



L'impact de la mainlevée d'une sûreté réelle durant le plan de cession sur la décharge des cautions



Anne Deltombe

Etudiante en Master 2 Droit bancaire et financier de l'Université du Mans



Augustin Brulon

Etudiant en Master 2 Droit bancaire et financier de l'Université du Mans

Résumé : Le créancier qui, dans le cadre d'un plan de cession, renonce à un nantissement au profit du débiteur commet une faute au titre de l'article 2314 du Code civil entraînant la décharge de la caution, nonobstant l'accord de celle-ci aux dispositions du plan de cession.

Cass. com. 20 oct. 2021, n° 20-16.980 (rejet)

Vouée à protéger les cautions contre la négligence des créanciers, le moyen de décharge prévu par l'article 2314 du Code civil autorise la caution, poursuivie en paiement par le créancier, à lui opposer sa faute dans la conservation d'un droit préférentiel dont elle aurait pu bénéficier par le mécanisme subrogatoire. L'imprudence du créancier le conduit à voir son droit de poursuite neutralisé à hauteur du préjudice subi par la caution.

Au fil des arrêts, la Cour de cassation a dessiné les contours de l'exception de subrogation en faveur des cautions. Elle a, en effet, œuvré à l'évolution de ce mécanisme et a règlementé la conduite du créancier dans ses rapports avec les cautions. Cet excès de faveur au profit des cautions n'est pas sans conséquences concrètes, comme en témoigne l'arrêt rendu le 20 octobre 2021 par la chambre commerciale de la Cour de cassation.

En l'espèce, une banque a consenti un prêt dont le remboursement était doublement garanti d'une part, par un nantissement de fonds de commerce et d'autre part, par le cautionnement des cogérants de la société emprunteuse. À la suite de la prononciation de la liquidation judiciaire de l'entreprise, le tribunal de commerce a ordonné la cession totale de l'entreprise. Lors de la négociation du plan de cession, la banque créancière a accepté la levée du nantissement du fonds de commerce en contrepartie d'un paiement partiel de sa créance sur le fondement de l'article L. 642-12 du Code de commerce.

La banque a assigné les cautions en paiement. Néanmoins, ces dernières ont répliqué en invoquant leur décharge sur le fondement des articles 2314 du Code civil et L. 642-12 du Code de commerce. Elles considèrent, en effet, que la levée du nantissement ordonnée par le créancier leur cause un préjudice de nature à amoindrir leur recours subrogatoire, dès lors que les cautions ne pouvaient plus bénéficier d'un rang intéressant au stade des poursuites contre le débiteur. La Cour d'appel fait droit à cet argument, et un pourvoi en cassation est formé par la banque créancière.

Parmi les moyens soulevés par la banque, il faut prêter une attention particulière aux premier et deuxième moyens fondés sur la décision de mainlevée du nantissement contre un paiement intégral du solde des prêts. Cette décision avait été prise par la banque mais aussi par le tribunal de commerce en charge de la procédure collective sur proposition de l'administrateur judiciaire, d'autant plus que l'une des cautions cogérantes avait approuvé cette renonciation au nantissement.

Malgré la soumission de tels arguments, la Cour de cassation, rejette le pourvoi sans grande surprise. Sous certaines réserves, les juges considèrent que « *la cour d'appel a pu déduire que le nantissement avait été perdu par le choix de la banque, faisant ainsi ressortir que cette perte était imputable au fait fautif exclusif du créancier* ». Dès lors, seul compte l'accord exprès donné par la banque pour apprécier le caractère exclusif du fait du créancier pour l'application de l'article 2314 du Code civil. Enfin, n'ayant pas apporté la preuve de l'inutilité du nantissement au stade de la subrogation ou de l'absence de préjudice, la banque créancière ne disposait d'aucun échappatoire.

Cet arrêt est particulièrement intéressant en ce qu'il confronte le droit civil et le droit des entreprises en difficulté. D'un côté l'article L. 642-12 alinéa 3 du Code de commerce prévoit la transmission automatique des sûretés au cessionnaire dans le cadre d'un plan de cession, sauf accord du créancier. De l'autre, l'article 2314 du Code civil décharge la caution de son engagement au cas de fait fautif du créancier diminuant les droits de la caution et amoindrissant le bénéfice du recours subrogatoire.

Par cet arrêt, la Cour de cassation considère que l'accord du créancier de déroger à la transmission automatique des sûretés dans le plan de cession constitue bien un fait diminuant l'efficacité du recours subrogatoire de la caution selon l'article 2314 du Code civil. Cette solution semble cohérente de prime abord.

D'abord, Elle s'inscrit parfaitement dans la continuité jurisprudentielle de la Cour de cassation favorable au sort des cautions, celle-ci ayant déjà consacré par exemple une clause de *waterfall* implicite au profit de la caution¹, un devoir de loyauté envers celle-ci² ou

¹ Cass, com, 13 mai 2003, n° 99-21.551 : même si l'attribution judiciaire du gage ne constitue qu'une faculté pour le créancier, la Cour considère qu'il commet une faute en s'abstenant de demander cette attribution, la caution doit donc être déchargée.

² Cass, com, 3 mai 2006, n° 04-17.283 : le fait de ne pas exercer une sûreté réelle est un fait fautif qui entraîne déchargement de la caution.

encore une obligation d'opposition par le créancier en cas de fusion-absorption³. La Cour avait d'ailleurs rendu une solution similaire à celle étudiée dans un arrêt du 31 janvier 2017⁴.

Cette solution est cohérente lorsque l'on s'intéresse au droit préférentiel prévu par l'article 2314 du Code civil. Selon une ancienne jurisprudence⁵, ce sont des droits qui confèrent au créancier un avantage particulier pour le recouvrement de sa créance. Dès lors, il ne fait aucun doute que le nantissement du fonds de commerce est bien un droit préférentiel, dont la disparition amenuise le recours subrogatoire de la caution.

Toutefois, c'est sur la question du fait fautif du créancier que des doutes quant à la parfaite cohérence de la solution surgissent. Pour qu'une caution puisse faire jouer son bénéfice de subrogation, un fait de commission ou d'omission imputable au créancier est nécessaire⁶ et, même si l'article 2314 du Code civil dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 15 septembre 2021 portant réforme du droit des sûretés ne le mentionne pas, la jurisprudence considère depuis longtemps que ce fait doit être fautif⁷. Or en l'espèce, est-il possible d'apprécier la levée par le créancier du nantissement comme une faute dans le contexte particulier du droit des entreprises en difficulté ? Effectivement, le créancier supprime un droit préférentiel mais il le fait en vue du maintien de l'activité du débiteur. La sauvegarde du débiteur ne peut-elle pas apparaître comme un fait justificatif ?

La Cour de cassation écarte cet argument en considérant qu'étaient proposées au créancier plusieurs offres de plan de cession, dont certaines préservant le nantissement du fonds de commerce. Dès cet instant, le créancier aurait dû prendre en considération les intérêts des cautions et privilégier ces solutions dans la mesure où ces dernières intenteraient un recours contre le débiteur après désintéressement du créancier. Mais encore une fois, il est possible de faire valoir la thèse du fait justificatif en considérant que ce choix de plan est global, fait sur proposition de l'administrateur judiciaire, validé par le jugement du tribunal et accepté par l'une des cautions. Dès lors, en pratique, voir ce choix par le seul prisme du nantissement est réducteur en ce que le créancier ne disposait que d'une double alternative, à savoir éviter la décharge de la caution en prenant le risque de priver le débiteur de son activité ou maintenir l'activité du débiteur en prenant le risque de se voir opposer la décharge. Force est de constater que dès lors que le créancier manque à son « obligation » à l'égard des cautions, il doit être sanctionné exclusivement.

Ensuite, parmi les conditions de l'article 2314 du Code civil se trouve le caractère exclusif de la faute du créancier⁸. En l'espèce, non seulement cette opération était proposée par l'administrateur judiciaire mais l'une des deux cautions était présente lors de l'audience abordant le plan de cession et s'était montrée favorable à la suppression du nantissement. Dès lors, une incertitude plane concernant l'exclusivité de la faute du créancier. Cependant la Cour ne se laisse pas surprendre et

considère que si, sur le fondement de l'article L. 642-12 alinéa 4 du Code de commerce, le créancier déroge expressément à la transmission automatique du nantissement, la perte est donc imputable au seul fait fautif exclusif du créancier. Il est pourtant possible de considérer que si l'article 2314 du Code civil répute non écrites toutes les clauses contraires à la décharge, cela ne devrait pas empêcher la caution d'y renoncer, ce qui aurait pu être caractérisé en l'espèce par l'approbation du plan de cession⁹.

Enfin, concernant la preuve du préjudice subi par la caution, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure¹⁰ en mettant celle-ci à la charge du créancier, favorisant encore une fois la caution qui n'a pas à apporter la preuve du préjudice subi par la perte effective du droit préférentiel. L'excès de faveur pour les cautions suscite des questions de légitimité en l'espèce. En effet, la décharge de l'engagement des cautions cogérantes à la hauteur du droit préférentiel perdu a été évaluée au montant de la créance de la banque contre ces dernières. Le « hasard » fait donc bien les choses pour des gérants cautions, loin d'être irréprochables et qui s'en tirent à bon compte¹¹.

Cet arrêt s'inscrit donc parfaitement dans la lignée jurisprudentielle interprétant l'article 2314 du Code civil, très favorablement aux cautions, et ce en dépit des incohérences dépeintes précédemment. Néanmoins, il faut relativiser sa portée pour deux raisons. Tout d'abord, l'utilisation par la Cour de la formule « *a pu* » dans son attendu montre que les juges restent prudents et qu'ils auraient pu statuer dans le sens contraire. Ensuite, la rédaction de l'article 2314 du Code civil issu de la réforme des sûretés ajoute un alinéa 3 disposant que « *la caution ne peut reprocher au créancier son choix du mode de réalisation d'une sûreté* ». Cet alinéa anéantit directement certaines solutions jurisprudentielles antérieures¹² et même s'il ne concerne pas l'hypothèse de l'arrêt étudié, il semble présager un éventuel rééquilibrage de la caution et du créancier dans l'interprétation de l'article 2314 du Code civil.

³ Cass, com, 23 sept. 2020, n° 19-13.378 : la fusion-absorption entraînant la disparition du nantissement des titres, l'absence d'utilisation par le créancier de son droit légal d'opposition constitue une faute entraînant décharge de la caution au titre de l'article 2314 du Code civil.

⁴ Cass, com, 31 janv. 2017, n° 15-10.021.

⁵ Cass, civ 1, 21 mars 1984.

⁶ Cass, civ 1, 2 avril 1996.

⁷ Cass., ch. mixte, 17 nov. 2006, n° 04-19.123.

⁸ D. LEGEAIS, « *Bénéfice de subrogation : décharge de la caution et faute exclusive du créancier* », La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n°50, 16 déc. 2021, p1549.

⁹ C. FAVRE-ROCHEX, « *Mainlevée d'une sûreté réelle lors du plan de cession et décharge de la caution* », L'essentiel Droit des entreprises en difficulté, n°11, 1 déc. 2021, p2.

¹⁰ Cass, com, 23 sept. 2020, n° 19-13.378.

¹¹ G. SEBBAN, « *Les conditions de la décharge de la caution en matière de perte d'un droit préférentiel* », Recueil Dalloz 2021, p.2124.

¹² Voir note de bas de page n°2.