

TCVS C1 08 56

Droits des obligations - contrat de cautionnement - ATC (Cour civile II) du 1^{er} avril 2009, Banque X. c. Y.

Contrat de cautionnement; extinction du cautionnement

- Notion de cautionnement solidaire. La sommation n'est pas nécessaire lorsque l'insolvabilité du débiteur est notoire (art. 143 ss, 496, 501 al. 3 CO; consid. 5b/aa).
- Notion d'extinction du cautionnement (art. 509, 511 CO; consid. 5b/bb).
- Afin d'empêcher que la caution ne soit libérée au terme du délai légal de vingt ans, la caution peut être recherchée pendant la dernière année de ce délai, même si elle s'est engagée pour un délai plus long (art. 509 al. 4, 510 al. 3 CO; consid. 5b/bb).
- En l'espèce, le créancier n'a pas sommé spécialement le débiteur principal de s'acquitter de sa dette (consid. 5c).

Réf. CH: art. 492 CO, art. 496 CO, art. 509 CO

Réf. VS: -

Bürgschaftsvertrag; Beendigung der Bürgschaft

- Begriff der Solidarbürgschaft. Die Mahnung ist nicht erforderlich, wenn die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners offenkundig ist (Art. 143 ff., 496, 501 Abs. 3 OR; E. 5b/aa).
- Begriff der Beendigung der Bürgschaft (Art. 509, 511 OR; E. 5b/bb).
- Um zu verhindern, dass die Bürgschaft nach Ablauf der gesetzlichen Frist von zwanzig Jahren dahinfällt, kann die Bürgschaft während des letzten Jahres dieser Frist geltend gemacht werden, selbst wenn sie für eine längere Frist eingegangen worden ist (Art. 509 Abs. 4, 510 Abs. 3 OR; E. 5b/bb).
- Vorliegend hat der Gläubiger den Hauptschuldner nicht besonders gemahnt, seine Schuld zu bezahlen (E. 5c).

Ref. CH: Art. 492 OR, Art. 496 OR, Art. 509 OR

Ref. VS: -

Résumé des faits

En décembre 1983, la Banque X. a ouvert un crédit en compte courant à A. SA. Par acte authentique de cautionnement, Y. s'est alors porté caution solidaire pour un montant maximal de ... fr. à fin de garantie du prêt accordé à A. SA. En février 1993, la Banque X. a dénoncé son avance au remboursement intégral, dans le délai légal de six semaines, à A. SA et à Y. Les précités étaient dès lors invités à verser, pour avril 1993, ... fr., plus les intérêts. En mars 1993, B. a informé la Banque X. qu'il était devenu administrateur de A. SA, après avoir racheté les actions de Y. Par la suite, A. SA a procédé à une série de restructurations. L'administrateur a fait part de ces mesures à la Banque X. en lui demandant d'annuler sa dénonciation au remboursement intégral. En avril 1993, Y. a déclaré maintenir son engagement malgré la dénonciation du compte de A. SA. En septembre 1993, A. SA a cédé à la Banque X. toutes ses créances actuelles et futures.

En novembre 2000 et mars 2001, la Banque X. a vainement demandé à Y. de lui retourner un bulletin de renseignements personnels, relatifs à son engagement en tant que caution solidaire du crédit consenti à A. SA.

Dès octobre 2002, C. est devenu administrateur unique de A. SA. Les comptes de A. SA étaient alors juste équilibrés. Dès 2003, la situation économique de la société a commencé à se détériorer. En juin 2003, elle accusait une perte de l'ordre de 250'000 fr. D. a acheté les actions de C. En août 2003, E. a succédé à D. en qualité d'administrateur unique de A. SA. En mai 2004, la faillite est apparue inéluctable. La caution Y. connaissait les comptes de A. SA de 2001. Elle n'a en revanche pas eu connaissance de la comptabilité relative aux années 2002 et 2003.

En octobre 2003, la Banque X. a indiqué à A. SA qu'elle ne pouvait accepter de remplacer l'engagement de Y. par un cautionnement de D. Le 28 octobre 2003, la Banque X. a dénoncé à A. SA et à Y. son avance au remboursement intégral et a enjoint les précités de verser, pour le 12 décembre suivant, ... fr. avec intérêt à 6,875 % dès cette date.

Le 9 février 2004, un commandement de payer le montant de ... fr., avec intérêt à 6,87 % dès le 31 décembre 2003 sur ... fr., a été notifié à l'instance de la Banque X. à A. SA, qui y a formé opposition totale. En mars 2004, l'administrateur unique de A. SA, a signé en faveur de la Banque X. un avis de bien-trouvé d'un montant de ... fr. Le 19 décembre 2003, la Banque X. a adressé à l'office des poursuites une réquisition de poursuite à l'encontre de Y. portant sur ... fr. avec intérêt à 5 % dès le 12 décembre 2003. Sur nouvelle réquisition, le commandement

de payer a finalement été notifié le 29 septembre 2004 au mandataire de Y. qui y a formé opposition totale. Le 10 décembre 2004, le juge de district a écarté la requête de mainlevée présentée par la Banque X.

Dans l'intervalle, le 5 juillet 2004, la faillite de A. SA a été prononcée par le juge de district. Le 20 août 2004, la Banque X. a produit dans le cadre de cette faillite une créance de ... fr.

Considérants (extraits)

(...)

5. a) Le défendeur soutient tout d'abord que le cautionnement est éteint en vertu de l'art. 509 al. 3 CO, dès lors qu'aucune sommation valable n'aurait été adressée au débiteur principal après l'échéance du délai de dénonciation du crédit. Cette formalité ne pouvait être omise par la demanderesse, du moment qu'en décembre 2003, l'insolvabilité de A. SA n'était pas notoire. De surcroît, la Banque X. aurait laissé périmer la poursuite de l'office des poursuites. Quoi qu'il en soit, la passivité de l'intéressée «entre la notification de la décision de mainlevée et la fin du délai de péremption du commandement de payer créerait une «interruption notable» de la poursuite à l'encontre de la caution au sens où l'entendent les art. 510 al. 3 et 511 al. 1 CO [...]».

b) En l'espèce, il est constant que les parties ont conclu un contrat de cautionnement au sens des art. 492 ss CO. Il n'est pas non plus contesté - ni contestable d'ailleurs - qu'il s'agit d'un cautionnement solidaire au sens de l'art. 496 CO. Il est par ailleurs admis par la jurisprudence que le cautionnement d'une relation de compte courant est valable (ATF 120 II 35 consid. 5).

aa) En dépit des termes de la loi, les obligations de la caution solidaire et du débiteur principal sont concurrentes et non solidaires: la caution répond de manière analogue à un débiteur solidaire mais non en qualité de débiteur solidaire. Les art. 143 ss CO ne s'appliquent dès lors que par analogie en matière de cautionnement (Meier, Commentaire romand, n. 4 ad art. 496 CO; Pestalozzi, Basler Kommentar, n. 3 ad art. 496 CO). Le créancier est admis à poursuivre la caution solidaire avant de rechercher le débiteur principal, pour autant que celui-ci soit en retard dans le paiement de sa dette et qu'il ait été sommé en vain de s'en acquitter, à moins que son insolvabilité ne soit notoire (art. 496 al. 1 CO). Le retard présuppose que la dette soit exigible (Giovanoli, Berner Kommentar, n. 17 ad art. 496 CO). Si l'exigibi-

lité de la dette est subordonnée à un avertissement préalable du créancier, celui-ci doit également être adressé à la caution conformément à l'art. 501 al. 3 CO (Meier, op. cit., n. 13 ad art. 496 CO; Giovanoli, loc. cit.). Le débiteur est en retard lorsqu'il ne s'exécute pas, après l'échéance, dans les délais habituels en affaires (Scyboz, *Le contrat de garantie et le cautionnement, Traité de droit privé suisse*, t. VII/2, Fribourg 1979, p. 104). Le retard n'est toutefois pas suffisant. Le débiteur principal doit, en sus, avoir été sommé de payer par le créancier. La sommation doit être adressée dans tous les cas, la caution ne pouvant valablement y renoncer (cf. art. 492 al. 4 CO; Giovanoli, op. cit., n. 18 ad art. 496 CO; Pestalozzi, op. cit., n. 7 ad art. 496 CO). Une interpellation préalable ne dispense en particulier pas de cette sommation (Scyboz, loc. cit.). Il découle par ailleurs des termes de la loi qu'elle ne peut intervenir qu'après que la créance est devenue exigible (Giovanoli, loc. cit.). Elle est obligatoire même dans l'hypothèse où le créancier a dénoncé la dette pour un certain terme. Il s'agit d'une *lex specialis* par rapport à l'art. 102 al. 2 CO (Giovanoli, op. cit., n. 18 ad art. 496 CO). Ainsi, l'établissement bancaire qui a valablement dénoncé le contrat de prêt en respectant le délai contractuel ou, à défaut, le préavis de six semaines fixé par l'art. 318 CO, doit, après l'échéance de ce délai, sommer spécialement le débiteur d'exécuter son obligation de remboursement avant de pouvoir rechercher la caution (Meier, op. cit., n. 14 ad art. 496 CO). La sommation doit être demeurée infructueuse, ce qui est notamment le cas lorsque le débiteur principal s'est exécuté de manière imparfaite ou partielle (Giovanoli, op. cit., n. 21 ad art. 496 CO; Pestalozzi, op. cit., n. 7 ad art. 496 CO). Le créancier n'est en revanche pas contraint d'intenter des poursuites contre le débiteur principal. Celles-ci peuvent néanmoins tenir lieu de sommation (Meier, op. cit., n. 16 ad art. 496 CO; Giovanoli, op. cit., n. 21a ad art. 496 CO). La sommation n'est pas nécessaire lorsque l'insolvabilité du débiteur est notoire, car elle n'aurait pas de sens (Scyboz, op. cit., p. 104). Tel est le cas lorsqu'il a été déclaré en faillite, qu'il a déposé une requête de sursis concordataire ou qu'il a délivré des actes de défaut de biens, même pour d'autres créances (Pestalozzi, op. cit., n. 8 ad art. 496 CO).

bb) Aux termes de l'art. 509 al. 3 CO, tout cautionnement donné par une personne physique s'éteint à l'expiration du délai de vingt ans dès sa conclusion. Font exception les cautionnements de dettes de droit public envers la Confédération ou ses établissements de droit public ou envers un canton, comme les droits de douane, les impôts

et autres droits semblables, et les cautionnements de transport, ainsi que les cautionnements d'officiers publics et d'employés et les cautionnements de prestations périodiques. Cette règle vise à venir en aide à la caution qui n'a pas fait usage de la faculté, à elle conférée par l'art. 511 al. 2 CO, de demander au créancier de donner l'avertissement nécessaire à rendre la dette principale exigible (Meier, op. cit., n. 14 ad art. 509 CO). L'expiration du délai légal de vingt ans entraîne l'extinction de plein droit du cautionnement, de sorte que savoir si ce délai de péremption (ou de déchéance) est écoulé est une question qu'il y a lieu d'examiner d'office (Giovanoli, op. cit., n. 23 ad art. 509 CO; Pestalozzi, op. cit., n. 12 ad art. 509 CO). Si la dette est exigible moins de deux ans avant la fin du cautionnement et que le créancier n'a pas pu la dénoncer avant ce terme, la caution peut, quelle que soit la nature du cautionnement, être recherchée sans que le débiteur principal ou les gages soient préalablement mis à contribution (art. 509 al. 6 CO). En revanche, si la dette est échue ou pouvait être dénoncée avant la fin de la dix-huitième année du cautionnement, le créancier doit rechercher le débiteur et la caution conformément à l'art. 496 CO en cas de cautionnement solidaire (Scyboz, op. cit., p. 117; Meier, op. cit., n. 23 ad art. 509 CO; Engel, *Contrats de droit suisse*, 2^e éd., Berne 2000, p. 662).

Afin d'empêcher que la caution ne soit libérée au terme du délai légal de vingt ans, l'art. 509 al. 4 CO prévoit que, pendant la dernière année de ce délai, la caution peut être recherchée même si elle s'est engagée pour un délai plus long. Le créancier doit prendre les mesures prévues par l'art. 510 al. 3 CO - applicable par analogie - avant la fin de la vingtième année (Meier, op. cit., n. 18 ad art. 509 CO). Il n'est cependant pas tenu de le faire dans le délai de quatre semaines mais dispose au contraire de toute l'année pour agir (Giovanoli, op. cit., n. 33 ad art. 509 CO). Il appartient dès lors au créancier d'intenter une poursuite, d'agir en justice, d'exciper de son droit devant un juge ou un arbitre, d'intervenir dans la faillite, le concordat ou l'inventaire successoral (Scyboz, op. cit., p. 115). Le créancier ne saurait en revanche se contenter de mettre le débiteur ou la caution en demeure ou de dénoncer la dette principale (Pestalozzi, op. cit., n. 13 ad art. 510 CO). Les procédures en question doivent en outre être continuées sans interruption notable. L'interruption notable doit être définie en fonction du comportement que l'on peut attendre d'un homme d'affaires consciencieux et prudent d'après le principe de la bonne foi, au vu des circonstances de l'espèce (Giovanoli, op. cit., n. 12 ad art. 510 CO et n. 6 ad art. 511 CO). Le créancier est tenu d'une diligence élevée à l'en-

droit de la caution (ATF 125 III 322 consid. 2). Il ne suffit en principe pas qu'il respecte les délais légaux et qu'il fasse en sorte que ses droits ne se prescrivent pas. Il lui incombe bien plus de prendre toutes les mesures positives à sa disposition afin que la procédure soit menée à terme (Giovanoli, op. cit., n. 13 ad art. 510 CO). Le créancier doit ainsi se préoccuper de l'inaction des organes étatiques qu'il met en œuvre et doit réagir à la passivité ou au retard important de l'office des poursuites (Meier, op. cit., n. 19 ad art. 510 CO). En tant qu'elle fixe à quatre semaines le délai pour agir ou poursuivre s'agissant du cautionnement pour un temps déterminé (cf. art. 510 al. 3 CO), la loi donne une indication concernant la période à l'expiration de laquelle on peut, par analogie, raisonnablement exiger du créancier qu'il se montre actif pour faire avancer la procédure (ATF 125 III 322 consid. 3d; 108 II 199 consid. 3a). Il a ainsi été jugé qu'était notable une interruption de six mois dans le cadre d'une poursuite en réalisation de gage (ATF 64 II 191 consid. 4; Giovanoli, op. cit., n. 13 ad art. 510 CO). Si le créancier a sauvegardé ses droits contre la caution, la péremption ne peut intervenir en cours d'instance, et ce même si le délai entrant en considération expire avant la fin du procès (ATF 119 II 429 consid. 3b et les réf.). L'inaction du créancier entraîne de plein droit l'extinction du cautionnement, quand bien même le retard n'a causé aucun préjudice à la caution (Giovanoli, op. cit., n. 15 ad art. 510 CO; Scyboz, op. cit., p. 115).

c) En l'espèce, il n'est pas disputé qu'en vertu de l'art. 509 al. 3 CO, le cautionnement, conclu par les parties le 27 décembre 1983, expirait le 27 décembre 2003. Conformément au contrat qui prévoyait que le remboursement total ou partiel pouvait être exigé en tout temps, dans le délai légal (art. 318 CO), la Banque X., par lettre signature du 28 octobre 2003 adressée à A. SA et à Y., a dénoncé au remboursement intégral le compte courant, réclamant le paiement de ... fr., avec intérêt à 6,875 %, pour le 12 décembre 2003. En revanche, elle n'a pas, postérieurement à ce terme, sommé spécialement le débiteur principal, à savoir A. SA, de s'acquitter de sa dette. Quoi qu'elle en pense, la demanderesse ne pouvait omettre cette démarche, déjà au motif qu'au jour de la dénonciation, la dette principale n'était pas encore exigible (cf. Schäfer/Maurenbrecher, Basler Kommentar, n. 7 ad art. 318 CO; Spahr, L'intérêt moratoire, conséquence de la demeure, in: RVJ 1990 pp. 355 et 361). En outre, le crédit en compte courant pouvait parfaitement être dénoncé avant la fin de la dix-huitième année - comme l'atteste la première dénonciation effectuée par la Banque X. le 26 février 1993 -, de sorte que l'art. 509 al. 6 CO ne trouve pas à s'ap-

pliquer en l'occurrence. Enfin, A. SA n'était pas encore notoirement insolvable en décembre 2003, sa faillite n'ayant été prononcée que le 5 juillet 2004. Il n'est pas non plus allégué ni établi que cette société aurait, à un quelconque moment, requis l'ouverture d'une procédure concordataire. Sans doute la Banque X. a-t-elle finalement introduit une poursuite à l'encontre du débiteur principal, laquelle aurait pu remplacer la sommation exigée par l'art. 496 al. 1 CO. Elle n'a toutefois pas allégué ni prouvé y avoir procédé avant de faire parvenir à l'office des poursuites, le 19 décembre 2003, une réquisition de poursuite contre le défendeur. En définitive, force est de considérer que A. SA ne se trouvait pas en retard qualifié au moment où la demanderesse a fait valoir ses droits à l'encontre de la caution et qu'aucune sommation valable n'a été adressée au débiteur principal avant l'expiration du délai de vingt ans. Pour ce motif, la demande doit être intégralement rejetée. Dans ces conditions, la cour peut se dispenser d'examiner la question de savoir si la demanderesse a agi sans interruption notable contre la caution.

Par arrêt du 14 juillet 2009 (4A_223/2009), le Tribunal fédéral a rejeté le recours en matière civile interjeté par la Banque X. contre ce jugement.