursement du prêt consenti en l'espèce était trop lourde pour elles et que la banque avait eu sur les risques de l'opération garantie et leurs capacités de remboursement des informations qu'elles-mêmes ignoraient. Ce moyen manquant en fait, cependant, il n'est pas examiné. Nous retiendrons que, rédigé sur le fondement de considérations plus sérieuses, il aurait certainement pu l'être.

F. J.

Cautionnement – Action en annulation du cautionnement – Prescription quinquennale – Exception de nullité (non)

Cass. 2^e civ., 14 septembre 2006, n° 1329, FS-P+B, Madame X et M. Y c/ S.C.P. Z

■ Ayant relevé que des personnes avaient agi par voie d'action principale en annulation de l'acte de cautionnement qu'elles

d'Amiens qui avait statué en l'espèce.

11. D. Fenouillet, RTD civ. 2004, p. 304.

12. Il avait été déclaré en séance par le sénateur Hyst que le dispositif de la loi Dutreil devrait s'appliquer "immédiatement, à toute cautions existantes ou à venir". Monsieur l'Avocat général Allix fait toutefois justement observer que "les opinions émises lors du vote de la loi [...] ne sauraient, à elles seules, tenir en échec la règle de principe selon laquelle les situations en cours lors de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle restent régies, tant en ce qui concerne leurs conditions de validité que la détermination de leurs effets, par les dispositions en vigueur lors de leur création".

13. V. Cass. ass. plén., 23 janvier 2004, Bull. civ. n° 2 ; D. 2004, p. 1108, note P.-Y. Gautier ; RTD civ. 2004, p. 341, obs. Ph. Théry, et p. 598, obs. P. Deumier, jugeant que si le législateur peut adopter, en matière civile, des dispositions rétroactives, le principe de prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrés par l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la Justice afin d'influer sur le dénouement judiciaire des litiges ; adde Ph. Malaurie et P. Morvan, *Introduction générale*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 270.

7. V. D. Legeais, "Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit commun du cautionnement – Commentaire des dispositions relatives au cautionnement introduites par les lois du 1^{er} août 2003 relatives à l'initiative économique et sur la ville", JCP E 2003, p. 1433 ; Ch. Atias, Propos sur l'article L. 314-4 du Code de la consommation – L'impossibilité de se prévaloir d'un engagement valable D. 2003, p. 2620 ; adde : D. Houtcieff, "Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique", JCP 2003, I, 161.

8. Cass. com., 17 juin 1997 (Macron), Bull. civ. IV, n° 188 ; JCP E 1997, II, 1007, note D. Legeais ; Defrénois 1997, p. 1424, obs. L. Aynès, RTD civ. 1998, p. 100, obs. J. Mestre, et p. 157, obs. P. Crocq. Cass. com., 8 oct. 2002 (Nahoum), Bull. civ. IV, n° 136 ; JCP 2003, II, 10017, note Y. Picod, et I, 124, n° 6, obs. Ph. Simler ; Defrénois 2003, p. 456, note S. Piedelièvre, et p. 411, obs. Ph. Théry ; Contrats Conc. Consom. 2003, n° 20, obs. L. Leveneur ; RTD civ. 2003, p. 125, obs. P. Crocq ; RTD com. 2003, p. 151, obs. D. Legeais, Banque & Droit janvier-février 2003, p. 52, obs. F. Jacob.

9. V. par exemple J.-L. Aubert, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, Sirey, 11^e éd., 2006, n° 106.

10. P. Crocq, RTD civ. 2004, p. 121, analyse reprise par la cour d'appel

avaient souscrit et qu'elles n'étaient pas défendeurs, une cour d'appel en a exactement déduit que ces personnes ne pouvaient se prévaloir d'une quelconque exception de nullité, et que leur action, exercée plus de cinq ans après la signature de l'acte, était prescrite.

L'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté.

En vertu de l'adage *Quae temporalia ad agendum perpetua sunt ad excipiendum* (L'action est temporaire, l'exception est perpétuelle¹⁴), la prescription éteint seulement le droit d'exercer l'action en nullité contre un acte juridique et non celui de soulever l'exception de nullité, à savoir d'opposer la nullité comme moyen de défense à une demande d'exécution¹⁵. Autrement dit, l'exception de nullité permet d'invoquer la nullité d'un contrat après l'expiration du délai de la prescription lorsqu'il n'a pas été exécuté¹⁶. Un arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 14 septembre 2006¹⁷ vient d'appliquer cette solution, pour la première fois à notre connaissance, à une action en nullité d'un cautionnement.

En l'occurrence, deux personnes physiques se sont portées cautions hypothécaires à l'égard d'une banque des dettes d'une société. La banque ayant fait sommation aux cautions de lui payer une certaine somme et procédé à la saisie de l'immeuble hypothéqué, celles-ci l'ont assignée par acte des 12 et 17 avril 2002 aux fins de voir prononcer la nullité du cautionnement. Une cour d'appel a jugé leur action irrecevable comme prescrite. Le pourvoi formé par les cautions contre la décision des juges du fond leur faisait grief d'avoir statué ainsi alors que leur action tendait à exciper de l'exception de nullité du contrat et qu'en décidant le contraire, les juges d'appel avaient violé les articles 1304 et 2262 du Code civil, ensemble le principe selon lequel l'exception de nullité est perpétuelle.

Mais leur pourvoi est rejeté par la deuxième chambre civile : *"ayant relevé que Mme C. et M. G. avaient agi par voie d'action principale en annulation de l'acte de cautionnement et qu'ils n'étaient pas défendeurs, la cour d'appel en a exactement déduit que ceux-ci ne pouvaient se prévaloir d'une quelconque exception de nullité, et que leur action, exercée plus de cinq ans après la signature de l'acte était prescrite"* et ajoute *"que l'exception de nullité peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté"*.

14. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4^e éd., 1999, n° 60, p. 109 ; adde M. Storck, L'exception de nullité en droit privé, D. 1987, Chron. p. 67 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 708.

15. V. notamment Cass. 3^e civ., 10 mai 2001, Bull. civ. III, n° 61, jugeant que si l'exception de nullité est perpétuelle, elle peut seulement jouer pour faire échec à la demande d'exécution d'un acte juridique qui n'a pas encore été exécuté ; dans le même sens, Cass. com., 6 juin 2001, Bull. civ. IV, n° 113 ; Cass. 3^e civ., 30 janvier 2002, D. 2002, p. 2837, obs. critiques L. Aynès ; Cass. 1^{re} civ., 5 mars 2002, Bull. civ. I, n° 76.

16. L'article 1130 alinéa 2 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations écarte le jeu de l'exception de nullité si le contrat a reçu un commencement d'exécution avant l'expiration du délai de prescription : *"l'exception de nullité ne se prescrit pas si elle se rapporte à une convention qui n'a reçu aucune exécution"*.

17. Procédures 2006, n° 240, obs. H. Croze ; Rev. Lamy Droit civil 2006, n° 2268, obs. M. Mignot.

18. H. Croze, note préc.

19. V. notamment H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, préc. ; L. Aynès, obs. préc. sur Cass. 3^e civ. 30 janvier 2002, qui conteste l'utilité

Comme l'a souligné un fin spécialiste de la procédure civile et du contentieux du cautionnement¹⁸, cette décision attire l'attention sur un *"abominable piège"* : si l'action en nullité d'un acte juridique est prescrite, celui qui veut se prévaloir de la nullité doit se placer procéduralement en position de défense. Or, en l'espèce, les cautions avaient certes invoqué la nullité de leur engagement en défense à une procédure d'exécution forcée immobilière diligentée par le créancier mais elles avaient engagé à cet effet une action en annulation. Dans ces conditions, la nullité n'était pas soulevée par voie d'exception, de sorte que le principe de la perpétuité de l'exception, qui est du reste contesté par une partie de la doctrine¹⁹, ne pouvait pas jouer.

La Cour de cassation rappelle en outre, surabondamment, que l'exception de nullité suppose que le contrat n'a pas été exécuté, ce qui laisse perplexe en l'espèce s'agissant d'une saisie immobilière mise en œuvre par un créancier sur le fondement d'un cautionnement hypothécaire²⁰...

N. R.

II. Sûretés réelles

Hypothèque – Substitution de garantie Refus du créancier – Faute du créancier (non)

Cass. 1^{re} civ., 5 juillet 2006, n° 1178 FS-P+B, M. et Mme X c/CRCAM Alpes-Provence

Le débiteur ne peut imposer au créancier de substituer une garantie à celle dont il dispose.

Une cour d'appel a légalement justifié sa décision en retenant, en l'absence d'offres réelles de paiement du débiteur, que la banque n'avait pas commis de faute en refusant de donner mainlevée des hypothèques alors que le débiteur devait rembourser des sommes dont le montant était litigieux.

La question de l'instauration d'un contrôle judiciaire sur la constitution et la réalisation des sûretés conventionnelles, qui pourrait être fondée sur l'idée de proportionnalité et sur la théorie de l'abus de droit, est débattue en doctrine²¹. Certains textes prévoient du reste un contrôle du juge sur les sûretés inutiles ou excessives (cf. notamment art. 2444 et 2445 C. civil concernant la réduction

et le bien-fondé de la règle ; H. Croze, note préc. ; comp. F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 9^e éd., 2005, n° 417 ; J. Flour, J.-L. Aubert et E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, T. 1, L'acte juridique, 12^e éd., Sirey, 2006, n° 356.

20. V. H. Croze, note préc.

21. V. notamment, en matière de sûretés réelles, J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Traité de droit civil, Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 192 et s., en faveur d'un *"recours en réduction des sûretés manifestement disproportionnées"* ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 4^e éd., 2004, n° 26-27 ; comp. L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2^e éd., 2006, n° 18, qui se montrent réservés quant au contrôle de l'opportunité d'une sûreté et du risque pris par le créancier mais qui estiment qu'*"il pourrait être admis qu'est entachée d'une cause illicite (C. civ., art. 1131) la convention constitutive d'une sûreté, par laquelle le créancier entend, en réalité, confisquer la liberté de gestion du constituant ou créer une situation de dépendance"* ; sur l'abus de sûreté, V. aussi Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4^e éd., 2006, n° 35 ; J. Mestre, *"Réflexions sur l'abus du droit de recouvrer sa créance"*, *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz-Sirey, 1985, p. 439.

tion judiciaire de l'hypothèque et surtout art. 22 L. n° 91-650 du 9 juillet 1991 22) et les nouvelles dispositions de l'article L. 650-1 du Code de commerce (issu de la loi n° 2005-845 de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005), sanctionnant la prise de garanties disproportionnées²³, sont de nature à relancer la discussion. Mais en dehors de ces dispositions spécifiques, la Cour de cassation semble très réservée pour l'instant quant au pouvoir du juge de s'immiscer dans la constitution ou la réalisation d'une sûreté conventionnelle. Un arrêt de la chambre commerciale du 2 juin 2004²⁴ avait ainsi déjà jugé, au visa des articles 1134 et 1147 du Code civil, que *"sauf fraude ou abus, le créancier qui bénéficie d'une pluralité de sûretés ne commet pas de faute en choisissant le moyen d'obtenir le paiement de sa créance"*. Un arrêt de la première chambre civile du 5 juillet 2006²⁵ vient encore de renforcer la liberté du créancier en matière de sûreté en jugeant que celui-ci ne peut se voir imposer la substitution d'une autre garantie à celle dont il dispose.

En l'occurrence, une banque avait consenti à des époux, mariés sous le régime de la séparation de biens, des prêts qui étaient garantis par des hypothèques conventionnelles. À la suite de l'annulation de deux prêts et de l'extinction de sa créance en restitution à l'encontre du mari, en raison du défaut de déclaration régulière de la créance au cours de la procédure collective dont celui-ci avait fait l'objet, la banque a assigné la femme en remboursement du capital des prêts annulés augmenté d'intérêts au taux légal. La défenderesse a alors demandé la mainlevée de l'hypothèque en contrepartie de la consignation des montants litigieux. La banque n'ayant pas consenti à donner cette mainlevée, la défenderesse a fait valoir que ce refus était abusif mais la cour d'appel d'Aix-en-Provence n'a pas retenu cet argument. Le pourvoi formé contre cette décision des juges du fond leur faisait grief d'avoir statué ainsi sans rechercher si l'offre de consignation de la somme litigieuse était satisfaisante, seul ce constat pouvant exclure l'existence d'un abus dans la réalisation de l'hypothèque.

Mais la première chambre civile rejette le pourvoi en jugeant que *"le débiteur ne peut imposer au créancier de substituer une garantie à celle dont il dispose; que la cour d'appel qui, en l'absence d'offres réelles de paiement, a retenu que la banque n'avait pas commis de faute en refusant de donner mainlevée des hypothèques alors que Madame X devait rembourser des sommes dont le montant était litigieux, a légalement justifié sa décision"*.

Cette solution appelle les deux observations suivantes.

1°) La substitution d'une garantie peut assurément être imposée à son bénéficiaire si un texte le prévoit. Ainsi, en matière de sûreté judiciaire, l'article 522 du nouveau Code de procédure civile (concernant la garantie réelle ou personnelle suffisante pour répondre de toute restitution ou réparations à laquelle peut être subordonnée l'exécu-

tion provisoire d'une décision de justice), dispose que *"le juge peut, à tout moment, autoriser la substitution à la garantie primitive d'une garantie équivalente"*. Mais en dehors d'une telle hypothèse, et particulier en matière de sûretés conventionnelles, ni le constituant, ni le juge ne peuvent imposer une substitution de garantie. Lorsque la garantie a été choisie par le créancier et consentie par le débiteur, admettre que la substitution puisse être imposée ultérieurement par le second sans l'accord du premier heurterait de front la force obligatoire du contrat et mènerait la sécurité du crédit. Aussi faut-il approuver la Cour de cassation d'avoir affirmé, de manière très générale, qu'une substitution de garantie ne peut pas être imposée au créancier par son débiteur.

2°) A la différence de la première chambre civile, dans son arrêt du 2 juin 2004²⁶, la chambre commerciale ne réserve pas expressément l'abus de droit du créancier mais elle admet implicitement que le refus de celui-ci d'accepter une substitution de garantie peut être fautif dans certains cas. Ainsi, la haute juridiction souligne qu'en l'espèce le refus du créancier de donner mainlevée des hypothèques ne pouvait être considéré comme fautif dès lors que le débiteur n'avait pas fait d'offres réelles (cf. art. 1257 à 1264 C. civil²⁷). Peut-être faut-il considérer, d'une manière plus générale, que le refus du créancier de consentir à une substitution de garantie est abusif lorsque le débiteur, justifiant d'un intérêt légitime, propose de substituer à la garantie primitive une autre garantie manifestement supérieure (voire seulement équivalente?). En tout état de cause, le seuil de l'abus en matière de substitution de garantie doit être placé à un niveau élevé car le créancier doit rester en principe seul maître de l'appréciation de la prise de sûretés et de leur mise en œuvre.

N. R.

Hypothèque – Renouvellement – Changement de créancier à la suite d'une fusion-absorption – Bordereau de renouvellement – Omission des modifications tenant à l'identité du créancier – Validité du renouvellement

Cass. 3^e civ., 11 octobre 2006, n° 1041 FS-P+B, Sté Credit Suisse France c/ Sté Cry Limited.

Une cour d'appel, ayant retenu que la société absorbante, qui était propriétaire des créances de la société absorbée et de ses accessoires, étant investie par le traité de fusion-absorption de l'universalité du patrimoine de cette dernière et venant tant activement que passivement aux droits de la société absorbée, et ayant exactement relevé que l'omission dans le bordereau de renouvellement des inscriptions hypothécaires des modifications tenant à l'identité du

22. Ce texte dispose que *"l'exécution... ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir l'exécution de l'obligation"* et que *"le juge de l'exécution a le pouvoir d'ordonner la mainlevée de toute mesure inutile ou abusive et de condamner le créancier à des dommages-intérêts en cas d'abus de saisie"*.

23. Pour une analyse approfondie de ces dispositions, V. notamment J. Moury, La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce, D. 2006, Chron., p. 1743.

24. Bull. civ. IV, n° 106 ; Contrats, concurrence, consommation, 2004,

n° 122, note L. Leveneur.

25. Rev. Lamy Droit civil, octobre 2006, n° 2231, obs. G. Marraud des Grottes.

26. Préc.

27. Aux termes de l'article 1257 du Code civil, lorsque le créancier refuse de recevoir le paiement du débiteur, celui-ci peut lui faire des offres réelles, et au refus du créancier de les accepter, consigner la somme ou la chose offerte. Les offres réelles suivies d'une consignation libèrent le débiteur.

créancier n'emporte pas nullité de ces renouvellements dès lors qu'il n'en résulte aucune aggravation de la situation du débiteur, a pu en déduire que les renouvellements litigieux, même faits ou non de la société dissoute, produisaient effet.

La question de l'incidence sur le cautionnement d'une opération de fusion-absorption affectant la personne du créancier est classique et n'est pas encore clairement réglée à ce jour²⁸. Le changement de créancier résultant d'une fusion-absorption peut aussi susciter des difficultés en matière d'hypothèque, comme en témoigne un arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 11 octobre 2006²⁹ qui mérite de retenir l'attention des établissements de crédit.

En l'espèce, une banque, qui était titulaire de créances hypothécaires, a fait l'objet, en 1991, d'une opération de fusion-absorption par une autre société. Celle-ci a ensuite procédé au renouvellement des inscriptions hypothécaires garantissant les créances dont elle avait acquis la propriété par l'effet de la transmission universelle du patrimoine de la société absorbée (cf. art. L. 236-3, I C. com.) mais – on sait que le diable dans les détails – a omis de mentionner, dans les bordereaux de renouvellement, les modifications concernant l'identité et le titre du nouveau créancier. Ayant constaté cette omission, un autre créancier a engagé une action afin que soit prononcée la nullité des inscriptions prises en renouvellement des hypothèques.

La cour d'appel de Versailles ayant rejeté cette demande, le pourvoi formé contre sa décision faisait valoir deux arguments tirés des dispositions relatives aux inscriptions hypothécaires. Il était soutenu, d'une part, qu'en vertu de l'article 2148 du Code civil, la demande d'inscription devait être faite sur deux bordereaux contenant la désignation du créancier, conformément au premier alinéa de l'article 5 et de l'article 6 du décret n° 55-22 du 4 janvier 1955 portant réforme de la publicité foncière, qui imposent l'identification d'une personne morale par mention de sa dénomination, avec, pour les sociétés, la forme

juridique, le siège social et le numéro d'immatriculation au registre du commerce et, d'autre part, que l'article 61-2 du décret n° 55-1350 relatif à la publicité foncière impose au créancier, lors d'un renouvellement et en cas de changement dans la personne, de présenter deux bordereaux mentionnant le créancier actuel et énonçant sommairement les causes et titres en vertu desquels il est devenu titulaire de la créance, de sorte que les renouvellements effectués par le nouveau créancier étaient en l'occurrence inopérants.

Mais la troisième chambre civile rejette le pourvoi : *“Ayant retenu que la société Alter deuxième du nom était propriétaire des créances depuis le 31 décembre 1991 et de ses accessoires, étant investie par traité de fusion-absorption de l'universalité du patrimoine de la société Alter première du nom et venant tant activement que passivement aux droits de la société absorbée, et exactement relevé que l'omission dans le bordereau de renouvellement des modifications tenant à l'identité du créancier n'emporte pas nullité des renouvellements dès lors qu'il n'en résulte aucune aggravation de la situation du débiteur, la cour d'appel a pu en déduire que les renouvellements litigieux, même faits au nom de la société dissoute, produisaient effet”*.

Ce disant, la troisième chambre civile revient sur la solution qu'elle avait retenue dans deux arrêts antérieurs (mais non publiés au Bulletin civil³⁰) et refuse à juste titre de sanctionner mécaniquement l'omission, dans le bordereau de renouvellement, des modifications tenant à l'identité du nouveau créancier et son titre. Transposant en quelque sorte la règle *“Pas de nullité, sans grief”* (cf. art. 114 NCPC concernant la nullité des actes de procédure pour vice de forme³¹), elle accepte de reconnaître une efficacité au bordereau irrégulier dès lors que l'omission n'a pas eu pour effet d'aggraver la situation du débiteur. L'absence d'aggravation de la situation du débiteur et, par ricochet, du risque couvert par son garant, pourrait du reste justifier d'une manière plus générale le maintien des sûretés en cas de changement de créancier³². N. R.

28. V. en dernier lieu, Cass. com., 8 novembre 2005, Bull. civ. IV, n° 218 ; Banque & Droit, janvier-février 2006, p. 52, 2^e espèce, obs. N. R.

29. D. 2006, AJ, p. 2668, obs. V. Avena-Robardet.

30. V. Cass. 3^e civ., 30 mars 2005, inédits, cités par V. Avena-Robardet, obs. préc., qui avaient jugé que le renouvellement d'une inscription hypothécaire était inopérant lorsque le bordereau ne mentionnait pas les modifications concernant l'identité du créancier par l'effet d'une cession de créance.

31. V. S. Guinchard et F. Ferrand, Procédure civile, Droit interne et droit communautaire, Dalloz, 28^e éd., 2006, n° 820.

32. V. notamment M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7^e éd., 2004, n° 313 (à propos de l'évolution de la considération du débiteur principal ou du créancier) et 471-8 (à propos de l'influence des fautes du créancier sur le risque garanti) ; adde nos obs. sur Cass. com., 20 février 2001, Banque & Droit mai-juin 2001, p. 47-48.