

Exclusion critiquable du bénéfice de subrogation du régime des sûretés réelles pour autrui

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Exclusion critiquable du bénéfice de subrogation du régime des sûretés réelles pour autrui. Gazette du Palais, Lextenso, 2018, pp.71. hal-01797636

HAL Id: hal-01797636

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-01797636>

Submitted on 22 Nov 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Exclusion critiquable du bénéfice de subrogation du régime des sûretés réelles pour autrui

Manuella Bourassin, professeur agrégé à l'université Paris Nanterre, directrice du Centre de droit civil des affaires et du contentieux économique (EA 3457), codirectrice du master Droit notarial

La Cour de cassation réaffirme que la sûreté réelle consentie par un tiers à la dette garantie n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui. Elle en déduit pour la première fois dans un arrêt largement diffusé que le constituant de l'hypothèque pour autrui ne peut être déchargé sur le fondement de l'exception de défaut de subrogation que l'article 2314 du Code civil offre aux cautions.

Cass. 3e civ., 12 avr. 2018, no [17-17542](#), ECLI:FR:CCASS:2018:C300359, M. Y c/ Sté Rubis Avignon-Rubis, PBI (rejet pourvoi c/ CA Nîmes, 2 févr. 2017), M. Chauvin, prés. ; SCP Delvolvé et Trichet, SCP Gatineau et Fattaccini, av.

L'hypothèque consentie par un tiers à la dette garantie emprunte aux sûretés réelles sa technique juridique, et aux sûretés personnelles l'absence d'identité entre le débiteur et le constituant. L'appellation habituellement donnée à cette figure – cautionnement hypothécaire ou réel – souligne son caractère hybride : l'engagement du constituant est réel, et non personnel comme celui de la caution, mais il est souscrit en faveur d'un débiteur principal, comme celui de la caution. Depuis un célèbre revirement en date du 2 décembre 2005¹, rapidement conforté par la réforme du droit des sûretés du 23 mars 2006², la Cour de cassation juge avec constance qu'« une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement ». Cette qualification s'est prolongée par l'exclusion prétorienne de diverses règles applicables au cautionnement : le formalisme ad probationem du Code civil et ad validitatem du Code de la consommation, la protection du conjoint de l'époux caution organisée par l'article 1415 du Code civil³, les règles de pouvoir relatives aux sociétés cautions, l'exigence de proportionnalité de l'engagement aux biens et revenus de la caution, le devoir de mise en garde des cautions non averties, les informations dues par le créancier au cours de la vie du cautionnement, et encore les bénéfices de discussion et de division⁴.

Au sujet d'une disposition phare du droit du cautionnement – l'article 2314 (2037 anc.) du Code civil –, la Cour de cassation n'avait pas encore rendu de décision retentissante⁵. C'est chose faite depuis le 12 avril 2018. Dans un arrêt destiné à la publication et immédiatement diffusé sur le site internet de la haute juridiction, la troisième chambre civile a nettement approuvé la cour d'appel de Nîmes⁶ de ne pas avoir fait droit à la demande de mainlevée formée par le constituant d'une hypothèque, non débiteur des créances professionnelles garanties⁷. Cette demande était fondée sur l'article 2314 du Code civil, aux termes (impératifs) duquel la caution est déchargée lorsque la subrogation dans les droits du créancier ne peut plus, par le fait de ce dernier, s'opérer en sa faveur⁸. La demande de mainlevée hypothécaire a été rejetée aux motifs suivants : « la sûreté réelle consentie par M. Y pour garantir la dette de la société SGC, laquelle n'impliquait aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui, n'était pas un cautionnement, de sorte que l'article 2314 du Code civil n'était pas applicable ».

Cette exclusion du bénéficiaire dit de subrogation rompt radicalement avec la jurisprudence traditionnelle et fournie qui traitait l'hypothèque pour autrui comme un cautionnement réel et lui rendait applicable, en conséquence, l'ancien article 2037 du Code civil⁹. Elle s'inscrit en revanche parfaitement dans le courant jurisprudentiel précité qui, depuis 2005, développe une analyse strictement réelle de l'affectation d'un bien en garantie de la dette d'un tiers et, ce faisant, refuse d'accorder aux constituants des sûretés réelles pour autrui les protections accordées aux cautions personnelles. Cette solution ne nous convainc toutefois pas pour de nombreuses raisons. Nous en évoquerons deux.

Elle nie, d'une part, le caractère hybride des sûretés réelles constituées par un tiers et occulte le trait essentiel aux sûretés personnelles qu'elles présentent incontestablement, celui de l'absence d'identité du débiteur et du constituant de la garantie. Il est vrai que tous les aspects du régime de la sûreté ne sont pas concernés par cette spécificité. Tel est le cas des formalités de constitution ou des prérogatives du créancier, qui méritent d'être soumises au droit des sûretés réelles en ce qu'elles mettent en cause la technique qui leur est propre, à savoir l'affectation ou la cession d'un bien en garantie d'une créance. Dans d'autres hypothèses, la personne du constituant de la sûreté est au contraire déterminante et devrait influencer sur le régime de la sûreté réelle pour autrui. On songe en particulier à celles qui intéressent les suites de la réalisation de la sûreté, c'est-à-dire l'expropriation du constituant au bénéfice du débiteur principal, libéré à due concurrence vis-à-vis du créancier. À l'instar d'une caution personnelle, le constituant d'une sûreté réelle pour autrui devrait disposer de recours à l'encontre du débiteur principal¹⁰ et pouvoir invoquer les règles qui confortent l'efficacité de ces recours, dont l'exception de défaut de subrogation fait partie.

D'autre part, l'arrêt rendu le 12 avril 2018 et, plus généralement, la jurisprudence refusant d'appliquer des règles identiques aux diverses sûretés fournies par des tiers détonnent avec les nombreux textes qui, depuis une dizaine d'années, s'attachent à la qualité de tiers du constituant de la sûreté, et transcendent la nature personnelle ou réelle de celle-ci : une loi du 5 mars 2007 a interdit aux tuteurs des mineurs ou majeurs sous tutelle de constituer « une sûreté pour garantir la dette d'un tiers »¹¹ ; en matière de procédures collectives, les ordonnances du 18 décembre 2008 et du 12 mars 2014 ont aligné les droits des personnes « ayant affecté ou cédé un bien en garantie » de la dette de l'entreprise en difficulté sur ceux des garants personnels¹² ; l'ordonnance du 10 février 2016 a inscrit dans le nouveau régime général des obligations quatre articles traitant des « sûretés consenties par des tiers »¹³. En droit positif, il existe donc un hiatus entre ces dispositions légales, fondées sur l'absence d'identité du débiteur et du constituant de la garantie, et les solutions prétorienne qui rejettent l'application a pari des règles du cautionnement aux sûretés réelles pour autrui. Il est souhaitable que la prochaine refonte du droit des sûretés fasse cesser cette incohérence¹⁴. À cette fin, plusieurs voies sont envisageables. L'une, inscrite dans l'avant-projet de réforme présenté en septembre 2017 par la commission Grimaldi, consiste à réduire à néant la jurisprudence de la Cour de cassation en consacrant le cautionnement réel au sein du droit du cautionnement¹⁵. Cela ne tarirait certainement pas le contentieux, car la question se poserait toujours de savoir quelles règles du cautionnement ou quelles règles de l'hypothèque, du gage ou encore du nantissement il conviendrait d'appliquer. Cette insécurité pourrait être limitée si un nouveau texte prévoyait que « les dispositions du présent chapitre (celui régissant le cautionnement) sont, sauf disposition contraire, applicables au cautionnement réel »¹⁶. Une solution plus ambitieuse, de lege ferenda, résiderait dans la création, au sein du Livre IV du Code civil, d'un droit commun des sûretés pour autrui venant compléter celui contenu en germe dans les dispositions éparses précitées. Le régime des sûretés constituées par des tiers y gagnerait en cohérence et prévisibilité, particulièrement si les renvois aux règles propres à certaines sûretés venaient

compléter des règles formulées de manière générale, comme le droit reconnu au tiers garant d'être déchargé à hauteur du préjudice que lui cause la perte fautive, par le créancier, d'un droit préférentiel ou exclusif dans lequel il eût pu être subrogé au stade de son recours en remboursement contre le débiteur principal.

Notes de bas de page

1 –

[Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, n° 03-18210](#) : Bull. ch. mixte, n° 7, remettant en cause la conception double du cautionnement réel, selon laquelle le constituant, en affectant l'un de ses biens au paiement de la dette d'autrui, se porte aussi caution personnelle à hauteur de la valeur du bien grevé.

2 –

[C. civ., art. 2334](#) : le gage constitué par un tiers non débiteur de la dette garantie n'offre « d'action (au créancier) que sur le bien affecté en garantie ». Bien qu'énoncée uniquement en matière de gage, cette règle vaut pour toutes les sûretés réelles.

3 –

Depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, la protection de la communauté conjugale contre les sûretés réelles pour autrui repose sur la règle de cogestion inscrite dans l'article 1422, alinéa 2, du Code civil.

4 –

Sur les jurisprudences ayant écarté toutes ces règles du cautionnement du régime des sûretés réelles pour autrui, v. Bourassin M. et Brémond V., *Droit des sûretés*, 6e éd., 2018, Sirey, 2018, nos 1272 et s., spéc. nos 1298-1304.

5 –

Un arrêt non publié, qui a largement échappé à la doctrine, a pourtant clairement écarté l'application à une hypothèque constituée par un tiers des dispositions de l'article 2037 du Code civil, au motif qu'elles sont « édictées au profit des seules cautions » ([Cass. com., 15 déc. 2009, n° 08-19819](#), D).

6 –

La cour d'appel a « exactement retenu (...), elle en a déduit à bon droit (...) ».

7 –

Dans sa première branche, le moyen du pourvoi formé par le constituant de l'hypothèque prétendait que ces créances n'avaient pas été indiquées dans l'acte constitutif de la sûreté et reprochait ainsi à la cour d'appel une violation de l'article 2421 du Code civil, qui subordonne la validité du contrat d'hypothèque à l'indication de sa cause. Mais, n'ayant pas été soutenu dans les conclusions d'appel, ce moyen nouveau, mélangé de fait et de droit, a été déclaré irrecevable par la Cour de cassation. Dans les deux branches suivantes, le moyen du pourvoi arguait du paiement des créances garanties par le biais de délégations et de l'encaissement d'un chèque. Il a été rejeté au motif que la cour d'appel, sans inverser la charge de la preuve, a relevé que le constituant de l'hypothèque n'a pas établi ces règlements.

8 –

En l'espèce, la faute reprochée au créancier résidait dans le défaut de déclaration des créances garanties à la procédure collective du débiteur principal. Cette omission n'entraînant plus, depuis la loi du 26 juillet 2005, l'extinction de la créance, ni des sûretés par voie accessoire, le constituant de l'hypothèque espérait bénéficier de la jurisprudence

favorable aux cautions, qui accepte de faire jouer l'article 2314 du Code civil dès lors que le défaut de déclaration a bien causé un préjudice à celles-ci ([Cass. com., 12 juill. 2011, n° 09-71113](#) : Bull. civ. I, n° 118 – [Cass. com., 19 févr. 2013, n° 11-28423](#) : Bull. civ. IV, n° 26 – [Cass. 1re civ., 3 juill. 2013, n° 12-21126](#) : Bull. civ. I, n° 144).

9 –

Pour des arrêts déchargeant des cautions hypothécaires en application de ce texte, v. [Cass. com., 17 mars 1992, n° 90-13819](#) : Bull. civ. IV, n° 115 – [Cass. com., 11 avr. 1995, n° 93-16811](#), D ; pour des arrêts statuant sur le fondement de l'article 2037 du Code civil, mais rejetant la libération de la caution réelle, l'une des conditions du bénéfice de subrogation n'étant pas remplie, v. [Cass. 1re civ., 16 nov. 1977, n° 76-12188](#) : Bull. civ. I, n° 425 – [Cass. com., 20 mars 1990, n° 88-15921](#), D ; [Cass. 1re civ., 15 juin 1999, n° 97-15792](#), D ; [Cass. com., 12 oct. 2004, n° 03-13999](#), D ; [Cass. 1re civ., 12 oct. 2004, n° 01-13664](#), D.

10 –

Cette interprétation est confortée par le nouvel article 1346 du Code civil, selon lequel « la subrogation a lieu par le seul effet de la loi au profit de celui qui, y ayant un intérêt légitime, paie dès lors que son paiement libère envers le créancier celui sur qui doit peser la charge définitive de tout ou partie de la dette ».

11 –

[C. civ., art. 509](#).

12 –

Au sujet des délais de paiement et remises de dettes accordés au débiteur, de l'arrêt du cours des intérêts, de la suspension des poursuites contre le garant et du recours contre le débiteur après la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

13 –

[C. civ., art. 1216-3](#) (cession de contrat avec libération du cédant) ; [C. civ., art. 1328-1](#) (cession de dette avec décharge du débiteur originaire) ; [C. civ., art. 1334](#) (novation) ; [C. civ., art. 1346-4](#) (nouvel intérêt convenu par le débiteur et un créancier subrogé).

14 –

Contra, en faveur du maintien de l'analyse retenue par la jurisprudence, v. Pellier J.-D., « Une certaine idée du cautionnement. À propos de l'avant-projet de réforme du droit des sûretés de l'Association Henri Capitant », D. 2018, p. 686.

15 –

[C. civ., art. 2291](#) proposé : « Le cautionnement réel est une sûreté réelle constituée pour garantir la dette d'autrui. Le créancier n'a d'action que sur le bien qui en forme l'objet ». V. <http://www.henricapitant.org/travaux/legislatifs-nationaux/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-suretes>.

16 –

Gouëzel A. et Bougerol L., « Le cautionnement dans l'avant-projet de réforme du droit des sûretés : propositions de modification », D. 2018, p. 678, qui précisent que les dispositions portant sur le formalisme du cautionnement ou sur son caractère disproportionné ne devraient pas s'appliquer au cautionnement réel.