Chronique de *Droit des Sûretés*

NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des Facultés de droit
Professeur*

FRANÇOIS JACOB
Agrégé des Facultés de droit
Professeur*

*Centre de droit des affaires
de l'Université Robert Schuman
(Strasbourg III)

ANDRÉ PRÜM
Agrégé des Facultés de droit
Professeur
Université Nancy II

I Sûretés personnelles

1° Cautionnement. Mandat de se porter caution. Inobservation des prescriptions de l'article 1326 du Code civil. Commencement de preuve par écrit devant être complété par des éléments extrinsèques. 2° Responsabilité civile du notaire. Faute du notaire (oui). Absence de préjudice certain du créancier

Cass. 1re civ., 7 novembre 2000, SCP X c/Perret et autres, n° 1639 FS-P+B.

La formalité de l'annexion à l'acte authentique de cautionnement de la procuration sous seing privé de se porter caution ne suffit pas à purger celle-ci de ses vices de forme, au regard de l'article 1326 du Code civil, en tant qu'il assure la protection de la caution. C'est donc à bon droit qu'une cour d'appel énonce que des procurations, simplement annexées à l'acte notarié, ne constituaient pas des actes authentiques, et que l'inobservation des prescriptions de l'article 1326 du Code civil rendait les actes de mandat irréguliers, de sorte qu'ils ne pouvaient valoir que comme commencements de preuve par écrit.

C'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel a estimé que les éléments extrinsèques dont se prévalait la banque bénéficiaire des cautionnements ne suffisaient pas à démontrer que les cautions avaient une exacte connaissance de l'étendue et de la portée de leurs engagements lorsqu'ils ont signé les mandats de se porter caution.

Seul est sujet à réparation le préjudice actuel, direct et certain de sorte qu'en condamnant la SCP de notaires ayant reçu l'acte authentique de cautionnement à réparer la totalité du dommage subi par la banque, sans rechercher, comme il lui était demandé, si celle-ci avait perdu toute possibilité d'obtenir, en tout ou en partie, le règlement de sa créance en exécution des autres sûretés qui avaient été souscrites pour garantir le paiement de celle-ci, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard de l'article 1382 du Code civil.

Lorsqu'une garantie donnée à une banque par acte notarié se révèle inefficace, il n'est par rare que celle-ci recherche la responsabilité civile professionnelle du notaire. La faute commise par ce dernier n'engage cependant pas nécessairement sa responsabilité comme en témoigne un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 7 novembre 2000 (6).

En l'occurrence, aux termes d'un acte établi par une société civile professionnelle de notaires, une banque a consenti à une société civile immobilière un prêt de 12 500 000 francs en vue de la réalisation d'un projet immobilier. Deux personnes physiques se sont portées cautions solidaires du remboursement d'une fraction du prêt en vertu de procurations données par actes sous seing privé qui ont été annexées à l'acte notarié. La banque n'ayant pas obtenu le règlement de sa créance à l'échéance, a engagé des mesures d'exécution. Les cautions ont alors invoqué l'irrégularité de leur engagement au regard de l'article 1326 du Code civil et appelé en intervention forcée la SCP de notaires. Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 17 mars 1998 a accueilli leur demande et a condamné la SCP à indemniser la banque de l'entier dommage résultant de l'inefficacité de la garantie dont elle bénéficiait.

Le premier moyen du pourvoi formé par la SCP reprochait aux juges du fond d'avoir dénaturé les mandats annexés à la minute de l'acte de cautionnement reçu par le notaire et signés par celui-ci et de leur avoir appliqué à tort les dispositions de l'article 1326 du Code. Ce moyen est rejeté par la première chambre civile qui

énonce que «*la formalité de l'annexion à l'acte authentique de cautionnement de la procuration sous seing privé de se porter caution ne suffit pas à purger celle-ci de ses vices de forme, au regard de l'article 1326 du Code civil, en tant qu'il assure la protection de la caution ; que c'est donc à bon droit, et hors la dénaturation alléguée, que l'arrêt énonce que les procurations, simplement annexées à l'acte notarié, ne constituaient pas des actes authentiques, et que l'inobservation des prescriptions de l'article 1326 du Code civil rendait les actes de mandat irréguliers, de sorte qu'ils ne pouvaient valoir que comme commencements de preuves par écrit*».

Pour écarter le deuxième moyen de cassation relatif aux éléments extrinsèques invoqués par la banque pour compléter les mandats irréguliers, la Haute juridiction affirme que «*c'est par une appréciation souveraine que la cour d'appel a estimé que les éléments extrinsèques dont se prévalait la banque ne suffisaient pas à démontrer que MM. Perret et Petit (les cautions) avaient une exacte connaissance de l'étendue et de la portée de leurs engagements lorsqu'ils ont signé les mandats de se porter cautions*».

Mais le troisième moyen, tiré de la violation des principes gouvernant la responsabilité civile délictuelle, fait mouche. La première chambre civile juge en effet sous le visa de l'article 1382 du Code civil que «*seul est sujet à réparation le préjudice actuel, direct et certain ; qu'en se prononçant comme elle l'a fait, sans rechercher, comme il lui était demandé, si la banque avait perdu toute possibilité d'obtenir, en tout ou en partie, le règlement de sa créance en exécution des autres sûretés qui avaient été souscrites pour garantir le paiement de celle-ci, la cour d'appel a privé sa décision de base légale au regard du texte susvisé*».

Notaires et banquiers pourront tirer deux séries d'enseignements de cette décision.

En premier lieu, celle-ci affirme clairement que le mandat sous seing privé de se porter caution, qui est annexé à un acte notarié, n'échappe pas à la fameuse mention de l'article 1326 du Code civil (7). On sait pourtant que la jurisprudence décide que le cautionnement passé par acte authentique n'est pas soumis à l'article 1326 du Code civil (8), et il en va de même du mandat de se porter caution lorsqu'il est donné par acte authentique (9). Mais de là à admettre que la solution soit étendue au mandat de se porter caution donné par un acte sous seing privé annexé à un acte notarié, il y a un pas que la Haute juridiction refuse de franchir. Affirmant à juste titre qu'un acte sous seing privé annexé à un acte authentique n'a pas la même valeur que celui-ci, elle en déduit que les procurations litigieuses devaient satisfaire aux exigences de l'article 1326 du Code civil. Ce disant, elle se montre insensible aux critiques d'une doctrine particulièrement autorisée qui fait observer qu'un mandat de se porter caution n'est pas un «*acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent*» (art. 1326 C. civ) (10). Mais il est vrai que sous l'angle de la protection de la caution, dont l'article 1326 est un instrument privilégié, le mandat de se porter caution est aussi dangereux que le cautionnement lui-même.

Quoi qu'il en soit, l'arrêt rappelle aussi que le mandat sous seing privé de se porter caution ne comportant pas la mention requise par l'article 1326 n'est pas nul. Comme cela avait déjà été jugé, il vaut commencement de preuve par écrit qui doit être complété par des éléments extrinsèques établissant qu'à la date de la signature du mandat, la caution avait connaissance de l'étendue de son engagement (11). Ces éléments extrinsèques peuvent consister, par exemple, dans la correspondance échangée entre la caution, d'une part, et son mandataire ou le créancier, d'autre part. Mais en l'absence d'élément extrinsèque, l'irrégularité du mandat de se porter caution au regard de l'article 1326 du Code civil entraîne celle du cautionnement donné en la forme authentique, ce qui est de nature à mettre en jeu la responsabilité civile du notaire.

A cet égard, en deuxième lieu, on remarquera d'abord que la cassation de l'arrêt d'appel est prononcée sous le visa de l'article 1382 du Code civil qui est, on le sait, le siège de la responsabilité délictuelle pour faute. Cela ne doit pas surprendre car il est aujourd'hui acquis que la responsabilité civile du notaire est délictuelle lorsqu'il agit en tant qu'officier public (12), ce qui est sans doute le signe de l'émergence d'une responsabilité professionnelle autonome (13). Une jurisprudence ancienne et constante affirme ainsi qu'en sa qualité d'officier public, le notaire est tenu de conseiller les parties et de veiller à l'efficacité des stipulations de l'acte qu'il dresse (14).

L'inefficacité de l'acte reçu par le notaire ne suffit cependant pas à engager automatiquement la responsabilité de celui-ci. Cette inefficacité peut en effet résulter, par exemple, d'une situation qui rendait invincible l'erreur commise, ce qui exclut qu'une faute puisse être reprochée à l'officier public (15). Mais surtout, alors même que la faute du notaire serait établie, elle ne permet pas à elle seule d'engager sa responsabilité. Comme un éminent auteur l'a récemment souligné dans ces colonnes (à propos de la responsabilité du prêteur), il reste alors «un nouveau bastion à défendre : celui de la vérification de la causalité et du préjudice» (16). Conformément aux principes gouvernant la responsabilité civile délictuelle du fait personnel (art. 1382 et 1383 C.civ.), le demandeur doit en effet encore établir que la faute lui a causé un préjudice actuel, direct et certain. Et la Cour de cassation s'est déjà montrée très exigeante sur ce point puisqu'elle a notamment jugé qu'une cour d'appel ne pouvait pas condamner un notaire à indemniser le préjudice subi par une personne en se bornant à relever que celle-ci ne pouvait être contrainte d'exercer un recours complexe et aléatoire en Roumanie (!) alors que sans la faute du notaire, elle aurait pu être normalement payée (17). Faisant application de ce même principe à la perte d'une garantie, l'arrêt commenté reproche aux juges du fond d'avoir condamné la SCP de notaires à indemniser la banque du préjudice résultant de l'inefficacité des cautionnements litigieux alors qu'il n'était pas établi qu'elle ne pouvait plus obtenir le règlement, même partiel, de sa créance, par la mise en œuvre des autres garanties souscrites à son profit.

Il résulte ainsi de cette jurisprudence qu'un créancier ne subit pas de préjudice certain tant qu'il ne démontre pas que le recouvrement de sa créance est devenu impossible. Comme l'avait déjà relevé un auteur (18), le notaire bénéficie d'une sorte de bénéfice de discussion rendant sa responsabilité subsidiaire. Ainsi, en cas d'inefficacité d'une garantie donnée par acte notarié, le créancier peut assigner immédiatement le notaire en responsabilité mais il ne pourra obtenir la condamnation de celui-ci au paiement de dommages-intérêts que s'il prouve que sa créance ne pourra plus

être recouvrée sur le débiteur principal ou ses garants. Le défendeur à l'action en responsabilité pourrait du reste reprocher au créancier d'avoir négligé ou tardé à exercer des actions ou des voies d'exécution qui auraient pu lui permettre d'obtenir le paiement de tout ou partie de sa créance. Le créancier ne peut donc agir utilement contre le notaire sans établir que l'exercice de ces actions ou voies d'exécution n'était pas susceptible de permettre un apurement au moins partiel de la dette.

N. R.

(16) D.-R. Martin, De la causalité dans la responsabilité civile du prêteur, *Banque & Droit* novembre-décembre 1999, p. 3, spéc. p. 4, col. 1.
(17) Cass. 1re civ., 9 décembre 1997, *Bull. civ.* I, n° 361.
(18) P. Jourdain, obs. à la *RTD civ.* 2000, p. 122 sur cass. 1re civ., 1er juin 1999 et cass. 1re civ., 13 octobre 1999 ; comp. cass. 1re civ., 29 février 2000, *RTD civ.* 2000, p. 576, obs. P. Jourdain.