

N° 361122

Société Banque calédonienne d'investissement

7^{ème} et 2^{ème} sous-sections réunies

Séance du 12 juin 2013

Lecture du 10 juillet 2013 - B

CONCLUSIONS

M. Gilles PELLISSIER, rapporteur public

Au-delà des spécificités des règles applicables en Nouvelle-Calédonie et par certains aspects grâce à elles, l'affaire qui vient d'être appelée vous permettra de préciser ce qui distingue la garantie à première demande de la caution solidaire. Les occasions de vous prononcer sur ces contrats sont rares et une clarification de leurs caractéristiques sera d'autant plus opportune que le dernier état de votre jurisprudence, résultant d'une décision du 14 juin 2000, *Banque Rhône-Alpes* (n° 199585, au rec), dont l'arrêt contesté a fait application, n'a peut-être pas été parfaitement compris.

Comme dans la plupart des cas où se pose la question de la nature juridique de la garantie, le litige qui oppose la Banque calédonienne d'investissement (BCI), qui s'est portée caution solidaire du mandataire d'un groupement d'entreprises titulaire d'un marché public de travaux pour le montant de la garantie à laquelle il était assujéti en application du marché, et la Province des Îles Loyauté, maître d'ouvrage, porte sur l'opposabilité de l'extinction de la créance de cette dernière, qui ne l'a pas déclarée dans les délais lors de la procédure de redressement judiciaire dont a fait l'objet l'entreprise du mandataire, M. G.... Cette extinction est définitive, les différents recours contentieux exercés par la Province sur ce point ayant été rejetés.

La Province des Iles Loyauté, ayant été reconnue par la juridiction administrative créancière d'une somme de 220 620 800 F CFP à l'encontre du groupement, aux torts duquel le marché avait été résilié, a décidé de faire jouer la garantie de la Banque calédonienne d'investissement et mis à sa charge une somme de 37 855 950 F CFP, correspondant à la garantie qu'elle avait apportée à M. G..., par un titre de perception que la banque a contesté devant le TA de Nouvelle-Calédonie puis devant la CAA de Paris qui ont successivement rejeté sa demande.

Vous n'aurez aucun mal à écarter le moyen tiré de ce que la cour aurait omis de répondre au moyen selon lequel les sommes demandées au titre de la garantie excédaient 5 % des avances consenties au titulaire du marché.

La cour a relevé que la garantie accordée par la banque s'élevait à la somme demandée, qui figurait nominaleme nt dans la convention de cautionnement et qui représentait 5 % du montant du marché. Elle a donc implicitement mais nécessairement répondu à la requérante que le montant de la garantie était celui que stipulait la convention qu'elle avait conclu avec M. G....

L'autre moyen est plus intéressant. La BCI soutient que la cour a commis une erreur de droit en s'estimant compétente pour statuer sur un litige relatif à l'exécution de la garantie qu'elle avait consentie à M. G..., qui constituait une garantie à première demande et non, comme elle l'a jugé, une caution.

Le cautionnement et la garantie à première demande sont des sûretés personnelles. Leur point commun est qu'une personne s'engage à garantir le règlement de la dette d'une autre personne à son créancier. Leur différence fondamentale est que le cautionnement garantit une obligation, alors que la garantie à première demande ne trouve sa cause qu'en elle-même.

Le cautionnement est une sûreté très ancienne, qui fut d'ailleurs pendant longtemps la seule envisagée par le code civil. Elle est définie comme l'acte par lequel une personne, le garant, s'engage envers le créancier d'une obligation à la satisfaire si le débiteur n'y satisfait pas lui-même (art 2288). Le caractère accessoire de la caution à l'obligation principale qu'elle garantit imprègne l'ensemble de son régime juridique : la caution ne peut s'engager au-delà du montant de la dette mais elle peut ne porter que sur une partie de cette dernière (art 2290); La caution n'est obligée envers le créancier à le payer qu'à défaut du débiteur, à moins qu'elle ne se soit obligée solidairement avec lui (art 2298); *"La caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur"* (art 2306). Enfin, et cette règle est au cœur du présent litige, *"La caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal, et qui sont inhérentes à la dette ; Mais elle ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur"* (art 2313).

La garantie à première demande est une sûreté plus récente, apparue en droit commercial international et dont le régime juridique a été fixé par la jurisprudence, à partir d'un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation du 20 décembre 1982, *Banque de Paris et des Pays-Bas c/ Creusot-Loire-Entreprises et autres* (rec Dalloz-Sirey, p, 365). Elle n'a été introduite dans le code civil que récemment, par l'ordonnance du 23 mars 2006, qui la décrit comme *"l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme ... à première demande"* (art 2321). Elle est qualifiée par le code de *"garantie autonome"* en ce que, contrairement à la caution qui garantit une obligation, elle ne garantit que le versement de la somme qu'elle prévoit. En conséquence et aux termes du même article, *"le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie. Sauf convention contraire, cette sûreté ne suit pas l'obligation garantie"*. Seuls l'abus ou la fraude manifeste du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre peuvent dispenser le garant de payer à la première demande (même article).

Ces deux sûretés sont utilisées dans le droit des marchés publics pour remplacer la retenue de garantie que peut prévoir le marché pour *"couvrir les réserves à la réception des travaux, fournitures ou services ainsi que celles formulées, le cas échéant, pendant le délai de garantie"* (art 101 du code des marchés publics). Cette garantie, plafonnée à 5 % du marché, est désormais prélevée par fractions sur chacun des versements (même article). Elle consistait autrefois en un dépôt d'espèces ou de valeurs mobilières entre les mains du comptable public.

Du fait de l'inopposabilité des exceptions inhérentes à l'obligation principale, la garantie à première demande offre au créancier une sécurité presque équivalente à la retenue de garantie, ce qui explique qu'elle puisse lui être substituée au gré du titulaire du marché, alors que la caution personnelle et solidaire ne peut la remplacer que si le pouvoir adjudicateur ne s'y oppose pas (art 102). Dans les deux cas, le montant de la garantie *"ne peut être supérieur à celui de la retenue de garantie qu'elles remplacent"* (même article).

Si ces deux sûretés ont pour fonction de garantir une somme due au titre d'un marché, elles n'ont pas le même lien avec le marché, puisque l'obligation est l'objet de la caution alors qu'elle n'est que l'occasion de la garantie à première demande. Comme vous l'avez souligné à l'occasion d'un recours dirigé contre l'arrêté fixant les modèles types selon lesquels elles doivent obligatoirement être établies, "il résulte de la nature même de la garantie à première demande que celle-ci constitue une obligation autonome, indépendante du marché et qui incombe à un tiers à l'égard du marché, alors que la retenue de garantie instituée par les dispositions de l'article 125 du code des marchés publics est au contraire étroitement liée au marché, notamment à son montant et à

ses modalités de règlement" (10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics*, n° 159980, au rec).

Deux conséquences de la nature du lien de la sûreté avec l'obligation principale concernent plus particulièrement le présent litige.

En premier lieu, ne dépendant pas du marché, la mise en œuvre de la garantie à première demande, qui n'a pas pour objet l'exécution d'un service public ni ne comporte de clauses exorbitantes du droit commun, ne ressortit pas de la compétence de la juridiction administrative (7ème ssjs, 3 novembre 2004, *Me T...*, n° 263934). A l'inverse, la caution portant sur une obligation liée à l'exécution du marché public, l'engagement de sa responsabilité est indissociable de ce dernier et suit le même régime juridique.

En second lieu, l'extinction de l'obligation principale libère la caution alors qu'elle est sans incidence sur la garantie à première demande, dont le fait générateur n'est pas l'exigibilité de la créance mais la demande de paiement.

Cette différence produisait, avant la loi du 26 juillet 2005, un effet important lorsque le créancier n'avait pas déclaré sa créance à la procédure de redressement judiciaire du débiteur. En application de l'article 53 alinéa 3 de la loi du 25 janvier 1985, codifié à l'article L. 621-46 du code de commerce, les dettes non déclarées étaient éteintes, ce qui libérait également la caution. Pour la Cour de cassation, cette extinction "est une exception inhérente à la dette" que la caution peut opposer au créancier (jurisprudence constante depuis Com, 17 juillet 1990, n° 89-13.439).

Les conséquences d'une absence de déclaration sont beaucoup moins graves depuis que la loi du 26 juillet 2005 a supprimé la sanction de l'extinction pour les créances non déclarées. Elles sont seulement, en application de l'article L. 622-26 alinéa 1er du code de commerce, inopposables à la procédure¹. Si cette inopposabilité compromet sérieusement les chances du créancier de la recouvrer auprès du débiteur après une liquidation qui a en général épuisé ses actifs, l'absence d'extinction de la créance lui permet de se retourner contre la caution, sans condition s'il s'agit d'une personne morale, postérieurement au plan de redressement pour les cautions personnes physiques (art L. 622-26 al. 2).

Avant cette réforme et pour adoucir certaines rigueurs du régime antérieur, les jurisprudences judiciaire et administrative avaient cependant posé des exceptions à cet effet du caractère accessoire de la caution.

Par plusieurs arrêts concernant différentes garanties applicables en matière de construction et étroitement liées aux obligations du constructeur, la Cour de cassation a ainsi jugé qu'elles étaient autonomes et ne disparaissaient pas du fait de l'absence de déclaration de la créance à la procédure de liquidation du débiteur (Civ 3, 12 mars 1997, n° 95-13.213, concernant la garantie d'achèvement d'un immeuble; Plén, 4 juin 1999; Civ 3, 28 nov 2001, *Banque populaire Bretagne Atlantique*, concernant la garantie d'achèvement d'un lotissement). Ces garanties répondent pourtant à la définition de la caution, et en reçoivent même la qualification par certaines dispositions, telles que l'article R. 315-34 du CCH relative à la garantie d'achèvement des lotissements.

Vous avez également jugé, à propos d'une caution constituée en substitution d'une retenue de garantie, dans une situation identique à la présente espèce, que la circonstance que le créancier n'ait pas déclaré sa créance à la procédure de liquidation judiciaire du débiteur ne faisait pas obstacle à ce que soit recherchée la responsabilité de la caution. Utilisant des termes proches de ceux des arrêts précités de la Cour de cassation, vous avez précisé que la caution avait "apporté au maître de l'ouvrage une garantie indépendante de la situation de l'entreprise en redressement et constitutive d'une obligation autonome" (14 juin 2000, *Banque Rhône-Alpes*, n° 199585, au rec).

1 Cass. com., 3 nov. 2010, n° 09-70.312, arrêt n° 1106 FS-P+B.

Votre décision, comme celle de la Cour de cassation en matière de construction, ont fait l'objet de critiques de la part de la doctrine² qui leur a essentiellement reproché de méconnaître le caractère accessoire de la caution et de brouiller la distinction entre cette sûreté et la garantie à première demande. C'est surtout la qualification d'obligation autonome à propos d'une caution qui est contestée, tant elle est caractéristique, nous l'avons vu, de la garantie à première demande, à tel point qu'elle définit dans le code civil, depuis l'ordonnance du 23 mars 2006, une catégorie de sûretés à laquelle appartient la garantie à première demande. Si l'adjectif n'est peut-être pas le mieux choisi, ces critiques ne nous paraissent pas complètement fondées.

En effet, ces jurisprudences, pour des raisons différentes propres à chacune des matières concernées, ont seulement entendu déconnecter la garantie d'une créance de son exigibilité au débiteur pour une cause liée à la situation personnelle de celui-ci, à savoir sa mise en liquidation judiciaire. Il est vrai que l'extinction de la dette du fait de la non déclaration de la créance est imputable au créancier qui ne s'est pas montré suffisamment diligent. Mais force est de reconnaître que cette imputabilité est souvent théorique, lorsque le créancier est un consommateur non professionnel comme dans le cas des garanties immobilières ou lorsque le fait générateur de la garantie survient postérieurement au délai de déclaration des créances, comme cela peut arriver en matière de travaux publics.

La garantie demeure en revanche liée à l'obligation principale dans la mesure où toutes les contestations liées à l'existence de la créance et à son montant sont opposables par la caution. En d'autres termes, si les conditions d'exigibilité liées à la liquidation du débiteur sont inopposables, toutes les autres conditions, notamment celles relatives au contrat principal, le sont.

En droit des marchés publics, le refus de tenir compte du défaut de déclaration de la créance à la procédure de liquidation s'inscrit dans la continuité de la jurisprudence selon laquelle la liquidation judiciaire d'une entreprise ayant participé à un marché public et le règlement de ce marché sont des procédures distinctes et étanches. Vous jugez ainsi avec constance qu'il appartient au juge administratif d'examiner si la collectivité a droit à réparation et de fixer le montant de cette indemnité due par l'entreprise défaillante ou son liquidateur, sans préjudice des suites que la procédure judiciaire est susceptible d'avoir sur le recouvrement de cette créance (Sect, 3 février 1978, *M...*, p. 48; 20 janvier 1992, *Sté Jules V... et fils*, n° 130250). La décision *Banque Rhône-Alpes* précitée confirme ces principes et les étend à la caution. Mais, comme le faisait observer Catherine Bergeal dans ses conclusions sur cette décision, "en étendant ce raisonnement au cas de la caution de l'entreprise en liquidation, ce qui a priori paraît assez logique - si ce n'est peut être inévitable - on aboutit à un résultat d'une nature différente. Pour recouvrer la créance, qui résulte de la décision du juge administratif de condamner la caution, la collectivité n'a pas besoin de s'adresser au juge judiciaire, puisque la banque caution n'est pas en liquidation. Non seulement, le juge administratif fait naître la créance, mais il ordonne aussi son recouvrement".

Votre commissaire du gouvernement ne vous avait pas caché que la solution de l'inopposabilité de l'absence de production de la créance à la procédure de liquidation n'était pas la plus orthodoxe au regard de la définition de la caution. Vous l'avez cependant retenue, car elle présente plusieurs avantages: elle préserve l'étanchéité du règlement du marché avec les procédures judiciaires dont peuvent faire l'objet les entreprises et, par voie de conséquence, l'intégrité de la compétence de la juridiction administrative; elle assure l'effectivité de la sûreté, dont la fonction est de garantir le créancier contre une insolvabilité du débiteur, ce qui est le précisément le cas lorsqu'il est mis en liquidation judiciaire. Le souci de protéger les créanciers, qu'il s'agisse des acquéreurs des immeubles ou des contribuables derrière les personnes publiques, est ainsi à l'origine des

2 Voyez, notamment: J-M. Berly, *La prétendue autonomie des garanties financières immobilières*, Revue de droit immobilier, 2002, p. 73, à propos de la jurisprudence judiciaire et le commentaire de la décision Banque Rhône-Alpes par P. Ancel, *Le cautionnement de marché public, générateur d'une obligation autonome*, Dalloz 2001, p. 2117.

jurisprudences judiciaire et administrative.

En revanche, votre jurisprudence n'a jamais entendu couper le lien entre la caution et son fait générateur, à savoir l'exécution du marché, ce lien étant la condition de la compétence de la juridiction administrative.

Il ressort des jurisprudences judiciaire et administrative que l'adjectif autonome se rapporte moins à l'obligation garantie qu'à la situation de l'entreprise en redressement, comme l'indiquent les motifs de votre décision *Banque Rhône-Alpes* qui soulignent que la caution a "apporté au maître d'ouvrage une garantie indépendante de la situation de l'entreprise en redressement".

Il en résulte que le fait qu'elle garantit l'exécution d'une obligation demeure bien le critère de la caution et ce qui le distingue fondamentalement de la garantie à première demande. La circonstance que l'un des effets du caractère accessoire de la caution soit neutralisé ne saurait conduire à remettre en cause cette définition. De même, les modalités d'engagement de la garantie ne sauraient influencer sur sa qualification dès lors qu'elles ne conduisent pas à constater qu'elle est indépendante de l'obligation principale. Un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation est à cet égard particulièrement clair puisqu'il qualifie de caution un acte intitulé "engagement autonome de garantie exécutable à première demande" aux motifs "qu'en dépit de l'intitulé de l'acte et de la mention, même manuscrite, de paiement à première demande, l'engagement litigieux, ayant pour objet la propre dette du débiteur principal, n'était pas autonome" (Com, 13 déc 1994, n° 92-12626, Bull civ IV, n° 375, p. 309).

Vous devrez donc, pour qualifier la garantie accordée par la BCI au titulaire du marché, rechercher si elle porte sur une obligation liée au marché ou sur le paiement d'une somme d'argent qu'elle fixe, indépendamment des conditions d'exécution du marché.

Or il nous semble ressortir clairement des termes mêmes de l'acte par lequel la BCI s'est portée garante de M. G.. qu'il s'applique à une dette liée à l'exécution du marché. Il est précisé qu'elle se porte caution solidaire de M. G.. "pour le montant de la retenue de garantie à laquelle il est assujéti en qualité de titulaire du marché" et qu'elle "s'engage à effectuer sur ordre de versement de l'administration contractante, sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit, jusqu'à concurrence de la somme garantie ci-dessus, le versement des sommes dont le titulaire **serait débiteur au titre du présent marché**". Non seulement la cause mais l'objet même de la garantie est l'obligation dont le titulaire du marché pourrait être tenu au titre de l'exécution du marché. Elle a été prise pour garantir la bonne exécution du marché, en application des articles 77 et 78 du code des marchés publics de Nouvelle-Calédonie. La somme indiquée dans l'acte n'est pas l'objet de la garantie, comme dans la garantie à première demande, mais le montant maximum de l'engagement de la caution au titre de l'obligation du titulaire du marché.

La circonstance que l'acte précise que la caution "s'engage à effectuer sur ordre de versement de l'administration contractante, sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation pour quelque motif que ce soit" ne nous paraît pas de nature à modifier la qualification qui résulte de l'objet de la garantie. Cette mention est prévue par l'article 79 du code des marchés de Nouvelle-Calédonie qui dispose que le modèle d'engagement de caution personnelle et solidaire comportera cette mention. Elle constitue davantage une modalité de mise en œuvre de la caution qui, comme le propose le professeur Pascal Ancel à propos d'une formule similaire, "condamne simplement la caution à ne faire valoir ses arguments qu'après avoir payé la collectivité publique"³. Elle renforce la garantie que représente la caution dans le contexte normatif du code néo-calédonien qui n'envisage pas la garantie à première demande, mais elle ne saurait avoir pour effet d'en faire une garantie indépendante du marché.

3 Article précité, § 13.

Nous vous proposons donc de juger qu'en se fondant, pour qualifier de caution la garantie à laquelle s'était engagée la BCI, sur la circonstance qu'elle avait pour objet de garantir l'obligation du titulaire du marché au titre de l'exécution du marché, la cour n'a pas commis d'erreur de droit, quelles qu'aient été les modalités de mise en œuvre de cette garantie.

EPCMNC : Rejet du pourvoi de la BCI, à la charge de laquelle vous pourrez mettre le versement à la Province des Iles Loyauté d'une somme de 3 000 euros au titre des frais exposés.