

CHRONIQUE

DROIT DES SÛRETÉS



NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégré des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg



FRANÇOIS JACOB
Agrégré des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg



EMMANUEL NETTER
Maître de conférences Université de Picardie-Jules Verne

Caution illettrée – Vérification d'écriture – Obligation incombant au juge de procéder à la vérification avant de trancher la contestation – Article L. 341-6 C. conso. – Caractère d'ordre public – Application aux cautionnements conclus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi, pour les informations restant à délivrer.

Cass. 1^{er} civ., 28 nov. 2012, n^o 10-28.372, P+B.

Confrontée à une caution prétendant ne savoir ni lire ni écrire, viole les articles 1324 du Code civil, 287 et 288 du Code de procédure civile la cour d'appel qui estime pouvoir rejeter la contestation d'écriture en relevant que le garant ne présente aucun document pour asseoir son affirmation. Il lui appartenait, avant de trancher la contestation, de vérifier l'acte contesté dont elle a tenu compte. Les dispositions d'ordre public édictées par l'article L. 341-6 du Code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} août 2003 et entré en vigueur le 5 février 2004, sont, relativement à l'information due à la caution personne physique postérieurement à cette date, applicables à tout cautionnement consenti par une personne physique à un créancier professionnel.

C'est une réalité que l'on oublie parfois : l'illettrisme concerne encore une fraction importante de la population française. L'INSEE nous apprend ainsi que, « en 2011, 16 % des personnes de 18 à 65 ans résidant en France éprouvent des difficultés dans les domaines fondamentaux de l'écrit, et pour 11 %, ces difficultés sont graves ou fortes »¹. Peut-on souffrir de telles difficultés et s'engager néanmoins dans les liens d'un contrat de cautionnement ? Une telle perspective soulève des difficultés de plusieurs ordres.

Le premier risque, c'est que la caution illettrée ne soit pas à même de comprendre véritablement ce qui est attendu d'elle, et en particulier quels dangers la convention proposée lui fera courir. On sait que l'argument tenant à une erreur-obstacle sur la nature du contrat est généralement rejeté. Une décision de cour d'appel, particulièrement sévère dans son libellé, est souvent citée en exemple : « La simplicité du jeu du cautionnement étant à la portée de toute intel-

ligence moyenne et la notion même de caution se retrouvant dans la pratique de nombreuses sociétés humaines, fussent-elles éloignées de la nôtre dans le temps ou dans l'espace, la caution est mal fondée à exciper de son ignorance². » Cependant, dans une autre affaire, une autre cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, avait relevé que « les intéressés, habitant un district rural, étaient positivement illettrés, que le contrat ne leur a pas été lu avant la signature », et qu'ainsi les juges du fond avaient pu estimer que les cautions « avaient donné leur consentement à une convention ayant un objet autre que celle à laquelle ils pensaient adhérer : faciliter le prêt de veuve Z. sans engager leur patrimoine »³. La nullité de la garantie put donc être obtenue, dans cette hypothèse extrême, mettant en scène des cautions incapables de lire ou d'écrire.

Mais le second risque planant sur l'efficacité de la sûreté est le suivant : le système des mentions manuscrites, auxquels le Code de la consommation a largement recours en droit positif, risque d'empêcher le garant, quand bien même il aurait parfaitement compris ce qui est attendu de lui, de le démontrer de la manière attendue par le législateur. C'était ce qui s'était produit dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt rapporté. Plusieurs personnes s'étaient portées cautions d'un prêt bancaire, en septembre 2003 – nous verrons en quoi cette date est importante un peu plus loin. Les mensualités n'étant plus réglées, la banque prononça ultérieurement la déchéance du terme, et poursuivit les garants. Parmi eux, la mère du débiteur excipa de ce qu'elle n'était pas valablement engagée. Affirmant ne savoir ni lire ni écrire, elle contestait être l'auteur de la signature, ainsi que de la mention manuscrite qui la précédait. Même si l'arrêt ne le précise pas, cette mention était sans aucun doute celle rendue obligatoire par l'article L. 341-1 du Code de la consommation dans le cas du cautionnement octroyé par une personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel, accompagnée peut-être de la mention prévue à l'article suivant, dans le cas d'un cautionnement solidaire.

On peut imaginer qu'une caution illettrée parvienne, au terme d'un processus terriblement laborieux de recopie servile d'une graphie dépourvue pour elle de toute signification, à rédiger la mention manuscrite prévue par les textes, puis appose sous le tout un semblant signature. Il

1. Enquête « Information et Vie quotidienne » 2011, résultats sur http://www.insee.fr/fr/publications-et-services/default.asp?page=abonnements/dossiers_actualite/enquete-ivq.htm.

2. CA Paris 9 avr. 1992 : JCP G, 1992, I, 3623, n^o 1.

3. Cass. 1^{er} civ., 25 mai 1964 : Bull. civ. I, n^o 269 ; D., 1964, p. 626.

est cependant douteux qu'un tel acte soit valable. L'exercice de copiste visant à susciter chez le garant une prise de conscience, ses fins ne sont pas atteintes si la caution n'a pas l'intelligence – au sens littéral – du texte concerné. M. le doyen Simler écrivait ainsi : « On peut se demander [...] si les illettrés, qui restent nombreux, les malvoyants et, le cas échéant, les étrangers ne sont pas ainsi de facto frappés d'une incapacité de se porter caution »⁴, faute de pouvoir satisfaire à l'exigence légale. Précisons qu'il n'est pas possible, d'après la jurisprudence, de faire écrire la mention par une tierce personne, puis de signer en dessous⁵.

L'hypothèse était encore distincte ici, en tout cas à suivre les arguments de la caution. Elle n'avait pas tenté de recopier le texte sans le comprendre, ni n'avait eu volontairement recours à un « secrétaire » pour rédiger la mention en signant elle-même en dessous. Plus radicalement, en demandant à bénéficiaire de la procédure de vérification d'écriture, elle prétendait nécessairement qu'une tierce personne avait libellé cette mention et signé en se faisant passer pour elle.

La cour d'appel, cependant, refusa d'entendre ces arguments, et la condamna à payer. Elle affirma pour cela que « la procédure de vérification d'écriture doit être mise en œuvre par le juge à moins qu'il dispose d'emblée d'éléments lui permettant de rejeter la contestation ». Ainsi, par exception, la procédure n'aurait pas à être diligentée en cas, en quelque sorte, « d'irrecevabilité manifeste ». Les juges du fond estimaient se trouver dans un tel cas en l'espèce, et entendaient le démontrer en relevant que « l'acte de caution [...] comporte une mention manuscrite répondant aux prescriptions du Code de la consommation, suivie de la signature de la caution, que l'écrit qui n'est entaché d'aucune irrégularité n'a pas à être complété par un élément de preuve extrinsèque, que [la caution] qui affirme ne pas savoir lire et écrire ne produit aucun document permettant d'asseoir cette affirmation qui dès lors ne repose sur aucun élément concret, que le document signé par la caution comporte des renseignements d'ordre personnel qui n'ont pu être fournis que par [la caution] ».

La Cour de cassation censura assez sèchement cette décision, en affirmant tout simplement « [...] qu'il appartenait [à la cour d'appel], avant de trancher la contestation de vérifier l'acte contesté dont elle a tenu compte ». La formule manque de lisibilité, car elle utilise successivement « contestation » et « acte contesté » pour désigner deux problèmes distincts. Le sens reste cependant clair : il fallait trancher le problème de la vérification d'écriture avant de se prononcer sur le fond du litige. La cassation est assortie d'un triple visa. L'article 1324 du Code civil, tout d'abord, qui figure dans la section consacrée par le Code à la preuve littérale, et qui dispose : « Dans le cas où la partie désavoue son écriture ou sa signature, et dans le cas où ses héritiers ou ayants cause déclarent ne les point connaître, la vérification en est ordonnée en justice ». Ce texte va déjà dans le sens de la Haute juridiction, puisqu'il n'est pas exposé que la vérification « peut être ordonnée », mais qu'elle « est ordonnée », le présent de l'indicatif valant, comme tou-

jours, impératif. Cette première impression est confortée par les deux autres textes visés : les articles 287 et 288 du Code de procédure civile, qui ouvrent la section consacrée par ce Code à la procédure de vérification d'écriture. L'article 287 al. 1 débute par ces mots : « Si l'une des parties dénie l'écriture qui lui est attribuée ou déclare ne pas reconnaître celle qui est attribuée à son auteur, le juge vérifie l'écrit contesté à moins qu'il ne puisse statuer sans en tenir compte ». La fin de cette formule a peut-être été mal interprétée par les juges du fond. Elle doit selon nous signifier que le juge n'a pas à trancher la vérification d'écriture si, et seulement si son résultat n'a pas vocation à modifier la solution du litige. Il ne s'agit en aucun cas de mettre en place, comme l'avait fait la cour d'appel, une manière d'irrecevabilité manifeste.

Ce n'est pas la première fois que la Cour de cassation est obligée d'intervenir pour restituer leur véritable sens aux textes régissant la vérification d'écriture. Dans un arrêt ancien, les juges du fond avaient déjà prétendu qu'il appartenait à la partie contestant sa signature de rapporter la preuve que celle figurant sur l'acte était fautive⁶. De la même manière, dans l'arrêt rapporté, on demandait à la caution, si elle voulait que sa dénégation d'écriture donne lieu à un examen, de prouver qu'elle ne savait pas lire – ce qui, de surcroît, revenait ici à exiger la preuve d'un fait négatif, dont on sait la difficulté. En quelque sorte, les juges du fond semblent considérer que, en produisant un contrat en apparence valable, l'adversaire marque un point dans le combat probatoire, et place la balle dans le camp de celui qui dénie son écriture, sur qui pèse alors le fardeau de la preuve suivante. Ce n'est pas ainsi que fonctionne la procédure de vérification d'écriture : elle « suspend le match » probatoire, en attendant de savoir s'il faut écarter l'acte suspect, ou confirmer qu'il est valable. La seule dénégation de la signature doit suffire à susciter l'incertitude, qui devra alors être dissipée. Le juge reçoit même instruction de faire profiter le doute à celui qui prétend ne pas reconnaître son écriture : « si [la] vérification ne lui permet pas de conclure à la sincérité de l'acte, la partie qui fonde ses prétentions sur cet acte doit en être déboutée »⁷.

La solution posée ici n'est donc pas nouvelle. Elle avait même déjà été affirmée à propos d'actes de cautionnement, dans des hypothèses proches de celle qui nous occupe. Dans une affaire, les héritiers d'une caution affirmaient que, si la signature était bien de la main de leur mère, la mention requise par l'article 1326 C. civ. ne l'était pas. Les juges du fond avaient rétorqué : « la régularité formelle de l'acte de cautionnement n'est pas sérieusement discutée, dans la mesure où ils ne produisent aucun élément de comparaison de nature à démontrer la réalité de leur allégation ». La Cour de cassation avait censuré cette décision, en des termes proches de ceux utilisés dans l'arrêt rapporté, et sous un triple visa identique⁸. La publication de cette nouvelle décision n'est pourtant pas inutile, puisque certains juges du fond persistent dans une interprétation erronée des textes. Relevons, pour finir sur ce point, que s'il suffit de dénier sa signature pour déclencher la vérification, ce serait une erreur d'en faire la demande

4. P. Simler, *Cautionnement, garanties autonomes, garanties indemnitaires*, Litec, 4^e éd., 2008, n° 257.

5. « [...] ayant constaté que les mentions manuscrites de l'acte de caution avaient été rédigées par le secrétaire, la cour d'appel en a exactement déduit que, même si la signature de la caution n'était pas contestée, l'acte devait être annulé » (Cass. com. 13 mars 2012, n° 10-27814, inédit : Dr. et Patr., juill. 2012, obs. L. Aynès).

6. Cass. 1^{re} civ., 15 février 1984, n° 83-10.178 : Bull. civ. I, n° 65.

7. Cass. 1^{re} civ., 2 mars 1999, n° 97-13.765 : Bull. civ. I, n° 77.

8. Cass. 1^{re} civ., 7 avr. 1999, n° 97-13.476 : Bull. civ. I, n° 124.

à la légère. L'article 295 du Code de procédure civile prévoit en effet : « S'il est jugé que la pièce a été écrite ou signée par la personne qui l'a déniée, celle-ci est condamnée à une amende civile d'un maximum de 3 000 euros sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés. »

Mais peut-être la publication de l'arrêt a-t-elle été décidée également au regard de la seconde branche du moyen développé par le pourvoi en cassation. Ici encore, la solution est sans surprise au regard de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation. Mais, à nouveau, la censure des juges du fond s'avère pourtant nécessaire, ce qui montre que les principes en cause ont besoin d'être rappelés. Les deux cautions personnes physiques étaient cette fois-ci concernées, qui prétendaient bénéficier des dispositions de l'article L. 341-6 C. conso. Aux termes, de ce texte, « le créancier professionnel est tenu de faire connaître à la caution personne physique, au plus tard avant le 31 mars de chaque année, le montant du principal et des intérêts, commissions, frais et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente au titre de l'obligation garantie, ainsi que le terme de cet engagement. Si l'engagement est à durée indéterminée, il rappelle la faculté de révocation à tout moment et les conditions dans lesquelles celle-ci est exercée. À défaut, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis la précédente information jusqu'à la date de communication de la nouvelle information. » Par conséquent, au cas où l'obligation d'information pesant sur la banque n'aurait pas été respectée durant plusieurs années, des sommes importantes, constituées d'intérêts et de pénalités, auraient pu être économisées par les cautions. Les juges du fond négligèrent toutefois d'appliquer ce texte, et se référèrent à des textes plus anciens, au champ d'application plus étroit, concernant certains crédits à la consommation. Le crédit contracté en l'espèce en était exclu. Il est vrai que l'opération principale et les sûretés l'assortissant avaient été conclues à la fin de l'année 2003. Or, la loi du 1^{er} août 2003, d'où était issu l'art. L. 341-6 C. conso., n'était entrée en vigueur que postérieurement, le 5 février 2004.

Pourtant, s'il est vrai que la loi nouvelle n'est généralement pas applicable aux contrats en cours, tel n'est pas le cas s'agissant de ce texte, qui relève d'un ordre public de protection des cautions en cours d'exécution de la garantie. La Cour de cassation avait déjà indiqué la méthode à suivre, dans un arrêt remarqué, en jugeant que « l'article L. 341-6 du Code de la consommation issu de la loi du 1^{er} août 2003 ne peut entraîner la déchéance du droit aux intérêts conventionnels qu'à compter de la date de son entrée en vigueur », et « n'est pas applicable aux situations consommées avant cette date »⁹. Un simple *a contrario* fournissait à tout lecteur attentif la solution aujourd'hui retenue dans l'arrêt commenté : « les dispositions d'ordre public édictées par l'article L. 341-6 du Code de la consommation, issu de la loi du 1^{er} août 2003 et entré en vigueur le 5 février 2004, sont, relativement à l'information due à la caution personne physique postérieurement à cette date, applicables à tout cautionnement consenti par une

personne physique à un créancier professionnel ». La violation de la loi est à nouveau constatée, cette fois-ci par refus d'application. Censurée deux fois, sur deux questions d'interprétation clairement réglées par la Cour de cassation des années auparavant, la cour d'appel a sans doute, dans cette affaire, un peu manqué de vigilance. E. N.

Cautionnement de dettes sociales – Cession par la caution de la totalité de ses parts sociales – Persistance de l'engagement de caution – Défaut d'information – Perte d'une chance d'obtenir la mainlevée du cautionnement lors de la cession – Responsabilité du rédacteur de l'acte.

Cass. com. 4 décembre 2012, pourvoi n° 11-27454, publié au Bulletin.

L'expert-comptable qui, dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires, accepte d'établir un acte de cession de droits sociaux pour le compte d'autrui est tenu d'éclairer de manière complète les parties sur les effets et la portée de l'opération projetée, peu important les compétences personnelles de l'une des parties à l'acte qu'il dresse, et doit ainsi informer les cédants de la persistance de leur engagement de cautions, sauf devoir répondre du préjudice résultant de la perte d'une chance d'obtenir la mainlevée des cautionnements lors de la cession.

La caution qui cède sa participation dans la société débitrice, et (ou) perd les fonctions qu'éventuellement elle y occupait, n'est pas libérée de son engagement de garantie. Elle peut certes alors, si elle y songe, et si son engagement a été pris pour une durée indéterminée, le résilier. Elle ne peut en revanche considérer être libérée pour disparition de la cause de son engagement¹⁰, d'une condition de son maintien¹¹, ou en raison de l'arrivée d'un terme dont cet engagement aurait été implicitement assorti¹². Ces solutions sont connues. On s'est parfois interrogé sur leur bien fondé¹³. Elles n'en sont pas moins constantes¹⁴.

Une voie pourtant existe qui peut tout de même permettre à la caution d'alléger le poids de ses obligations en pareille hypothèse. Un arrêt rendu le 4 décembre 2012 par la chambre commerciale de la Cour de cassation en témoigne, sur lequel il convient d'attirer ici l'attention.

Les cautions engagées en l'espèce cèdent la totalité des parts qu'elles détiennent dans le capital de la société débitrice. La société en question étant bientôt mise en liquidation judiciaire, c'est néanmoins vers ces cautions que

9. Cass. com., 13 févr. 2007, n° 05-13.308 : Bull. civ. IV, n° 32 ; D. ; 2007, AJ, 651, obs. V. Avena-Robardet ; RTD civ., 2007, 370, obs. P. Crocq ; RTD com., 2007, 432, obs. D. Legeais ; JCP G, 2007, I, 158, n° 4, obs. P. Simler ; RD banc. fin., 2007, n° 95, obs. D. Legeais ; Banque & Droit, mars-avr. 2007, 59, obs. F. Jacob ; Dr et patr., janv. 2008, 83, obs. L. Aynès et P. Dupichot ; RLDA, avr. 2007, 43, obs. D. Chemin-Bomben ; Droit et proc., 2007, 233, obs. Y. Picod.

10. V. Ph. Simler, Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires, Litec, 4^e éd., 2008, n° 191-192.

11. V. op. cit., n° 192.

12. V. op. cit., n° 287.

13. Op. cit., n° 286-287, où le Doyen Simler fait valoir en substance, à propos de cette hypothèse dans laquelle la caution a des fonctions ou des intérêts dans la société débitrice, (1.) que l'on peut difficilement nier le caractère déterminant du lien entre ces fonctions ou ces intérêts et la souscription du cautionnement, (2.) que le créancier ne peut généralement raisonnablement prétendre avoir ignoré ce lien puisque c'est précisément en raison des fonctions ou des intérêts de la caution qu'il aura sollicité un engagement de sa part, et (3.) qu'il pourrait paraître ainsi naturel que la cessation de ces fonctions ou la perte de ces intérêts emporte cessation pour l'avenir du cautionnement (autre que donné pour une dette déterminée) dès lors que le terme d'un engagement peut parfaitement être implicite lorsque sa vraisemblance est suffisante.

14. V. les très nombreuses décisions citées dans le traité précité, n° 192 et 287.

le créancier se tourne pour obtenir son dû, et il faut bien qu'effectivement elles le paient. Inconsolables, les cautions exercent alors une action en responsabilité contre l'expert-comptable qui, dans l'exercice de ses activités juridiques accessoires, a rédigé les actes de cession. Ce que précisément elles lui reprochent est de ne pas s'être assuré de la mainlevée des engagements de caution au moment de la cession. L'expert se défend, en faisant notamment valoir qu'il n'a pas eu connaissance de ces engagements, et parvient à convaincre les juges du fond de ne pas le condamner. La Cour de cassation cependant, saisie à son tour, rend le 4 décembre 2012 une décision de censure... où elle fait valoir de façon générale, au visa de l'article 1147 du Code civil, que l'expert-comptable qui accepte d'établir un acte de cession de droits sociaux pour le compte d'autrui est tenu d'informer et d'éclairer de manière complète les parties sur les effets et la portée de l'opération projetée, et aussi, de façon plus particulière, qu'il appartenait à l'expert-comptable « d'informer les cédants de la persistance de leur engagement de cautions ». Enfonçant le clou, la Cour de cassation suggère par ailleurs qu'un préjudice ici existait consistant en « la perte d'une chance d'obtenir la mainlevée des cautionnements lors de la cession ».

La solution, sans doute, est sévère, puisque l'on peut ne pas être très sûr que le cessionnaire des parts, quoiqu'il ait pu les acquérir moyennant le versement du prix symbolique d'un euro, aurait été prêt à reprendre aussi les engagements de caution des cédants, de façon à ce qu'ils puissent obtenir leur libération.

Pour autant, la solution n'intéresse pas particulièrement les banques, dira-t-on. Mais ce n'est pas exactement le cas.

Les cautionnements ici souscrits l'avaient été pour une dette déterminée née du financement de matériels. Il ne pouvait donc être question pour les cautions de se défaire unilatéralement de leur engagement. C'est la raison pour laquelle le préjudice invoqué a été défini comme consistant en une perte de chance (perte de chance d'obtenir du créancier la mainlevée des cautionnements, autrement dit une remise de sûretés). Bien souvent cependant, les cautionnements sont donnés pour un ensemble de dettes, ou le solde débiteur d'un compte-courant, et pour une durée indéterminée (ce choix reste ouvert lorsque l'on recourt à l'acte authentique). La question que l'on peut se poser alors est de savoir si, en pareilles circonstances, tous les professionnels qui auraient à connaître ou à être témoins de la cession de parts, y compris la banque créancière, sont tenus de veiller à ce que la caution comprenne la possibilité qui est la sienne de mettre fin à ses obligations (ou du moins à cette obligation successive de couverture qui pèse en ce cas sur elle).

Il n'est donc pas inutile de rappeler que la Cour de cassation a déjà eu l'occasion de répondre à cette question, et qu'elle y a répondu par la négative, dans un arrêt rendu le 29 janvier 2002, en posant de façon très catégorique que la banque créancière n'est tenue à l'égard de la caution qui cède ses parts « ni d'une obligation d'information ni d'une obligation de conseil sur la persistance, faute de novation, des engagements de caution »¹⁵. Il n'est pas non plus inutile de rappeler, afin

de dissiper le sentiment qu'il pourrait y avoir ainsi « deux poids deux mesures », que la solution de cet arrêt de 2002 peut être fondée sur des considérations particulières plutôt solides. Ainsi et pour commencer, il y a le fait qu'en application de l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier la caution engagée pour une durée indéterminée envers un établissement financier se voit déjà rappeler par lui chaque année non seulement le montant des encours mais aussi la faculté qu'elle a de révoquer à tout moment. Or cette information périodique que la loi impose aux banques peut être considérée comme une charge qu'il convient de ne pas alourdir encore, d'autant que l'information précise ainsi délivrée peut être regardée comme suffisante pour une caution normalement diligente et préoccupée de la gestion de ses intérêts¹⁶. Ensuite et surtout il y a le fait que le banquier bénéficiaire du cautionnement du cédant trouve évidemment avantage au maintien de cet engagement et que l'on ne peut imposer à ce banquier « un devoir qui lui demanderait un sacrifice », puisque aussi bien l'on n'a pas « à conseiller contre soi-même »¹⁷.

L'arrêt du 4 décembre 2012 n'en reste pas moins un avertissement qui doit être entendu non seulement par les comptables, notaires et autres avocats, qui tous peuvent avoir à rédiger des actes de cession de parts, mais aussi par les banques d'affaires avec l'assistance desquelles ces cessions de parts interviennent souvent aussi¹⁸. Michel Cabrillac l'a relevé : le banquier qui intervient à un titre différent de celui de bénéficiaire du cautionnement a indubitablement le devoir d'informer l'associé sortant, par ailleurs caution, de la persistance de son obligation de couverture et de la démarche qu'il doit faire pour s'en libérer¹⁹. F. J.

Acte de prêt notarié – Défaut d'annexion des procurations – Absence d'incidence sur le caractère authentique et le caractère exécutoire de l'acte.

Cass., ch. mixte, 21 décembre 2012, deux arrêts :

– n° 273 P+B+R+I (n° 12-15.063), M. X c/ BRED Banque Populaire ;

– n° 274 P+B+R+I (n° 11-28.688), Consorts X c/ Caisse de Crédit Mutuel de l'Étang de Berre Est.

Il résulte de la combinaison de l'article 23, devenu 41, du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 et de l'article 1318 du Code civil que l'inobservation de l'obligation pour le notaire,

15. civ. 2003, p. 124, obs. P. Crocq ; RTD com. 2002, p. 356, obs. M. Cabrillac. Dans le même sens, antérieurement : Cass. com. 14 avr. 1990 : Bull. civ. IV, n° 117 ; D. 1991, p. 177, note P. Morvan (décision où il est proclamé que la banque « n'avait pas l'obligation de prendre l'initiative » d'avertir la caution « de la nécessité de demander la révocation de son engagement pour qu'il y fût mis fin »).

16. V. P. Morvan, note précitée, qui juge compréhensible que la Cour de cassation n'entende pas imposer une obligation systématique et spontanée d'information de la caution sur l'opportunité des décisions à prendre. Notons cependant que cet argument tenant à l'existence d'une obligation légale d'information n'est sans doute pas le plus fort parce qu'un certain temps peut passer tout de même (des mois, pendant lesquels le passif peut encore s'accumuler) entre le moment de la cession des parts et le moment où l'information (annuelle) est délivrée, sans compter que cette information n'est finalement pas toujours délivrée et que lorsque effectivement elle ne l'est pas la seule sanction applicable consiste en une déchéance du droit aux intérêts... sans possibilité pour la caution, privée pourtant du droit à ce qu'on lui rappelle la possibilité de se libérer, d'obtenir des dommages et intérêts (v. P. Crocq, observations précitées).

17. M. Cabrillac, observations précitées.

18. V. le dossier consacré à la transmission d'entreprise par cession de droits sociaux in *Journal des sociétés*, déc. 2008, pp. 15 s.

19. M. Cabrillac, observations précitées.

15. Cass. com. 29 janv. 2002 : Bull. civ. IV, n° 21 ; D. 2002, p. 716, obs. A. Lienhard ; RTD

prévue par l'article 8, devenu 21, de ce décret, d'annexer les procurations à un acte authentique à moins qu'elles ne soient déposées aux minutes du notaire rédacteur de l'acte et, dans ce cas, de faire mention dans l'acte du dépôt de la procuration au rang des minutes, ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique et, partant, son caractère exécutoire. L'acte peut dès lors faire l'objet de mesures d'exécution.

Il a été justement souligné que « le devoir de conservatisme s'impose avec une rigueur accrue au sommet de la hiérarchie judiciaire »²⁰. Les deux arrêts rendus par une chambre mixte de la Cour de cassation (sur avis non conforme du premier avocat général) le 21 décembre 2012²¹ en offrent une illustration car ils mettent judicieusement un terme à la controverse quant à la sanction du défaut d'annexion des procurations dans un acte notarié 1971²², en retenant une solution favorable à la sécurité juridique.

On sait que, dans un premier temps, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 22 mars 2012²³, avait jugé, sur le fondement des dispositions du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires (modifié par le décret n° 2005-973 du 10 août 2005), 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 ». Mais, dans une série d'autres affaires, soumises à la deuxième chambre civile de la Cour de cassation, le débat relatif à la portée du défaut d'annexion de procurations à des prêts notariés avait été placé sur le terrain des dispositions de l'article 1318 du Code civil (« l'acte qui n'est pas authentique [...] par un défaut de forme, vaut comme écriture privée, s'il a été signé des parties »), prévoyant que l'acte notarié peut être privé de sa force particulière lorsqu'il ne satisfait pas aux exigences de forme prévues par les textes qui lui sont applicables. Aux termes de plusieurs arrêts rendus le 7 juin 2012²⁴, la deuxième chambre civile avait jugé « qu'il résulte de l'article 1318 du Code civil que l'acte notarié qui ne satisfait pas aux prescriptions de l'article 8, devenu 21, du décret du 26 novembre 1971, relatif aux actes établis par les notaires, perd son caractère authentique », de sorte que l'acte de prêt notarié auquel les procurations n'étaient pas annexées et qui ne faisait pas mention de leur dépôt au rang des minutes du notaire était entaché d'une irrégularité formelle et ne valait que comme écriture privée. La deuxième chambre civile avait aussi tiré les conséquences de la disqualification de l'acte notarié en acte sous seing privé en affirmant qu'il ne

permettait pas au créancier d'engager des mesures d'exécution forcée contre les biens de l'emprunteur, ni d'inscrire une hypothèque provisoire sans autorisation judiciaire.

Cette disqualification de l'acte notarié, qui ne s'imposait pas au regard de la rédaction des dispositions relatives à l'annexion des procurations, avait été fortement critiquée²⁵. Elle pouvait produire des effets dévastateurs car le déclassement, en acte sous seing privé, de l'acte notarié équivalait, en vérité, à une quasi-nullité de celui-ci, en le privant de ses effets essentiels au plan pratique.

La chambre mixte, dont la constitution s'imposait²⁶, en a sans doute pris conscience puisque ses deux arrêts du 21 décembre 2012 tirent une autre conclusion de la combinaison des articles 8 et 23 du décret du 26 novembre 1971 (désormais articles 21 et 41) et de l'article 1318 du Code civil. Dans un arrêt de censure (n° 274), rendu au visa de l'ensemble de ces textes, elle affirme que « selon le premier de ces textes, [...] les procurations doivent être annexées à l'acte à moins qu'elles ne soient déposées aux minutes du notaire rédacteur de l'acte, que, dans ce cas, il est fait mention dans l'acte du dépôt de la procuration au rang des minutes ; que de la combinaison des deux autres textes il résulte que l'inobservation de ces obligations ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique, partant son caractère exécutoire ». Dans un arrêt de rejet (n° 273), elle énonce que « l'inobservation de 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 ne fait pas perdre à l'acte son caractère authentique, partant son caractère exécutoire ». Il n'en résulte que les actes de prêt notarié litigieux pouvaient, dans chacune des deux espèces, servir de fondement à des saisies immobilières ou à des saisies-attributions pratiquées par les créanciers.

Il faut approuver pleinement la chambre mixte de n'avoir pas consacré la position de la deuxième civile et d'avoir refusé de sanctionner l'inobservation des dispositions relatives à l'annexion des procurations par la disqualification de l'acte notarié, qui n'est pas prévue par les textes dès lors qu'il ne s'agit pas à proprement parler d'un « défaut de forme ». Cette solution ne vaut du reste pas absolue pour le notaire car le défaut d'annexion des procurations à son acte peut être sanctionné, de manière plus nuancée, sur le terrain de la responsabilité civile professionnelle, s'il y a lieu, en application des dispositions de l'article 1382 du Code civil.

En définitive, il faut savoir gré à la Cour de cassation d'avoir su abandonner rapidement une solution contestable au regard des textes et inopportune²⁷ car il y a mieux à faire pour la Justice que de susciter un contentieux favorisant la chicane et susceptible d'affecter la sécurité de nombreux actes notariés. ■

N. R.

20. Ph. Malaurie et P. Morvan, *Droit civil, Introduction générale*, Defrénois, 3^e éd., 2009, n° 364, D. 2012, p. 23. Ces deux arrêts ont fait l'objet d'un communiqué publié sur le site de la Cour de cassation, qui en souligne ainsi l'importance.

21. D. 2012, p. 23. Ces deux arrêts ont fait l'objet d'un communiqué publié sur le site de la Cour de cassation, qui en souligne ainsi l'importance.

22. Cf. notamment Ph. Delebecque, « L'acte authentique imparfait – Observations sur le défaut d'annexion de procuration dans un acte notarié », JCP 2012, 263, assimilant la copie exécutoire à la minute et estimant 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.

23. En annexe à l'article préc. de L. Aynès ; Banque & Droit n° 143, mai-juin 2012, p. 43, obs. N. R.

24. D. 2012, p. 1789, note crit. M. Mekki ; Banque & Droit n° 144, juillet-août 2012, p. 44, obs. crit. N. R.

25. Cf. notamment M. Mekki, note préc.

26. Cf. art. L. 431-5 C. org. jud. : « Le renvoi devant une chambre mixte peut être ordonné lorsqu'une affaire pose une question relevant normalement des attributions de plusieurs chambres ou si la question a reçu ou est susceptible de recevoir devant les chambres des solutions divergentes [...] ».

27. Pour un autre exemple d'évolution très rapide de la jurisprudence de la Cour de cassation, dans un autre domaine, comp. Cass. 2^e civ., 7 mai 2008, RTD civ. 2008, p. 549, obs. crit. R. Perrot, jugeant que c'est par une exacte application des articles 145 et 875 du Code de procédure civile qu'une cour d'appel retient qu'une demande de mesures d'instruction ne pouvait être accueillie sur requête qu'à la double condition qu'il soit justifié de l'urgence des mesures sollicitées et de l'existence de circonstances autorisant une dérogation au principe du contradictoire et Cass. 2^e civ., 15 janvier 2009, Bull. civ. II, n° 15, jugeant que l'urgence n'est pas une condition requise pour que soient ordonnées sur requête des mesures d'instruction sur le fondement de l'article 145 du Code de procédure civile.