

# CHRONIQUE

## DROIT DES SÛRETÉS



**NICOLAS RONTCHEVSKY**

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg



**FRANÇOIS JACOB**

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg

### Acte notarié – Copie exécutoire – Défaut d'annexion de la procuration – Absence de disqualification de l'acte.

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 22 mars 2012, n° 362-FP+B+I, n° 11-925, Caisse générale de financement c/ X.

**L'obligation pour le notaire de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte en tant que titre exécutoire.**

La procuration par laquelle une partie a été représentée à un acte de prêt notarié doit-elle être annexée à l'acte et reproduite dans la copie exécutoire ? La question, qui dépasse le cadre de l'exécution forcée dans la mesure où elle met aussi en jeu l'authenticité de l'acte et la validité des sûretés qu'il renferme, a suscité récemment une controverse<sup>1</sup> et divisé les cours d'appel. Certaines ont décidé que le défaut d'annexion de la procuration à l'acte de prêt privait celui-ci de son caractère authentique<sup>2</sup> alors que d'autres ont considéré que cela était sans conséquence<sup>3</sup>. Ce débat vient d'être clairement tranché par un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 mars 2012<sup>4</sup>, qui doit être signalé dans ces colonnes.

En l'occurrence, une banque a engagé une procédure de saisie-immobilière à l'encontre d'une personne sur le fondement d'un acte de prêt notarié. Saisie d'une contestation du débiteur, une cour d'appel a annulé, à défaut de titre exécutoire, le commandement de payer valant saisie aux motifs que les procurations sous seing privé établies pour permettre la représentation du créancier n'étaient pas annexées à l'acte notarié, lequel

ne mentionnait pas que ces procurations avaient été déposées au rang des minutes de l'étude, et que cette irrégularité, si elle n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte, est cependant substantielle, puisqu'elle affecte la validité des signatures des parties et porte ainsi atteinte à la force exécutoire de l'acte.

Cette motivation est censurée par la première chambre civile qui, au visa des articles 8 et 23 du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 (dans sa rédaction antérieure à celle issue du décret n° 2005-973 du 10 août 2005), énonce qu'en statuant ainsi, alors que « l'obligation pour le notaire, de faire figurer les procurations en annexe de l'acte authentique ou de les déposer au rang de ses minutes n'est pas sanctionnée par la nullité de l'acte en tant que titre exécutoire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Cette décision est importante pour les praticiens du droit du crédit et des garanties car un éventuel « déclassement » en acte sous seing privé de l'acte notarié auquel la procuration n'est pas annexée aurait affecté non seulement l'exécution forcée mais aussi et surtout la validité des sûretés immobilières prises par le créancier (hypothèque ou privilège du prêteur de deniers par exemple).

La décision de la Haute Juridiction mérite d'être approuvée en droit car l'authenticité repose exclusivement sur l'implication du notaire et les vérifications personnelles effectuées par celui-ci, avec les sanctions particulières qui s'attachent à une inscription de faux. Comme le relève M. L. Aynès, lorsque le notaire a vérifié, en dressant son acte, l'existence et le contenu de la procuration et qu'il a pris soin de mentionner dans l'acte, soit que cette procuration a été déposée à ses minutes, soit qu'elle est annexée à l'acte, vouloir vérifier que le notaire dit vrai serait une « négation de l'authenticité »<sup>5</sup>.

En opportunité, la solution retenue a le mérite de renforcer la sécurité qui s'attache traditionnellement à l'acte notarié et de couper court à un contentieux donnant la part belle à la chicane.

N. R.

1. Cf. notamment Ph. Delebecque, « L'acte authentique imparfait, Observations sur le défaut d'annexion de procuration dans un acte notarié », JCP 2012, 263, qui assimile la copie exécutoire à la minute et estime que la copie ne reproduisant pas les procurations annexées à la minute doit être disqualifiée en acte sous seing privé, en application de l'article 1318 du Code civil ; en sens contraire : L. Aynès, « L'acte notarié et la procuration », D. 2012, p. 890 ; Ph. Théry, « Faut-il reproduire les annexes dans les copies exécutoires ? Bref rappel de la nécessité de distinguer entre un original et une copie », JCP 2012, 471 ; C. Vernières, « Les annexes à l'acte notarié », JCP N 2012, 1061.

2. Cf. notamment CA Versailles 26 janvier 2012, n° 11/01892 ; CA Aix-en-Provence 3 février 2012, n° 2012/84, jugeant que le défaut d'annexion à l'acte de prêt notarié le prive de son caractère authentique et les autres décisions citées par L. Aynès, art. préc., note 2.

3. Cf. notamment CA Amiens 15 décembre 2011, n° 10/02491 ; CA Paris, Pôle 4, Ch. 8, 10 novembre 2011, n° 11/04463, jugeant que le défaut d'annexion de la procuration est sans incidence et les autres décisions citées par L. Aynès, art. préc., note 1.

4. En annexe à l'article précité de L. Aynès.

5. Art. préc., n° 1 ; adde Ph. Théry, art. préc., qui estime que « la sanction de la disqualification, applicable à l'original irrégulier si certaines conditions sont remplies, ne peut être étendue aux copies ».

### Procédures collectives – Responsabilité des créanciers – Garanties disproportionnées – Déchéance du principe d'irresponsabilité pour octroi fautif de concours.

Cass. com. 27 mars 2012, n° 371 FS-P+B+R+I, n° 10-20.077, X c/ Société BTP Banque.

Cass. com. 27 mars 2012, n° 11-13536, CIC Iberbanco c/ Consorts Y.

Lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs (1<sup>re</sup> espèce). L'arrêt d'une cour d'appel ayant rejeté l'action en responsabilité d'une caution solidaire à l'encontre d'une banque (la caution soutenant que la garantie qui avait été exigée était disproportionnée compte tenu du montant du concours consenti et du nantissement de bons de caisse par ailleurs exigé) se trouve justifié, dès lors qu'il n'était ni démontré ni même allégué que le soutien financier, pour lequel le cautionnement avait été donné, était fautif (1<sup>re</sup> espèce).

Sont impropres à caractériser l'intention frauduleuse de la banque les motifs selon lesquels la situation de la société était irrémédiablement compromise lors de l'octroi de l'autorisation de découvert d'un montant de 158 000 euros pour une durée d'un mois, que cette autorisation ne pouvait avoir aucun retentissement favorable sur l'activité et la pérennité de la société et n'a eu pour effet que de retarder sa déclaration de cessation des paiements et que cette autorisation de découvert revêtait, compte tenu de ces circonstances, un caractère frauduleux dans la mesure où elle a constitué la contrepartie de l'obtention de l'engagement des cautions et que la banque, en agissant dans le seul but d'obtenir une sûreté personnelle, a rompu l'égalité entre les créanciers de la société à son profit (2<sup>e</sup> espèce).

L'une des innovations majeures de la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 relative à la sauvegarde des entreprises réside dans le principe d'irresponsabilité des créanciers en cas de concours fautif<sup>6</sup>, qui a été posé dans l'article L. 650-1 du Code de commerce, retouché par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008<sup>7</sup>. La rédaction défectueuse du texte a suscité des interrogations, notamment sur le point de savoir s'il instituait trois cas de responsa-

bilité autonomes des créanciers (fraude, immixtion caractérisée dans la gestion et garanties disproportionnées par rapport aux concours consentis)<sup>8</sup> ou s'il prévoyait trois cas de déchéance de l'irresponsabilité, autrement dit des cas d'ouverture de l'action en responsabilité du fait des concours consentis, ne dispensant pas le demandeur de la démonstration d'une faute du créancier.

Près de sept ans après l'adoption de la loi de sauvegarde des entreprises, la chambre commerciale de la Cour de cassation a clairement précisé la portée des trois exceptions au principe d'irresponsabilité des créanciers, aux termes d'un arrêt de principe du 27 mars 2012<sup>9</sup>. Un autre arrêt, inédit, du même jour, se prononce sur la fraude visée par l'article L. 650-1 du Code de commerce.

Dans la première affaire, une personne physique était caution solidaire (à concurrence de 120 000 euros) envers une banque d'un prêt de 200 000 euros consenti à une société, la banque bénéficiant en outre d'un nantissement de bons de caisse d'une valeur de 200 000 euros. La société ayant été mise en liquidation judiciaire, la caution, assignée en paiement par la banque, a recherché la responsabilité de celle-ci, en faisant valoir que le cautionnement qui avait été exigé était disproportionné compte tenu du montant du concours consenti et du nantissement de bons de caisse par ailleurs exigé.

La cour d'appel de Caen a débouté la caution de son action en comparant les engagements souscrits par la caution avec ses revenus et son patrimoine. Le pourvoi formé par la caution à l'encontre de cette décision faisait grief aux juges du fond de n'avoir pas comparé le concours octroyé et les garanties exigées, pour déterminer s'il n'y avait pas de disproportion.

La chambre commerciale rejette le pourvoi en énonçant que « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou de disproportion des garanties prises, que si les concours consentis sont en eux-mêmes fautifs ; que l'arrêt se trouve justifié, dès lors qu'il n'était ni démontré ni même allégué que le soutien financier, pour lequel le cautionnement de M. X (la caution) avait été donné, était fautif ».

Ce disant, la chambre commerciale affirme très clairement que les trois exceptions prévues par l'article L. 650-1 du Code de commerce ne constituent que des cas de déchéance du principe d'irresponsabilité<sup>10</sup>. Cette solution s'impose particulièrement pour la disproportion des garanties, qui ne saurait constituer en soi une faute susceptible d'engager la responsabilité du créancier, dès lors que le texte prévoit une responsabilité « du fait des concours consentis » et non pas du chef des garanties exigées<sup>11</sup>. Elle n'est cependant pas limitée à ce cas

6. Cf. notamment R. Routier, « De l'irresponsabilité du prêteur dans le projet de loi de sauvegarde des entreprises », D. 2005, Chron., p. 1478 ; R. Dammann, « La situation des banques titulaires de sûretés, après la loi de sauvegarde des entreprises », Banque & Droit n° 103, septembre-octobre 2005, p. 16 ; D. Robine, « L'article L. 650-1 du Code de commerce, un "cadeau" empoisonné », D. 2006, Chron. p. 69 ; J. Moury, « La responsabilité du fournisseur de "concours" dans le marc de l'article L. 650-1 du Code de commerce », D. 2006, Chron., p. 1743 ; P.-M. Le Corre, Droit et pratique des procédures collectives, Dalloz Action, 6<sup>e</sup> éd., 2012-2013, n° 834.101 et s. ; adde P. Crocq, Sûretés et proportionnalité, Études offertes au Doyen Philippe Simler, Litec, Dalloz, 2006, p. 291, spéc. n° 23 et s. ; N. Rontchevsky, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », Banque & Droit n° 105, janvier-février 2006, p. 17 ; V. Forray, « Commentaire complémentaire de l'article L. 650-1 du Code de commerce », RTD com. 2008, p. 661.

7. Cf. R. Routier, « Les retouches de l'article L. 650-1 du Code de commerce », Gaz. Pal., 8-10 mars 2009, p. 54.

8. L'article L. 650-1, alinéa 1 du Code de commerce dispose que « lorsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci ».

9. D. 2012, p. 870, obs. A. Lienhard.

10. Ibid.

11. Cf. notamment P. Crocq, art. préc., n° 26 ; P.-M. Le Corre, op. cit., n° 834.17.

et s'applique aussi, logiquement, aux cas de fraude et d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur. Il en résulte que le demandeur à l'action en responsabilité doit invoquer et démontrer, d'une part, l'un des trois cas de déchéance, et d'autre part, une faute dans la distribution du crédit, l'arrêt rapporté mettant bien en exergue cette double exigence.

Quant à la démonstration du crédit fautif, même si l'arrêt commenté ne se prononce pas sur ce point, on peut considérer que le demandeur doit établir l'une des fautes traditionnellement retenues en la matière : octroi du crédit en connaissance de la situation irrémédiablement compromise du débiteur ou octroi d'un crédit ruineux<sup>12</sup>. La mise en jeu de la responsabilité du créancier impose en outre au demandeur de rapporter la preuve d'un préjudice et d'un lien de causalité entre celui-ci et la faute, conformément au droit commun.

C'est dire qu'il sera difficile d'engager la responsabilité du créancier, comme le commande du reste l'esprit de l'ensemble du dispositif de l'article L. 650-1 du Code de commerce. Le second arrêt du 27 mars 2012 en apporte la confirmation en statuant sur la notion de fraude du créancier ouvrant la voie à l'action en responsabilité à son encontre.

En l'occurrence, les cautions solidaires d'une société mise en liquidation judiciaire ont formé une demande reconventionnelle à l'encontre de la banque qui les avait assignées en exécution de leur engagement, en invoquant le comportement frauduleux de celle-ci. La cour d'appel de Versailles a fait droit à l'argument des cautions, en retenant que « la situation de la société était irrémédiablement compromise lors de l'octroi, le 14 novembre 2006, de l'autorisation de découvert d'un montant de 158 000 euros pour une durée d'un mois, que cette autorisation ne pouvait avoir aucun retentissement favorable sur l'activité et la pérennité de la société et n'a eu pour effet que de retarder sa déclaration de cessation des paiements ; [...] que cette autorisation de découvert revêtait, compte tenu de ces circonstances, un caractère frauduleux dans la mesure où elle avait constitué la contrepartie de l'obtention de l'engagement des cautions et que la banque, en agissant dans le seul but d'obtenir une sûreté personnelle, a rompu l'égalité entre les créanciers de la société à son profit ». La cour d'appel avait ainsi qualifié de

fraude un grief très souvent invoqué en pratique au soutien d'une action en responsabilité à l'encontre d'une banque du chef d'un crédit fautif.

Mais la chambre commerciale censure cet arrêt au visa de l'article L. 650-1 du Code de commerce : « en se déterminant par ces motifs, impropres à caractériser l'intention frauduleuse de la banque, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ».

Cette solution montre que la Haute Juridiction entend manifestement retenir une conception stricte de la fraude, qui évoque des comportements d'une particulière gravité, touchant au droit pénal, et ne saurait être réduite à une simple faute du créancier<sup>13</sup>. La Haute Juridiction le souligne en visant « l'intention du frauduleux » du créancier, qui implique que celui-ci avait au moins la conscience du préjudice causé, comme en matière de fraude paulienne<sup>14</sup>. Cette exigence semble exclure en revanche une assimilation de la faute lourde du créancier à la fraude.

En définitive, il ressort de ces décisions que l'article L. 650-1 du Code de commerce ne supprime pas le contentieux en matière de responsabilité des créanciers mais le rend plus complexe, comme cela était prévisible, en imposant une double démonstration au demandeur à l'action en responsabilité. D'autres difficultés pourraient encore surgir sous l'empire de la nouvelle rédaction de l'article L. 650-1 du Code de commerce (issue de l'ordonnance du 18 décembre 2008) dont le nouvel alinéa 2 renforce les pouvoirs d'appréciation du juge lorsque la responsabilité d'un créancier est engagée<sup>15</sup>. ■

N. R.

12. Cf. P.-M. Le Corre, *op. cit.*, n° 834.12.

13. Cf. notamment V. Forray, *art. préc.*, pp. 666-668 et les références (note 50) à la définition de la fraude retenue par la doctrine classique.

14. Cf. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 octobre 1979, *RTD civ.* 1980, p. 766, obs. F. Chabas, jugeant que la fraude paulienne résulte de « la seule connaissance qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en se rendant insolvable ou en augmentant son insolvabilité » et n'implique pas l'intention de nuire ; sur la démonstration de l'intention frauduleuse, cf. aussi V. Forray, *art. préc.*, p. 668 et notre thèse, *L'Effet de l'obligation*, Economica, 1998, préf. A. Ghozi, n° 176 et s.

15. L'article L. 650-1, alinéa 2 du Code de commerce dispose désormais : « Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge. »