

Recueil Dalloz

Recueil Dalloz 2014 p. 1610

Droit des sûretés

juin 2013 - juin 2014

Pierre Crocq, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Directeur du Collège de droit, Directeur de l'Institut d'études judiciaires Pierre Raynaud

L'essentiel

Le propre d'un panorama de jurisprudence n'étant pas de rechercher l'exhaustivité mais, si possible, d'essayer de découvrir, au sein d'une actualité parfois foisonnante, les quelques grandes tendances qui ont pu marquer une matière pendant un peu plus d'une année, ce panorama de droit des sûretés, comme les précédents, sera empreint de subjectivité - la détection des grands axes d'une évolution impliquant nécessairement des choix - et il écartera donc certains arrêts qui, en dépit de leur intérêt certain, ne s'inscrivent pas dans une évolution générale. C'est ainsi que nous laisserons de côté, ici, pour ne citer que les arrêts les plus importants, d'une part, la reconnaissance par la Cour de cassation de ce que la fusion d'une société sous-caution est sans influence sur le sort du cautionnement (Com. 7 janv. 2014, n° 12-20.204, D. 2014. 77, obs. A. Lienhard , 1024, note N. Martial-Braz , et 1010, chron. H. Guillou  ; AJCA 2014. 32, obs. N. Picod  ; Rev. sociétés 2014. 291, note J.-J. Ansault  ; RTD civ. 2014. 156, obs. P. Crocq  ; RTD com. 2014. 171, obs. D. Legeais  ; RD banc. fin. 2014. Comm. 45, obs. A. Cerles ; RLDC mars 2014. 35, obs. J. Clavel-Thoraval ; JCP 2014. 236, obs. H. Hovasse, Doctr. 435, étude P. Simler, et JCP E 2014, 1033, note D. Legeais ; Gaz. Pal. 29-30 janv. 2014, p. 13, obs. M. Mignot ; Banque et Droit mars-avr. 2014. 40, obs. N. Rontchevsky. Adde M. Julienne, Sous-cautionnement, fusion et obligation de couverture, RLDC juin 2014. 35) et, d'autre part, l'affirmation selon laquelle la subrogation de l'Assurance de garantie des salaires (AGS) dans le bénéfice du privilège des salaires lui permet de primer un créancier hypothécaire en cas de liquidation judiciaire (Com. 11 juin 2014, n° 13-17.997 et n° 13-18.112, D. 2014. 1270, obs. A. Lienhard .

I - Evolutions générales

Au titre des évolutions susceptibles d'être observées dans l'ensemble du droit des sûretés, l'actualité de l'année écoulée aura été marquée, d'une part, par un renforcement général du caractère accessoire des sûretés (A) et, d'autre part, par l'émergence de réformes ou d'arrêts importants qui ont pour point commun d'être les conséquences directes de bévues législatives (B).

A - Renforcement du caractère accessoire des sûretés

Le renforcement du caractère accessoire s'est manifesté de trois manières différentes : d'abord, par une plus forte application du principe de l'opposabilité des exceptions en matière de cautionnement (1), ensuite, par la suppression de cette exception notable à la règle « *accessorium sequitur principale* » que constituait l'hypothèque rechargeable (2) et, enfin, par une consécration implicite de ladite règle dans le cas du dépôt de garantie (3).

1 - Cautionnement et opposabilité des exceptions

Le caractère accessoire étant de l'essence même du cautionnement, on ne peut concevoir l'existence d'un cautionnement à première demande dans lequel la caution renoncerait totalement à la possibilité d'opposer au créancier des exceptions inhérentes à la dette garantie. Dès lors, la mention des termes « à première demande » au sein d'un acte de cautionnement ne saurait priver ce dernier de son caractère accessoire et empêcher l'application de l'article 2308 du code civil sanctionnant la caution qui paie à mauvais escient. Cela a pour conséquence que la caution bancaire qui paie un créancier à première demande de sa part « sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur, quand celui-ci disposait, au moment du paiement, de moyens de faire déclarer la dette éteinte, est déchu de son recours contre ce débiteur, lequel est fondé, dès lors que ce recours a néanmoins été exercé, à demander la répétition des sommes versées » (**Com. 28 janv. 2014, n° 12-28.728**, RD banc. fin. 2014. Comm. 49, obs. D. Legeais). Il y a là, en effet, une différence fondamentale

entre le cautionnement et la garantie à première demande.

En application de ce caractère accessoire ainsi réaffirmé, la caution doit, en principe, pouvoir opposer au créancier toutes les exceptions que le débiteur principal peut faire valoir à l'encontre de ce dernier, sous réserve, toutefois, des dérogations que le législateur a pu parfois apporter à ce principe, et notamment de l'incapacité qui est une exception purement personnelle au débiteur principal. On sait, cependant, que la jurisprudence n'a pas toujours bien respecté ce principe et qu'elle a dilaté la catégorie des exceptions inopposables par la caution, car purement personnelles au débiteur principal, alors que, historiquement, cette catégorie ne comprenait que les seuls cas d'incapacité de ce débiteur. C'est ainsi que la Cour de cassation a affirmé, de manière tout à fait critiquable, que la caution « n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle » (Cass., ch. mixte, 8 juin 2007, n° 03-15.602, Bull. ch. mixte, n° 5 ; D. 2008. 514 , note L. Andreu , 2007. 1782, obs. V. Avena-Robardet , 2201, note D. Houtcieff , 2008. 871, obs. D. R. Martin , et 2104, obs. P. Crocq  ; AJDI 2008. 699 , obs. F. Cohet-Cordey  ; RTD civ. 2008. 331, obs. P. Crocq  ; RTD com. 2007. 585, obs. D. Legeais , et 835, obs. A. Martin-Serf  ; RLDC sept. 2007. 25, note L. Aynès ; JCP 2007. II. 10138, note P. Simler).

On peut, toutefois, se demander si cette jurisprudence est encore d'actualité aujourd'hui dans la mesure où la Cour de cassation semble être revenue à une application nettement plus orthodoxe de la règle de l'accessoire en admettant que la caution puisse opposer au créancier un manquement à son devoir de conseil à l'égard du débiteur principal (**Com. 5 nov. 2013, n° 11-25.111**, JCP 2014. Doctr. 635, obs. P. Simler) ou une rupture abusive de crédit (**Com. 18 mars 2014, n° 12-29.583**, D. 2014. 772 ; JCP 2014. Doctr. 635, obs. P. Simler), alors que ces exceptions sont tout aussi personnelles au débiteur principal que peut l'être le dol subi par ce dernier. On observera, cependant, que le caractère personnel de ces exceptions n'avait pas été invoqué par le créancier dans ces deux affaires, ce qui fait que l'on ne peut pas être encore absolument certain de ce « retour dans le droit chemin ».

Ce principe d'opposabilité des exceptions, qui est donc peut-être un peu mieux respecté par la jurisprudence actuelle, voit également aujourd'hui son domaine d'application s'étendre du fait d'une nouvelle intervention du législateur en matière de droit des entreprises en difficulté. On savait déjà qu'en cas d'ouverture d'une procédure de conciliation à l'encontre du débiteur principal, les cautions, et plus généralement tous les garants et coobligés, pouvaient se prévaloir des dispositions d'un accord de conciliation constaté ou homologué. Cette possibilité est désormais étendue par l'**ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014** aux délais qui sont susceptibles d'être accordés par le juge au débiteur principal lorsque, au cours de la procédure, ce dernier est poursuivi ou mis en demeure par un de ses créanciers (**art. L. 611-7, al. 5, et L. 611-10-2, al. 1^{er}, c. com.**).

2 - Feu l'hypothèque rechargeable

Funeste destin que celui de l'hypothèque rechargeable (rapp. C. Gijsbers, *Requiem* pour l'hypothèque rechargeable, RLDC mars 2014. 28) ! Elle a été créée pour de mauvaises raisons : en l'occurrence, une fascination pour le marché hypothécaire américain avait conduit le ministère des finances, avant la crise des *subprimes*, à en imposer la création à la commission Grimaldi, alors qu'un alignement des droits d'enregistrement de l'hypothèque sur ceux du privilège de prêteur de deniers aurait été bien plus utile pour relancer l'utilisation de l'hypothèque en France. Elle a été supprimée, par l'**article 46 de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014**, abrogeant l'article 2422 du code civil à compter du 1^{er} juillet 2014, pour des motifs qui sont encore bien pires et qui montrent tout l'amateurisme dont peut faire preuve notre législateur en matière de droit des sûretés. C'est, en effet, un risque de surendettement et de « *subprimes* à la française » qui a été invoqué pour justifier cette mesure (Rapp. n° 1156 rédigé par M. Hamadi et M^{me} Le Loch au nom de la Commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale sur le projet de loi relative à la consommation, spéc. p. 28), alors qu'un tel risque est inexistant en pratique du fait, d'une part, du devoir de conseil du notaire et, d'autre part, de l'impossibilité de recharger l'hypothèque au-delà du montant

initialement choisi (ainsi que cela a pourtant été souligné dans le Rapp. n° 809 rédigé sur le même projet par MM. Bourquin et Fauconnier au nom de la commission des affaires économiques du Sénat, p. 128).

Cette suppression de l'hypothèque rechargeable relève donc du fantasme législatif, ce qui apparaît d'autant plus lorsque l'on observe que cette loi ne s'est attaquée qu'à la seule hypothèque rechargeable, où le risque évoqué est inexistant, alors qu'elle a laissé de côté le cas de la fiducie rechargeable, où le risque d'une trop forte augmentation du crédit accordé en fonction d'un gonflement de la valeur du bien résultant d'une « bulle immobilière » pourrait, cette fois, réellement se produire (L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés - La publicité foncière*, LGDJ, 8^e éd., 2014, à paraître, n° 782).

Certes, on pourrait faire valoir que la mort de l'hypothèque rechargeable est celle d'un fantôme (C. Gijssbers, préc.) puisqu'elle n'était guère utilisée. Mais, précisément, cette faible utilisation avait pour conséquence qu'elle n'était pas dangereuse en pratique et que rien ne s'opposait donc à ce qu'on la maintînt dans notre code civil, tel un produit de niche ne servant que dans des cas bien spécifiques.

3 - Transmissibilité du dépôt de garantie

Bien qu'il en soit fait peu état dans les ouvrages consacrés au droit des sûretés, la forme la plus fréquente d'utilisation du transfert de somme d'argent à titre de sûreté est constituée par les dépôts de garantie qui accompagnent, d'une manière extrêmement fréquente, la conclusion des contrats de bail. Etant une sûreté, le dépôt de garantie doit être transmis à titre d'accessoire de la créance garantie en cas de cession du bail, ce qui implique, si le preneur n'a pas été défaillant, que l'obligation de restitution de ce dépôt pèse nécessairement sur le nouveau propriétaire du bien loué sans qu'il soit besoin pour cela d'une stipulation contractuelle en ce sens. Dans une hypothèse où l'immeuble loué avait fait l'objet d'un legs, la Cour de cassation avait cependant jugé le contraire au motif que « la restitution du dépôt de garantie incombe au bailleur originaire et ne se transmet pas à son ayant cause particulier » (Civ. 3^e, 25 févr. 2004, n° 02-16.589, D. 2004. 731 , et 2005. 749, obs. N. Damas  ; AJDI 2004. 379 , obs. Y. Rouquet  ; AJ fam. 2004. 147, obs. S. Deis-Beauquesne ) , mais cette jurisprudence critiquable a été brisée par le dernier alinéa du nouvel article 22 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 issu de la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 et affirmant désormais qu'« en cas de mutation à titre gratuit ou onéreux des locaux loués, la restitution du dépôt de garantie incombe au nouveau bailleur. Toute convention contraire n'a d'effet qu'entre les parties à la mutation ». Cela a logiquement conduit la jurisprudence à affirmer récemment que le nouveau propriétaire ne peut exiger du bailleur qu'il reconstitue le dépôt de garantie à son profit (alors même que l'acte de vente de l'immeuble ne contenait aucune disposition relative au sort de ce dépôt), sous-entendant ainsi que ce dépôt doit, ou à tout le moins aurait dû en l'espèce, être automatiquement transmis au nouveau propriétaire (**Civ. 3^e, 26 mars 2014, n° 13-10.698**, D. 2014. 825).

B - Réparation de bévues législatives

L'amateurisme législatif déjà dénoncé (V., *supra*, I, A, 2) engendre de nombreuses bévues en droit des sûretés, ce qui soit implique une nouvelle intervention législative, ainsi que l'ordonnance du 12 mars 2014 l'a montré à propos des recours des garants (1) ou de la déclaration d'insaisissabilité (2), soit conduit la jurisprudence à devoir faire face, tant bien que mal, à des problèmes qui n'auraient jamais dû se poser si la loi avait été correctement rédigée, comme l'illustrent les arrêts récemment rendus à propos du gage de stocks (3) ou du nantissement de fonds de commerce (4). Au regard de ces évolutions législatives et jurisprudentielles, le bilan de l'année écoulée est globalement positif du point de vue de l'amélioration de la qualité de la norme en droit des sûretés, même si la dernière réforme du droit des procédures collectives a, à son tour, fait naître quelques petites interrogations en matière de réserve de propriété (5).

1 - Garants et procédures collectives : le recours pour tous !

Alors que la réforme du droit des procédures collectives par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 avait pris soin, dans tous les articles du livre VI du code commerce, d'aligner le régime juridique de tous les garants de la dette d'autrui sur celui de la caution, un oubli, déjà commis lors de la précédente réforme de 2005, demeurait cependant à l'issue de celle de 2008, dans la mesure où l'article L. 643-11, II, du code de commerce n'avait pas alors été modifié et que, de ce fait, il continuait à ne protéger que « la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur » en lui permettant d'exercer un recours contre le débiteur principal en dépit de la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire de ce dernier. Cette lacune est désormais comblée par l'article 78 de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, puisque le **nouvel article L. 643-11, II, du code de commerce** prévoit aujourd'hui que « les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent poursuivre le débiteur s'ils ont payé à la place de celui-ci » et le lien qui est ainsi logiquement fait entre l'obligation pour le garant de payer le créancier et le bénéfice (au moins théorique) d'un recours après paiement contre le débiteur principal se retrouve également dans la nouvelle procédure de rétablissement professionnel sans liquidation.

En effet, le législateur, en s'inspirant de ce qui était déjà énoncé par l'article L. 332-9 du code de la consommation dans le cas du rétablissement personnel, affirme que si la clôture de cette procédure entraîne l'effacement des dettes du débiteur à l'égard des créanciers visés au **nouvel article L. 645-11 du code de commerce**, il en va, toutefois, différemment s'agissant des créances mentionnées à l'article L. 643-11, II, du même code et cette protection des garants se trouve renforcée par la création récente d'une obligation de les informer de l'ouverture de la procédure de rétablissement professionnel (**art. R. 645-11 c. com. issu du Décr. n° 2014-736, 30 juin 2014**).

En bref, un recours après paiement subsiste en principe pour tous les garants, et ce, quelle que soit l'issue de la procédure collective ! On rappellera toutefois que, depuis la loi n° 2010-737 du 1^{er} juillet 2010, ce principe connaît une exception dans le cas des garants personnes morales et du surendettement des particuliers.

2 - Déclaration d'insaisissabilité : l'armure se fend

Le lecteur pourrait s'étonner de ce que la déclaration d'insaisissabilité, prévue aux articles L. 526-1 et suivants du code de commerce, soit envisagée au sein de ce panorama de droit des sûretés. Ceci tient au fait que le mécanisme mis en place par le législateur, en 2003 puis en 2008, permet à un débiteur, en déclarant l'insaisissabilité de l'un de ses immeubles puis en renonçant à celle-ci en faveur d'un créancier déterminé, de constituer au profit de ce dernier une sorte de « sûreté réelle négative », laquelle est particulièrement efficace puisque le bien ne pourra plus être saisi par d'autres créanciers, dès lors que leur créance sera née après la publication de la déclaration à raison de l'activité professionnelle du déclarant, et puisque cette insaisissabilité sera opposable à une éventuelle procédure collective du déclarant (Com. 28 juin 2011, n° 10-15.482, D. 2011. 1751, obs. A. Lienhard , 2485, point de vue V. Legrand , 2012. 1509, obs. A. Leborgne , 1573, obs. P. Crocq , 2196, obs. P.-M. Le Corre , et 2013. 318, point de vue P. Hoonakker  ; Rev. sociétés 2011. 526, obs. P. Roussel Galle  ; Dr. et patr. nov. 2011. 74, obs. P. Crocq).

Une telle arme pouvait même paraître trop efficace puisque la Cour de cassation a affirmé, de manière critiquable selon nous, que le liquidateur ne pouvant agir que dans l'intérêt de tous les créanciers et non dans l'intérêt d'une partie seulement d'entre eux, il n'a pas qualité pour agir en inopposabilité d'une déclaration qui n'aurait pas été régulièrement publiée (Com. 13 mars 2012, n° 11-15.438, D. 2012. 807, obs. A. Lienhard , 1460, note F. Marmoz , 1573, obs. P. Crocq , 2196, obs. P.-M. Le Corre , et 2013. 318, point de vue P. Hoonakker  ; Rev. sociétés 2012. 394, obs. L. C. Henry , ni même pour exercer l'action paulienne (Com. 23 avr. 2013, n° 12-16.035, D. 2013. 1127, obs. A. Lienhard , et 2363, obs. F.-X. Lucas  ; Rev. sociétés 2013. 377, obs. P. Roussel Galle ). Cette efficacité excessive se trouve, toutefois, doublement réduite aujourd'hui.

D'une part, l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 limite les possibilités de fraude en

réparant un fâcheux oubli commis en 2003 et 2008 et en soumettant enfin la déclaration d'insaisissabilité aux nullités de la période suspecte. C'est ainsi que la déclaration d'insaisissabilité effectuée après la date de la cessation des paiements est frappée de nullité obligatoire (**art. L. 632-1, I, 12°, c. com.**), tandis que celle effectuée dans les six mois précédant la cessation des paiements relève désormais des actes susceptibles d'une nullité facultative (**art. L. 632-1, II, c. com.**).

D'autre part, la chambre commerciale de la Cour de cassation a récemment jugé que « l'article L. 526-1 du code de commerce, d'interprétation stricte, interdit la saisie du bien objet de la déclaration d'insaisissabilité, mais non l'inscription d'une hypothèque judiciaire à titre conservatoire sur ce bien » (**Com. 11 juin 2014, n° 13-13.643**, D. 2014. 1326), ce qui réduit l'intérêt de la « sûreté réelle négative » puisque cela semble bien impliquer qu'un créancier, dont la créance est née après la publication de la déclaration à raison de l'activité professionnelle du débiteur, puisse tout de même faire valoir un droit de préférence sur le prix de vente du bien déclaré insaisissable (dès lors que la vente de ce bien n'a pas eu lieu à son initiative), et ce, en dépit du report de l'insaisissabilité sur ce prix de vente. En effet, à défaut, on ne verrait guère comment concilier l'insaisissabilité, l'admission jurisprudentielle de l'inscription d'une hypothèque et la nécessité, en droit ou en fait, de procéder à la purge lors de la vente de l'immeuble concerné.

3 - Gage de stocks de droit commun : résistance !

La création du gage des stocks au sein des articles L. 527-1 et suivants du code de commerce est sans doute l'archétype de la bévue législative : un régime juridique inutile, car faisant double emploi avec celui du gage de choses fongibles de droit commun (art. 2341 et 2342 c. civ.), et, de plus, totalement inadapté, puisqu'il est plus sévère que le régime de droit commun sans que l'on n'ait jamais bien compris pourquoi la réglementation d'une sûreté concernant des professionnels devrait être plus sévère que celle de la même sûreté lorsqu'elle est utilisée par n'importe quel sujet de droit.

La logique aurait donc voulu que l'on neutralisât les conséquences néfastes de cette réglementation malvenue en admettant le jeu de la liberté contractuelle et en laissant les parties constituer un gage de stocks sur le seul fondement du droit commun, mais l'on sait que la chambre commerciale de la Cour de cassation en a curieusement décidé autrement (Com. 19 févr. 2013, n° 11-21.763, D. 2013. 1172, chron. H. Guillou , et 1706, obs. P. Crocq  ; RTD civ. 2013. 418, obs. P. Crocq  ; RTD com. 2013. 328, obs. B. Bouloc , et 574, obs. D. Legeais  ; Dr. et patr. juill.-août 2013. 96, obs. A. Aynès ; JCP 2013. 299, obs. A. Cerles, 585, obs. P. Delebecque, et 539, note N. Martial-Braz ; Gaz. Pal. 20-21 mars 2013, p. 22, obs. M.-P. Dumont-Lefrand, et 12-13 avr. 2013, p. 29, obs. P. Pailler ; Act. proc. coll. 2013, n° 71, obs. E. Le Corre-Broly ; RD banc. fin. 2013. Comm. 59, obs. D. Legeais ; RLDC avr. 2013. 35, obs. G. Marraud des Grottes ; Banque et Droit mars-avr. 2013. 52, obs. N. Rontchevsky ; *adde*, à propos de cet arrêt, L. d'Avout et F. Danos, Collisions de régimes juridiques en matière de sûretés réelles, Dr. et patr. juill.-août 2013. 24 ; C. Gijbsbers, L'exclusion du droit commun du gage par le régime spécial du gage des stocks, RLDC avr. 2013. 26 ; V. Lasbordes-de Virville, L'avenir incertain du gage de stocks du code de commerce après l'arrêt du 19 février 2013 : à propos de l'interdiction d'une soumission conventionnelle au gage du code civil, Rev. proc. coll. 2013. Etude 20).

Ayant déjà largement critiqué cet arrêt dans un précédent commentaire, nous ne reprendrons pas ici les arguments qui peuvent lui être opposés si ce n'est, d'une part, pour souligner le fait qu'il donne lieu à des dérives auxquelles la chambre commerciale n'avait certainement pas songé (V., considérant que le fait d'être dans le domaine d'application potentiel d'une sûreté spéciale interdirait de constituer une sûreté sur le terrain du droit commun et refusant, en conséquence, la validité d'un gage de stocks de droit commun avec dépossession et entierement, **Amiens, 26 sept. 2013, n° 12/05024**, JCP 2014. Doctr. 635, obs. P. Delebecque) et, d'autre part et surtout, pour saluer la salutaire résistance de la cour d'appel de Paris qui, dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt précité rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 19 février 2013, a refusé de se soumettre à celle-ci (**Paris, pôle 5, ch. 9, 27 févr. 2014, n° 13/03840**, D. 2014. 924, obs. C. Gijbsbers ; RLDC juill.-août 2014.

38, obs. J. Clavel-Thoraval ; JCP 2014. Doctr. 635, obs. P. Delebecque ; Gaz. Pal. 4-5 juin 2014, p. 20, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Banque et Droit mai-juin 2014. 58, obs. N. Rontchevsky. *Adde* Y. Beckers, Quel gage pour les établissements de crédit ? Gage de droit commun sans dépossession ou gage de stocks ?, RD banc. fin. 2014. 111).

Cette résistance devrait, à présent, donner lieu à une saisine de l'assemblée plénière de la Cour de cassation, laquelle est toujours une bonne occasion d'effectuer un revirement pour la Cour de cassation. C'est du moins ce que l'on peut espérer tout en souhaitant, d'une manière plus générale, une réforme législative de grande ampleur qui supprime, ou réduit à la portion congrue, toutes ces sûretés mobilières spéciales dont l'utilité a largement disparu avec la rénovation du droit commun du gage et du nantissement.

4 - Nantissement de fonds de commerce : non au droit de rétention !

« Bévüe + bévue = bouleversement inattendu ! » Telle est l'équation que la chambre commerciale de la Cour de cassation s'est refusée à appliquer en déniait le bénéfice d'un droit de rétention à un créancier titulaire d'un nantissement de fonds de commerce (**Com. 26 nov. 2013, n° 12-27.390**, RTD civ. 2014. 158, obs. P. Crocq  ; RD banc. fin. 2014. Comm. 51, obs. A. Cerles ; JCP 2014. Doctr. 635, obs. P. Delebecque).

En l'occurrence, il s'agissait de savoir si le fait que l'article 2355, alinéa 5, du code civil fasse des règles applicables au gage le droit commun des nantissements « à défaut de dispositions spéciales » les régissant (ce qui est une première erreur, car un régime juridique propre à des biens corporels ne peut s'appliquer de manière satisfaisante à des biens incorporels) avait, ou non, pour conséquence que le droit de rétention fictif attaché à tous les gages sans dépossession par l'article 2286, 4°, du code civil (ce qui est une deuxième erreur, car pour retenir il faut d'abord tenir et un droit de rétention ne peut se concevoir là où il n'y a pas un minimum de pouvoir de blocage) s'appliquait au nantissement de fonds de commerce.

La Cour de cassation le refuse au motif, notamment, que « les nantissements de fonds de commerce sont régis par des textes spéciaux, notamment l'article L. 142-1 du code de commerce », mais cela n'est guère convaincant, car les textes spéciaux relatifs au nantissement de fonds de commerce sont muets sur la question de l'existence ou de l'absence d'un droit de rétention fictif. Or « un régime spécial n'exclut totalement l'application du droit commun que si ce régime est complet » (N. Balat, Essai sur le droit commun, th. dactyl., Paris 2, 2014, n° 829). Une application littérale des articles du code civil aurait donc dû conduire à la solution inverse de celle retenue par la haute juridiction.

Cela aurait été assez cocasse puisque le nantissement de fonds de commerce aurait alors recouvré une primauté sur les privilèges du Trésor public, les erreurs normatives se retournant, de ce fait, contre l'Etat qui les a commises.

5 - Réserve de propriété : deux nouveaux petits oublis !

Comme toute réforme conséquente, la dernière réforme du droit des entreprises en difficulté comporte certainement son lot d'oublis, et l'on peut déjà en relever deux qui concernent le droit des sûretés puisqu'ils sont relatifs à la réserve de propriété.

Le premier oubli se trouve dans l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 elle-même. En effet, selon le **nouvel article L. 628-1, alinéa 1^{er}, du code de commerce**, qui en est issu, les dispositions de la section III du chapitre IV du titre II du livre VI du code de commerce, c'est-à-dire les règles du droit des procédures collectives relatives aux revendications et restitutions, ne sont pas applicables en matière de sauvegarde accélérée. Cela place actuellement le bénéficiaire d'une réserve de propriété dans une situation incertaine selon la doctrine (P.-M. Le Corre, Premiers regards sur l'ordonnance du 12 mars 2014 réformant le droit des entreprises en difficulté. Dispositions générales, D. 2014. 733 , spéc. n° 22 ; P. Pailler, Le sort des sûretés dans la nouvelle ordonnance de réforme du droit des procédures collectives du 12 mars 2014, RLDC mai 2014. 30), car soit la disposition signifie qu'en cas d'ouverture d'une sauvegarde accélérée, il ne peut pas revendiquer du tout et qu'il est donc

soumis aux délais du plan, soit elle veut dire, à l'inverse, qu'en l'absence de texte spécial limitant l'exercice de son droit de propriété, il peut librement revendiquer en application des règles de droit commun. Cette dernière interprétation semble nettement plus logique au regard du délai pour agir en revendication comparé à la durée d'une sauvegarde accélérée (trois mois dans les deux cas), et elle nous semble corroborée par le **nouvel article R. 628-1 du code de commerce**, issu du décret n° 2014-736 du 30 juin 2014 et selon lequel les articles R. 624-13 à R. 624-16 du code de commerce relatifs aux actions en revendication et en restitution ne sont pas applicables à la procédure de sauvegarde accélérée. Il faudra toutefois que la jurisprudence vienne dissiper toute incertitude en la matière.

Le deuxième oubli est issu du décret d'application de l'ordonnance du 12 mars 2014. Pour le comprendre, il convient de rappeler, tout d'abord, que lorsque l'objet d'une réserve de propriété est revendu, le paiement du prix de revente après l'ouverture d'une procédure collective ne peut pas remettre en question l'effectivité de la subrogation du bénéficiaire de la réserve de propriété sur la créance du prix de revente et le fait que ce bénéficiaire a un droit exclusif sur ce prix de revente. En conséquence, les organes de la procédure doivent alors lui remettre les sommes qui leur sont versées à ce titre, peu important que le paiement ait eu lieu avant ou après l'exercice de l'action en revendication. Cette règle, après une évolution réglementaire et jurisprudentielle, n'avait cependant été expressément consacrée que de manière partielle par le décret n° 2005-1677 du 28 décembre 2005, puisqu'elle ne figurait que dans l'article R. 624-16 du code de commerce relatif à la procédure de sauvegarde et qu'elle n'était pas reprise par les textes réglementaires relatifs au redressement judiciaire ou à la liquidation judiciaire. Par la suite, cet oubli avait cependant été réparé par le décret n° 2007-1851 du 26 décembre 2007 au moyen d'un renvoi à l'article R. 624-16 du code de commerce effectué par l'article R. 631-31, dans le cas du redressement judiciaire, et par l'article R. 641-31 du même code, dans le cas de la liquidation judiciaire. Il n'y a pas de changement à cet égard dans le **nouvel article R. 641-31, II**, issu de l'article 95 du décret n° 2014-736 du 30 juin 2014, si ce n'est qu'au lieu d'effectuer un simple renvoi à l'application de l'article R. 624-16, le nouveau texte recopie désormais le contenu de ce dernier et qu'en comparant les deux textes, on s'aperçoit que la copie n'est pas parfaitement fidèle. En effet, si le nouveau texte, à l'image de l'article R. 624-16, affirme bien qu'« en cas de revendication du prix des biens en application de l'article L. 624-18, les sommes correspondantes payées par le sous-acquéreur postérieurement à l'ouverture de la procédure sont remises au créancier revendiquant par le liquidateur », il manque ici la précision, figurant dans l'article R. 624-16, selon laquelle cette remise se fait seulement à concurrence de la créance garantie. Certes, cet oubli n'est guère gênant, car, en application de l'article 2371, alinéa 2, du code civil, le bénéficiaire ne pourra pas conserver la part du prix de revente excédant le montant de la dette garantie, mais il aurait été sans doute préférable de recopier l'article R. 624-16 du code de commerce jusqu'au bout. Cela aurait évité au liquidateur de devoir, d'abord, remettre la totalité du prix de revente et, ensuite, en demander la restitution d'une fraction.

II - Evolutions spécifiques aux sûretés personnelles

Si l'on s'en tient à présent aux seules sûretés personnelles, l'actualité jurisprudentielle de l'année écoulée aura été marquée, d'abord, par l'assouplissement du formalisme (A), ensuite, par des variations du domaine d'application des obligations du créancier envers la caution (B) et, enfin, par l'application du droit de la preuve en matière de cautionnement disproportionné (C).

A - Assouplissement du formalisme

Si l'assouplissement du formalisme est souhaitable lorsque l'exigence d'une mention manuscrite a des conséquences exagérées, comme c'est le cas en matière de cautionnement (1), il n'en va pas de même, en revanche, lorsque le refus de l'exigence d'une mention manuscrite est le fruit d'une dénaturaison de la sûreté concernée, ainsi que le montre l'exemple du porte-fort d'exécution (2).

1 - Mention manuscrite et cautionnement

Les inconvénients de l'exigence d'une mention manuscrite, formulée par la loi Dutreil n°

2003-721 du 1^{er} août 2003 au sein des articles L. 341-2 et suivants du code de la consommation, sont bien connus : en exigeant, à peine de nullité, une mention au contenu prédéterminé et uniquement celle-là, le législateur fait courir au créancier le risque qu'une simple erreur de rédaction permette à une caution, au demeurant parfaitement avertie, d'échapper à son engagement. Ce risque est d'autant plus sensible que cette exigence a, ici, un très vaste domaine d'application (elle concerne tout cautionnement consenti par une personne physique par acte sous seing privé au profit d'un créancier professionnel quel que soit le crédit garanti), alors que l'exigence d'une mention manuscrite, qui était formulée avant la loi Dutreil par l'article L. 313-7 du code de la consommation, ne s'appliquait pas aux crédits liés à l'activité professionnelle du débiteur principal (V., excluant l'application de cette exigence au motif que le prêt garanti avait été consenti pour l'acquisition d'un immeuble à usage exclusivement professionnel, **Com. 11 juin 2014, n° 13-14.848**, D. 2014. 1325).

Il est donc parfaitement logique qu'en octobre 2012 et avril 2013 (V. notre précédent panorama, D. 2013. 1706 ) la Cour de cassation ait cherché, dans toute la mesure où cela lui était possible, à assouplir ce formalisme inopportun issu de la loi Dutreil. Il est tout aussi justifié qu'elle ait, depuis, poursuivi dans cette voie en admettant, sous réserve bien évidemment que ces modifications ne changent ni le sens, ni la portée de la mention manuscrite exigée par la loi, que la nullité du cautionnement n'est pas encourue du seul fait :

- soit de l'adjonction à la mention prévue de mots supplémentaires (en l'occurrence, les adjectifs « personnelle et solidaire » à la suite du mot « caution », **Civ. 1^{re}, 27 nov. 2013, n° 12-21.393**, JCP E 2013. 1010, note D. Legeais) ;

- soit d'une erreur vénielle (en l'occurrence, la référence à l'ancien art. 2021 c. civ. à la place du nouv. art. 2298 c. civ. : Civ. 1^{re}, 27 nov. 2013, n° 12-21.393, préc.) ;

- soit encore de l'omission de certains mots au sein de la mention manuscrite légalement exigée lorsque la nullité peut être évitée par une réduction de l'engagement de la caution. Dans ce dernier cas, il a été ainsi jugé que l'omission des termes « mes biens » a uniquement pour conséquence de limiter le gage du créancier aux seuls revenus de la caution (**Com. 1^{er} oct. 2013, n° 12-20.278**, D. 2013. 2332, obs. V. Avena-Robardet , 2014. 127, note M. Julienne et L. Andreu , et 2013. 2551, chron. H. Guillou  ; RTD com. 2013. 791, obs. D. Legeais  ; RD banc. fin. 2013. Comm. 190, obs. A. Cerles ; RLDC déc. 2013. 31, obs. J. Clavel-Thoraval ; Gaz. Pal. 4-5 déc. 2013, p. 13, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Dr. et patr. févr. 2014. 58, obs. P. Dupichot ; JCP E 2013. 1624, note D. Legeais, et JCP 2014. 207, note J.-D. Pellier ; Banque et Droit nov.-déc. 2013. 43, obs. E. Netter).

2 - Mention manuscrite et porte-fort d'exécution

Si l'on ne peut qu'approuver l'évolution, ci-dessus relatée, qui s'est produite en matière de cautionnement dans le cas de la mention manuscrite exigée par les articles L. 341-2 et suivants du code de la consommation, on peut, à l'inverse, regretter que la Cour de cassation, en opérant un revirement de jurisprudence, ait refusé de faire application de l'exigence d'une mention manuscrite, telle qu'elle est formulée par l'article 1326 du code civil, dans le cas du porte-fort d'exécution (**Com. 18 juin 2013, n° 12-18.890**, D. 2013. 1621, obs. X. Delpech, 2561, note J.-D. Pellier , et 2551, chron. H. Guillou  ; RTD civ. 2013. 653, obs. P. Crocq , et 842, obs. H. Barbier  ; RDC 2014. 66, obs. A.-S. Barthez ; Gaz. Pal. 4-5 déc. 2013, p. 20, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Dr. et patr. févr. 2014. 65, obs. P. Dupichot ; RD banc. fin. 2013. Comm. 155, obs. D. Legeais ; RLDC sept. 2013. 35, obs. C. Gijssbers ; Banque et Droit juill.-août 2013. 40, obs. N. Rontchevsky ; *adde* I. Riassetto, Porte-fort d'exécution : un engagement de faire dépourvu de formalisme, RLDC oct. 2013. 30).

En effet, cette solution se fonde sur l'affirmation suivant laquelle « l'engagement de porte-fort constitue un engagement de faire, de sorte que (l'article 1326 du code civil) ne lui est pas applicable », ce qui a alors nécessairement pour conséquence, ainsi que nous l'avons déjà montré en commentant cet arrêt (V. RTD civ. 2013. 653 ) , d'assimiler le porte-fort d'exécution à une lettre d'intention comportant une obligation de résultat (V. depuis, reconnaissant l'existence d'une obligation de résultat en matière de porte-fort d'exécution,

Com. 1^{er} avr. 2014, n° 13-10.629, D. 2014. 1185, note B. Dondero  ; JCP 2014. 752, note Y. Dagorne-Labbé ; CCC 2014. Comm. 150, obs. L. Leveneur) et donc de lui faire perdre toute originalité.

On peut toutefois se demander si la chambre commerciale de la Cour de cassation n'a pas déjà été sensible à cette dernière critique. En effet, dans son arrêt précité rendu le 1^{er} avril 2014, elle a affirmé, dans un attendu de principe, que « le porte-fort, débiteur d'une obligation de résultat autonome, est tenu envers le bénéficiaire de la promesse des conséquences de l'inexécution de l'engagement promis », ce qui est bien reconnaître que dans un porte-fort d'exécution, ainsi que nous le pensons, le promettant s'engage soit à ce qu'un résultat (l'exécution de la prestation par le tiers) soit obtenu, soit à indemniser le bénéficiaire du préjudice subi à raison de l'inexécution, c'est-à-dire à payer une somme d'argent, ce qui implique alors que l'article 1326 du code civil soit applicable au porte-fort d'exécution.

B - Obligations du créancier envers la caution

Plusieurs arrêts rendus au cours de l'année écoulée à propos de la possibilité pour la caution d'opposer au créancier une entorse de sa part à la solidarité contractuelle méritent d'être mentionnés ici : les premiers parce qu'ils présentent l'intérêt de mettre en évidence deux facteurs de limitation de la protection des cautions (1) et le dernier parce qu'à l'inverse, il confirme la volonté de la Cour de cassation d'appliquer de manière extensive le bénéfice de subrogation au profit de la caution (2).

1 - Facteurs de limitation de la protection des cautions

a - Nature cambiaire de l'engagement de la caution

La limitation de la protection de la caution peut, tout d'abord, résulter de la nature cambiaire de son engagement, d'où il résulte, par exemple :

- que l'avaliste peut se voir opposer la présomption d'existence de la provision résultant de l'acceptation de la lettre de change (**Com. 1^{er} avr. 2014, n° 13-16.902**, D. 2014. 1253, note A.-C. Rouaud , 1010, chron. H. Guillou , et 1256, note A. Boujeka  ; Banque et Droit mai-juin 2014. 59, obs. F. Jacob) ;
- que l'avaliste ne bénéficie pas des règles protectrices de l'information de la caution (V. notre précédent panorama, D. 2013. 1706 ) ;
- et qu'il ne peut se prévaloir de l'exigence de proportionnalité énoncée par l'article L. 341-4 du code de la consommation.

Cette dernière exclusion avait déjà été affirmée par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2012 (Com. 30 oct. 2012, n° 11-23.519, D. 2012. 2588, obs. X. Delpech , 2013. 1172, chron. H. Guillou , et 1706, obs. P. Crocq  ; RTD com. 2013. 124, obs. D. Legeais  ; Gaz. Pal. 12-13 déc. 2012, p. 13, obs. M.-P. Dumont-Lefrand). Cette affirmation a été plus récemment reprise par la première chambre civile dans une décision en date du 19 décembre 2013 dont la motivation ne semble cependant pas irréprochable. En effet, la Cour de cassation y affirme que si « l'avaliste n'est pas fondé à invoquer la disproportion manifeste (de son engagement) à ses biens et revenus en application des règles propres au cautionnement » c'est parce que « l'aval, en ce qu'il garantit le paiement d'un titre dont la régularité n'est pas discutée, constitue un engagement cambiaire gouverné par les règles propres au droit du change » (**Civ. 1^{re}, 19 déc. 2013, n° 12.25-888**, D. 2014. 76, obs. V. Avena-Robardet, et 518, note G. Piette et J. Lasserre Capdeville  ; RD banc. fin. 2014. Comm. 41, obs. A. Cerles ; RLDC févr. 2014. 39, obs. J. Clavel-Thoraval ; Dr. et patr. févr. 2014. 60, obs. P. Dupichot ; Banque et Droit janv.-févr. 2014. 46, obs. E. Netter ; JCP 2014. Doctr. 635, obs. crit. P. Simler), ce qui semble alors sous-entendre que le caractère cambiaire de l'engagement de l'avaliste exclurait totalement l'application du droit du cautionnement. Or une telle affirmation serait certainement excessive et constituerait une inversion du principe et de l'exception, l'aval étant, au contraire, soumis en principe au droit du cautionnement (par

ex., à l'application de l'art. 1415 c. civ.), sous réserve des dérogations que la nature cambiaire de l'engagement implique (ce qui explique alors que l'ensemble des règles du droit du cautionnement trouvent à s'appliquer lorsque l'aval est donné sur un titre cambiaire irrégulier).

b - Cession de la créance garantie

La limitation de la protection de la caution peut, ensuite, résulter de la cession de la créance garantie. Dans un arrêt rendu le 2 juillet 2013, la chambre commerciale de la Cour de cassation a, en effet, jugé « que la cession de créance ne transfère au cessionnaire que les droits et actions appartenant au cédant et attachés à la créance cédée ; (...) il s'ensuit que le cessionnaire d'une créance ne peut être tenu d'une dette née d'un manquement du cédant, antérieur à la cession, sauf connexité avec la créance cédée ; (...) tel n'est pas le cas d'une créance de dommages-intérêts fondée sur une faute commise par le cédant à l'encontre de la caution garantissant le paiement de la créance cédée » (**Com. 2 juill. 2013, n° 12-18.413**, D. 2013. 2255, note L. Bougerol-Prud'homme  ; RTD civ. 2013. 841, obs. H. Barbier  ; RD banc. fin. 2013. Comm. 156, obs. A. Cerles ; RLDC oct. 2013. 32, obs. C. Gijsbers ; Dr. et patr. mars 2014. 66, obs. J.-P. Mattout et A. Prüm ; Banque et Droit sept.-oct. 2013. 49, obs. E. Netter).

Cet arrêt n'est cependant pas totalement convaincant, ainsi que l'a bien montré l'un de ses commentateurs (V. L. Bougerol-Prud'homme, préc.). D'une part, sa motivation manque singulièrement de clarté puisqu'il fait une confusion entre le transfert de dette et l'exception de compensation. D'autre part, la solution adoptée ne se justifie sans doute que par les particularités de l'espèce et la manière dont le problème avait été posé devant la cour d'appel (la caution ayant agi en responsabilité contre le cessionnaire alors qu'elle aurait dû se prévaloir d'une exception de compensation née d'une mise en cause préalable de la responsabilité du cédant). En effet, à défaut, on ne comprendrait pas bien pourquoi la connexité n'a pas été admise ici, alors que l'on aurait très bien pu soutenir qu'en l'espèce, l'obligation pour la caution de garantir le remboursement du prêt et la créance de dommages-intérêts de la caution à l'égard du cédant (en l'occurrence née du fait d'avoir débloqué les fonds prêtés sans avoir préalablement fait inscrire à titre provisoire un nantissement sur le fonds de commerce, lequel aurait été susceptible de protéger le recours après paiement de la caution) trouvaient leur source dans un même contrat. La sévérité dont la Cour de cassation a fait preuve ici à l'égard de la caution contraste avec son manque de rigueur lorsqu'il s'agit d'appliquer l'article 2314 du code civil.

2 - Bénéfice de subrogation : maintien de la conception extensive

Dans le précédent panorama de droit des sûretés, il avait été fait état de l'admission expresse par la chambre commerciale de la Cour de cassation de la possibilité pour une caution de se prévaloir du bénéfice de subrogation en cas de défaut de déclaration, par le créancier, d'une créance simplement chirographaire à la procédure collective du débiteur principal (Com. 19 févr. 2013, n° 11-28.423, D. 2013. 565, obs. A. Lienhard , et 1706, obs. P. Crocq  ; RTD civ. 2013. 416, obs. P. Crocq  ; RTD com. 2013. 346, obs. A. Martin-Serf , et 573, obs. D. Legeais  ; Gaz. Pal. 20-21 mars 2013, p. 20, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; LEDC 2 avr. 2013, n° 4, p. 2, obs. N. Leblond ; RLDC avr. 2013. 34, obs. G. Marraud des Grottes ; Banque et Droit mai-juin 2013. 44, obs. E. Netter ; JCP E 2013. 1216, obs. P. Pétel ; Dr. et proc. avr. 2013. 6, obs. P. Roussel Galle). Cette solution jurisprudentielle, erronée selon nous, a malheureusement été ultérieurement reprise par la première chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt rendu le 3 juillet 2013, lequel n'hésite pas à énoncer une contre-vérité pour la justifier en affirmant que « le droit de participer aux répartitions et dividendes constitue un droit préférentiel », une telle affirmation constituant évidemment un non-sens s'agissant d'un créancier chirographaire (**Civ. 1^{re}, 3 juill. 2013, n° 12-21.126**, D. 2013. 1741 ; RTD com. 2013. 809, obs. A. Martin-Serf  ; Act. proc. coll. 2013, n° 212, obs. M.-P. Dumont-Lefrand ; Dr. et patr. févr. 2014. 62, obs. P. Dupichot ; RLDC oct. 2013. 33, obs. C. Gijsbers ; Banque et Droit sept.-oct. 2013. 51, obs. F. Jacob ; JCP 2013. Doctr. 1256, obs. P. Simler).

On remarquera, ici, que cet arrêt prend bien soin de ne se prononcer qu'à propos de la seule perte par la caution du recours subrogatoire après paiement, profitant ici d'une carence du créancier qui avait négligé en l'espèce d'invoquer le fait que le préjudice subi par la caution, en l'occurrence le droit de participer aux répartitions et aux dividendes, ne pouvait pas être exclusivement dû à la faute du créancier (alors que ce caractère exclusif est pourtant une condition d'application de l'art. 2314 c. civ.) puisque la caution avait, elle, la possibilité de déclarer la créance résultant de son recours personnel après paiement (V. nos obs. ss Com. 19 févr. 2013, n° 11-28.423, RTD civ. 2013. 416 ).

On observera, ensuite, que si la première chambre civile de la Cour de cassation réserve bien la possibilité pour le créancier d'échapper à l'application de l'article 2314 du code civil (en invoquant le fait que la subrogation, si elle avait pu avoir lieu, n'aurait pas été efficace, les créanciers chirographaires n'ayant reçu aucun paiement dans la procédure), elle prend également soin de préciser « qu'il appartient au créancier de rapporter la preuve que cette perte (du soi-disant droit préférentiel) n'a causé aucun préjudice à la caution ». Certes, il n'y a rien d'étonnant à cela, la jurisprudence affirmant traditionnellement que c'est au créancier qu'il appartient de prouver que la caution n'aurait pas été payée par le débiteur principal même si le créancier avait été diligent, si ce n'est, toutefois, que, ce faisant, la première chambre civile se démarque quelque peu de l'arrêt rendu par la chambre commerciale le 19 février 2013 et dont on s'était demandé s'il n'avait pas opéré un renversement de la charge de la preuve en subordonnant expressément, dans son attendu de principe, l'application de l'article 2314 du code civil au fait qu'il soit établi que la caution aurait « pu tirer un avantage effectif du droit d'être admise dans les répartitions et dividendes, susceptible de lui être transmis par subrogation » (V., en ce sens, M.-P. Dumont-Lefrand, obs. préc. ss cet arrêt).

C - Preuve et cautionnement disproportionné

La confrontation entre le droit de la preuve et le droit des sûretés a été particulièrement présente au cours de l'année écoulée puisque, outre le cas ci-dessus évoqué du bénéfice de subrogation, elle s'est également manifestée en matière de cautionnement disproportionné à propos, d'une part, de la charge de la preuve de la disproportion (1) et, d'autre part, de l'admissibilité des éléments de preuve d'une éventuelle disproportion (2).

1 - Charge de la preuve et cautionnement disproportionné

S'agissant de la charge de la preuve de la disproportion, la Cour de cassation a, tout d'abord, apporté une intéressante précision : si la disproportion du cautionnement par rapport aux biens et aux revenus de la caution est établie au jour de la conclusion du contrat, il n'est pas nécessaire à la caution de prouver que cette disproportion existe encore au jour de la mise en oeuvre du cautionnement. Dans ce cas, en effet, c'est sur le créancier que la Cour de cassation fait peser la charge « d'établir qu'au moment où il appelle (la caution), le patrimoine de celle-ci lui permet de faire face à son obligation » (**Com. 1^{er} avr. 2014, n° 13-11.313**, D. 2014. 868, obs. V. Avena-Robardet, et 1010, chron. H. Guillou  ; Gaz. Pal. 4-5 juin 2014, p. 18, obs. C. Albiges ; Banque et Droit, mai-juin 2014. 60, obs. E. Netter). La solution est parfaitement logique : c'est à celui qui se prévaut du retour à meilleure fortune qu'il appartient d'en prouver l'existence.

2 - Éléments de preuve d'un cautionnement disproportionné

S'agissant des éléments de preuve de la disproportion, l'année écoulée a été marquée par le renforcement d'une controverse entre deux chambres de la Cour de cassation.

On se souvient de ce que, dans un arrêt rendu le 6 février 2007, la chambre commerciale de la Cour de cassation avait manifesté sa réticence à l'idée de prendre en compte les revenus de la caution à naître de l'opération garantie pour savoir si le cautionnement présentait ou non un caractère disproportionné lors de sa conclusion. A cette époque, nous avons approuvé cette solution en soulignant la différence devant ici exister entre l'emprunteur et sa caution. En effet, si la prise en compte du succès éventuel de l'opération garantie est parfaitement justifiée lorsqu'il s'agit d'apprécier la responsabilité d'une banque en tant que fournisseur de

crédit, car c'est un élément déterminant de l'appréciation de la possibilité d'exécution par l'emprunteur de son engagement de rembourser le crédit accordé, cette même prise en compte est, en revanche, tout à fait contestable dans le cas de la caution, car, si l'exécution de l'obligation de l'emprunteur doit avoir lieu quel que soit le succès de son activité économique, l'exécution de l'engagement de la caution suppose, au contraire et par définition, que l'opération garantie n'ait pas connu le succès escompté. Il serait donc parfaitement illogique de prendre en compte le succès éventuel de cette opération pour apprécier la proportionnalité de l'engagement de la caution à ses biens et à ses revenus, alors que, précisément, cet engagement ne sera mis en oeuvre qu'en l'absence d'un tel succès.

Par la suite, cette évolution jurisprudentielle a toutefois été remise en cause par la première chambre civile de la Cour de cassation, laquelle a expressément admis que l'appréciation souveraine des facultés contributives d'une caution dirigeant social puisse être effectuée par les juges du fond « au regard, notamment, des perspectives de développement de l'entreprise qu'il avait créée » (Civ. 1^{re}, 4 mai 2012, n° 11-11.461, Bull. civ. I, n° 97 ; D. 2012. 1260  ; RDI 2012. 396, obs. H. Heugas-Darraspen  ; RTD civ. 2012. 556, obs. P. Crocq  ; RTD com. 2012. 602, obs. D. Legeais  ; Dr. et patr. juill. 2012. 102, obs. L. Aynès ; RLDC juill.-août 2012. 32, obs. G. Marraud des Grottes). On pouvait alors se demander si la chambre commerciale allait être sensible à cette répétition, par la première chambre civile, d'une affirmation qu'elle avait déjà effectuée dans le célèbre arrêt *Nahoum* (Com. 8 oct. 2002, n° 99-18.619, D. 2003. 414 , note C. Koering  ; RDI 2003. 84, obs. J.-M. Berly , et 164, obs. H. Heugas-Darraspen  ; RTD civ. 2003. 125, obs. P. Crocq  ; RTD com. 2003. 151, obs. D. Legeais ) et que l'on pouvait justifier par la volonté de permettre le recours au cautionnement du dirigeant social dans le cas du financement de la création d'entreprises (à ceci près que l'on peut s'interroger sur l'intérêt qu'il peut y avoir, pour un établissement de crédit, à exiger un cautionnement de la part d'une personne qui n'a plus les moyens d'exécuter cet engagement après avoir investi tout son patrimoine dans la création de son entreprise et sur l'opportunité d'encourager un tel comportement du créancier).

Tel n'a pas été le cas et la controverse entre la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation est devenue évidente puisque, dans deux arrêts rendus le 4 juin 2013, la chambre commerciale a cassé des décisions d'appel ayant adopté la conception de la première chambre civile, et ce, en affirmant d'une manière très nette que « la proportionnalité de l'engagement de la caution ne peut être appréciée au regard des revenus escomptés de l'opération garantie » (**Com. 4 juin 2013, n° 12-18.216 et n° 12-15.518**, Rev. sociétés 2013. 680, note D. Legeais  ; Dr. et patr. févr. 2014. 61, obs. P. Dupichot).

III - Evolutions spécifiques aux sûretés réelles : accroissement des privilèges

On a souvent fait au législateur du XX^e siècle le reproche d'avoir multiplié les privilèges aux dépens des sûretés réelles traditionnelles. En la matière, le législateur de 2014 n'a rien à lui envier puisqu'en un seul mois il a, à la fois, accru les domaines d'application du privilège de la procédure collective (A), ainsi que du privilège du syndicat de copropriété (B) et renforcé l'efficacité du privilège de « *new money* » (C).

A - Extension du privilège de la procédure collective

L'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, en supprimant des articles L. 622-17, I, et L. 641-13, I, du code de commerce la référence au fait que la prestation soit fournie au débiteur « pour son activité professionnelle », avait étendu le domaine d'application du privilège de la procédure collective à toutes les créances nées de la fourniture d'une prestation au débiteur après l'ouverture de cette procédure et notamment aux créances dites « de la vie courante ». Il demeurerait, toutefois, la nécessité de ce que ces créances de la vie courante soient bien nées en contrepartie de la fourniture d'une prestation à ce débiteur, ce qui limitait la portée de cette extension.

Cette nécessité a, en partie, disparu avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014, en cas de liquidation judiciaire. En effet, le **nouvel article L. 641-13-1 du code de commerce** privilégie désormais toutes les créances nées pour les besoins de la vie

courante du débiteur personne physique sans exiger qu'elles soient nées en contrepartie de la fourniture d'une prestation (V. P.-M. Le Corre, préc., n° 64, cet auteur soulignant, par exemple, le fait que les créances de taxe d'habitation sont désormais privilégiées). Il reste maintenant à savoir pourquoi cette nécessité d'une contrepartie demeure pour les créances nées des besoins de la vie courante en cas de sauvegarde ou de redressement judiciaire. Comprenez qui peut !

B - Extension du privilège du syndicat de copropriété

Parmi ses multiples dispositions, la célèbre **loi n° 2014-366 du 24 mars 2014, dite « loi ALUR »**, opère également une retouche au droit des sûretés en étendant le domaine d'application du privilège du syndicat de copropriété. Alors que ce privilège ne garantissait initialement que le paiement des charges et des travaux dus en application des articles 10 et 30 de la loi n° 65-557 du 10 juillet 1965, il garantira également, à compter du 1^{er} janvier 2017, « les cotisations au fonds de travaux mentionné à l'article 14-2, les créances afférentes aux travaux de restauration immobilière réalisés en application du c) du II de l'article 24, les dommages-intérêts alloués par les juridictions au syndicat des copropriétaires, ainsi que le remboursement des dépens ».

C - Extension et renforcement du privilège de « *new money* »

A l'instar du privilège de la procédure collective et du privilège du syndicat de copropriété, le privilège de « *new money* » voit, lui aussi, son domaine d'application s'étendre avec l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2014-326 du 12 mars 2014 puisqu'il bénéficie désormais aux créanciers ayant effectué un apport d'argent frais, « dans le cadre (*sic*) d'une procédure de conciliation ayant donné lieu à un accord homologué » (**art. L. 611-11 c. com.**) et non plus uniquement aux seuls créanciers ayant fourni un nouveau bien ou service, ou consenti un nouvel apport, « dans l'accord homologué ». L'essentiel du renforcement de ce privilège n'est cependant pas là, car le plus important, en l'occurrence, réside dans la dissipation d'un doute et dans la suppression d'une importante limitation de l'efficacité de ce privilège.

En effet, avant la réforme du 12 mars 2014, et bien que la question fût controversée (V. not., F.-X. Lucas et F. Pérochon, Argent frais : paiement hors plan ou selon le plan ?, Bull. Joly entrep. diff. 2012. 341), le privilège de conciliation n'avait qu'un intérêt limité pour son bénéficiaire car, à la différence du privilège dont bénéficient les créanciers postérieurs à l'ouverture de la procédure collective, il ne conférait pas le droit d'être payé à l'échéance, ce qui fait que sa primauté par rapport au privilège de la procédure était assez théorique. Cette limitation de son efficacité a été heureusement supprimée par l'ordonnance du 12 mars 2014, puisque le **nouvel article L. 626-20, I, 3°, du code de commerce** prévoit désormais que les créances bénéficiant du privilège de « *new money* » ne peuvent pas faire l'objet de remises ou de délais de paiement, ce qui implique nécessairement qu'elles soient payées à leur échéance.

Mots clés :

SURETE * Panorama 2014