

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
Université Robert Schuman (Strasbourg III)**

I. Sûretés personnelles

Cautionnement – Garantie d'un emprunt immobilier – Non-exercice par le créancier d'un droit à cession de loyers – Article 2037 du Code civil (devenu l'article 2314 du Code civil) – Décharge de la caution.

Cass. com., 3 mai 2006, n° 641 FP-P+B+I+R, Abbey National France c/ Gheorghiu

Attendu qu'il résulte de l'article 2037 du Code civil que la caution est déchargée lorsque la subrogation dans un droit exclusif ou préférentiel conférant un avantage particulier au créancier pour le recouvrement de sa créance ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution, justifie légalement sa décision la cour d'appel qui décharge la caution après avoir relevé que l'acte de prêt prévoyait au bénéfice du créancier une cession conditionnelle des loyers dus à l'emprunteur à compter du non paiement d'une seule échéance, qu'il résulte des relevés de compte qu'il était loisible au créancier de mettre en œuvre ce droit à cession de loyers dès avant la vente de l'immeuble financé par l'emprunt, et qu'en s'abstenant d'exercer le droit de cession dont il bénéficiait le créancier a obligé la caution à payer une dette provoquée par son inaction tandis que le bénéfice de la subrogation était perdu par son fait exclusif.

S'il est des arrêts qui peuvent constituer une incitation à recourir à la garantie autonome plutôt qu'au cautionnement, celui qu'a rendu la chambre commerciale de la Cour de cassation le 3 mai 2006 est de ceux-là, qui fait de l'article 2037 du Code civil (devenu l'article 2314 du même Code depuis l'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés), une application sévère pour le créancier cautionné.

Au mois de mai 1991, une banque consent à une société un prêt destiné à l'acquisition d'un certain nombre de lots dans un ensemble immobilier à usage de commerces et de bureaux. Le remboursement de l'emprunt est garanti par un cautionnement. Une clause du contrat de prêt prévoit par ailleurs, conditionnée par le non-paiement d'une seule échéance du prêt, la cession à la banque des loyers échus et à échoir dus à l'emprunteur. Dès le mois de mars 1992, l'emprunteur cesse de rembourser. Au mois

d'octobre 1992 le montant des échéances impayées s'élève déjà à 408 722,15 francs. La déchéance du terme est constatée, la société emprunteuse est mise en liquidation et la banque se tourne vers la caution.

La caution se défend d'avoir à payer en invoquant donc l'article 2037 du Code civil, qui prévoit que "*La caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution*". La cour d'appel de Douai se laisse convaincre et prononce la décharge, relevant qu'il était loisible à la banque de mettre en œuvre le droit à la cession des loyers dont elle était titulaire et d'éteindre à due concurrence la dette de l'emprunteur, et qu'en s'abstenant d'exercer ce droit le prêteur a obligé les cautions à payer une dette provoquée par son inaction. Un pourvoi est alors formé. Il y est notamment souligné que sauf abus ou fraude le créancier ne commet pas de faute en choisissant le moyen qu'il juge le plus adéquat pour obtenir le paiement de sa créance, qu'en l'espèce il était apparu judicieux de favoriser une vente amiable déjà en projet au moment de la déchéance du terme puisqu'elle devait, selon le notaire qui en était chargé, suffire à couvrir le solde du prêt, qu'au contraire une cession des loyers aurait pu avoir un effet dissuasif pour les acquéreurs éventuels et qu'il appartenait à la caution de démontrer que cette cession n'aurait ni empêché la vente ni entraîné une réduction du prix. La somme de ces arguments formait un tout plutôt convaincant. Le pourvoi est pourtant rejeté par la Cour de cassation, qui se fonde sur les constats suivants, précisément exposés, mais qui précèdent toutefois l'arrêt lui-même

La vente, qui intervient en décembre 1992, est réalisée pour un prix de 5 325 000 francs. Il y a eu déchéance du terme. La créance de la banque est alors de 5 337 262 francs. Le prix obtenu est donc insuffisant. Mais il aurait été suffisant, pourtant, si la banque s'était fait déléguer les loyers entre le moment où la condition à laquelle était subordonnée la cession de loyers (le non-paiement d'une seule échéance) s'est réalisée et celui de la vente. En effet, le débiteur n'aurait théoriquement dû alors, après déchéance du terme, que 4 976 078 francs, de sorte qu'il n'y aurait pas eu lieu de poursuivre la caution. Partant, la Cour de cassation juge l'arrêt de la cour d'appel légalement justifié, en soulignant que cette dernière n'a pas inversé la charge de la preuve en considérant que ce

n'était pas à la caution de démontrer que le choix du prêteur de ne pas mettre en œuvre la cession de loyers n'aurait ni empêché la vente ni entraîné une diminution du prix.

Sur cette question de la charge de la preuve, on se laisse convaincre sans trop de difficultés de la justesse de la solution. Pour l'application de l'article 2037 devenu l'article 2314 du Code civil, les principes de répartition de la charge de la preuve tels qu'ils se dégagent de la jurisprudence sont, il est vrai, raisonnables. Ainsi est-ce à la caution d'indiquer quel est le droit dans lequel elle aurait pu être subrogée qui a été perdu par le fait du créancier¹. L'impossibilité de la subrogation étant établie, c'est en revanche au créancier d'apporter la preuve que le fait qui a privé la caution de l'avantage qu'elle pouvait escompter n'est pas constitutif d'une faute². En l'espèce, la possibilité pour la caution d'être subrogée dans le droit à cession des loyers avait assurément été perdue. Cette perte s'expliquait par le fait que le créancier avait préféré favoriser la vente, avant de se préoccuper de cette cession. Une question restait posée : celle de savoir s'il y avait eu faute de la part du créancier à agir ainsi. Il revenait logiquement au créancier de démontrer le contraire. Il s'y est du reste employé... mais sans emporter la conviction des juges. Précisément, c'est dans l'appréciation que ces juges font des arguments du créancier sur ce point que leur décision peut paraître excessivement sévère.

En effet, ainsi que le créancier le soulignait, la mise en œuvre de la cession de loyers à son profit risquait de rendre la vente de l'immeuble difficile, si ce n'est même impossible, sauf à se contenter d'un prix inférieur à celui que cet immeuble était supposé valoir et qui devait normalement suffire à désintéresser le créancier, selon les assurances qu'il avait pu recevoir. Assurément, la stratégie retenue par le créancier, et qui consistait ainsi à compter avant tout sur la vente de l'immeuble, était donc tout sauf gravement choquante. Pour autant, elle n'était pas forcément la meilleure pour la caution, et c'est ce qui a pu entraîner sa décharge.

Certes, en privilégiant la cession des loyers, le créancier aurait pris le risque que la vente ne se fasse que pour un moindre prix, ce qui, le cas échéant, l'aurait aussi conduit à devoir poursuivre la caution, en règlement de la différence entre le prix obtenu et la dette de l'emprunteur, diminuée des loyers éventuellement perçus après la cession. De fait, on n'était donc pas dans une situation où un choix aurait pu être fait qui soit de nature à éviter de façon certaine à cette dernière d'être inquiétée.

Cependant, en cas de vente, même pour un moindre prix, après mise en œuvre par le créancier de son droit à la cession des loyers, celui-ci aurait conservé une possibilité qu'il avait ici définitivement perdue : la possibilité de subroger la caution, après coup, dans un droit pouvant lui assurer, plutôt mieux que mal, un remboursement : le droit de percevoir les loyers.

En vérité, ainsi que les faits l'ont ici finalement montré, le risque existait dans tous les cas (autrement dit que

le droit à la cession des loyers ait été mis en œuvre ou non) que le prix ne suffise pas. À tout prendre, l'option qu'il fallait retenir est celle qui ne privait pas la caution de toute possibilité de bénéficier de la cession de loyers. Telle aura été l'analyse des juges, si l'on comprend bien. Mais au fond, la vraie faute commise par la banque ici était, au pire, vénielle. Elle était de s'en être tenue aux informations reçues quant au prix susceptible d'être procuré par la vente. On pourrait même considérer que cette faute n'existait pas. Le fait est que la cession des loyers aurait pu rendre la vente très difficile. Et le créancier ne pouvait ignorer que, si même cette vente finissait par se faire, cela ne pouvait être que pour un prix encore réduit, et qu'il devrait alors *obligatoirement* poursuivre la caution, dont la solvabilité n'était pas garantie. En requérant la vente mais pas la cession de loyers, le créancier aura donc simplement préféré un bon "tient" à deux "tu auras". D'autres auraient fait comme lui, au nom d'un bon sens populaire que les juges semblent avoir un peu perdu de vue ici.

On pourra donc trouver cet article 2037(2314) du Code civil bien contraignant, dans certaines circonstances, qui impose aux créanciers d'infinies précautions et aussi d'élaborer des stratégies de paiement qui ne sont pas forcément les plus simples et les plus directes, qui peuvent même être aléatoires – si l'on veut bien considérer que les loyers ne sont pas toujours payés "rubis sur l'ongle" –, et cela pour ne pas contrarier les intérêts d'une caution qui ne rejoignent pas forcément les leurs. Le risque qu'il y a à aller trop loin dans le solidarisme contractuel façon article 2037 du Code civil est connu : les praticiens, pour échapper à son influence, pourraient bien se tourner vers des formes de garanties personnelles autres que le cautionnement, non soumises à l'article 2037, mais éventuellement beaucoup plus génératrices d'abus de la part des créanciers. Les juges devront faire preuve de prudence.

Il est pourtant une solution que, même conscients de cette nécessité, les juges risquent bien, maintenant, de faire évoluer. La solution à laquelle on pense a été retenue par la chambre commerciale de la Cour de cassation sur un problème voisin, dans un arrêt du 18 novembre 1997 notamment³, où l'on apprend que le créancier bénéficiaire d'un cautionnement qui se fait céder des créances professionnelles par son débiteur, en application de la loi du 2 janvier 1981 dite "Dailly", ne commet pas de faute au sens de l'article 2037(2314) du Code civil en omettant de notifier cette cession aux débiteurs cédés, bien que cette absence de notification puisse être une source de préjudice pour la caution dès lors que, non informés, certains de ces débiteurs vont évidemment payer le cédant et non le créancier qui, pour les sommes non reçues, se tournera alors vers la caution⁴. L'argument supposé fonder la solution de la non application de l'article 2037 en pareilles circonstances tient au fait que la notification des cessions de créances réalisée par bordereau Dailly est, au regard de l'article 5 de la loi du 2 janvier 1981, devenu l'article L. 313-28 du Code monétaire et financier, une simple faculté pour la banque. On sait cependant que l'idée selon

1. V. par exemple Cass., 1^{re} civ., 22 mai 2002 : Bull. civ. I, n° 139 (arrêt n° 2) ; D. 2002. AJ. 2403, obs. V. Avena-Robardet (2^e esp.).

2. V. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 2000, 3^e éd., n° 847.

3. D. 1998, somm. p. 140, obs. A. Bénabent. Dans le même sens, v. Cass. com., 11 déc. 2001 : D. 2003, somm. p. 342, obs. D. R. Martin.

4. Sans compter, comme le souligne un auteur, qu'un débiteur cédé peut accepter une traite portant sur la dette cédée, traite dont le porteur primera le créancier cessionnaire, et qu'en l'absence de notification une exception telle que l'exception de compensation (entre la dette cédée et une créance que le débiteur cédé aurait contre le cédant) est opposable au cessionnaire, même sans connexité (v. A. Bénabent, obs. préc.).

laquelle le non-exercice d'une faculté ne pourrait être une faute envers autrui n'est pas forcément juste⁵. Au demeurant, il a été montré que le créancier qui ne notifie pas la cession Dailly dont il bénéficie prend un risque qui constitue sans doute une faute, au moins de négligence, lorsqu'il est pris à la charge d'un autre, l'éventuelle caution⁶. Les juges, excessivement sévères dans l'arrêt du 3 mai 2006, auraient donc fait preuve parfois de trop d'indulgence. Le juste milieu semble difficile à trouver. Mais si l'arrêt du 3 mai 2006 fixe la tendance, les créanciers bénéficiaires de cautionnements ont tout intérêt, dans les temps à venir, à ne jamais négliger les avantages que peut procurer une cession de créance.

F. J.

Cautionnement – Responsabilité du banquier à l'égard de la caution – Devoir de mise en garde du banquier – Cautions directement impliquées dans l'opération garantie (non) – Caution inopérée (oui).

Cass. com., 3 mai 2006, n° 640 FP-P+B+I+R Daviot c/ Sté Natiocrédibail

Une cour d'appel qui retient que des époux se sont engagés dans une opération commerciale importante, entreprise par une société civile immobilière, à laquelle ils sont directement impliqués et qui ne démontrent pas que la société de crédit-bail ait eu sur leur situation et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, constatations dont il se déduit que les intéressés détenaient toutes les informations utiles pour leur permettre d'apprécier la portée des engagements qu'ils souscrivaient, a pu décider que la société de crédit-bail n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de ces cautions.

En revanche, en déclarant la fille des époux, qui n'exerçait aucune fonction de direction, ni aucune responsabilité au sein de la SCI, non fondée à rechercher la responsabilité de la société de crédit-bail, sans rechercher si, eu égard à son âge lors de l'engagement litigieux, à sa situation d'étudiante et à la modicité de son patrimoine, l'engagement de caution souscrit n'était pas hors de proportion avec ses facultés financières et si, de ce fait, la société de crédit-bail n'avait pas manqué à son devoir de mise en garde à l'égard de cette caution, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision.

5. La chambre commerciale a ainsi jugé, le 13 mai 2003, saisie d'un litige opposant une caution à un créancier qui n'avait pas demandé l'attribution du gage dont il était par ailleurs titulaire, que *"si l'attribution judiciaire du gage ne constitue qu'une faculté pour le créancier, ce dernier, lorsqu'il est par ailleurs garanti par un cautionnement, commet une faute au sens de l'article 2037 du Code civil si, en s'abstenant de demander cette attribution, il prive la caution d'un droit qui pouvait lui profiter"*. V. D. 2004, somm. p. 52, obs. P.-M. Le Corre, et aussi l'arrêt rendu sur le même thème par une chambre mixte de la Cour de cassation, mais dont l'interprétation est toutefois malaisée : Banque & Droit, juill.-août 2005, p. 63, obs. F. Jacob.

6. V. A. Bénabent, obs. préc.

7. V. notamment Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, 4^e éd., 2004, n° 178.

8. V. notamment Cass., 1^{re} civ., 27 juin 1995, Bull. civ. I, n° 287 ; RTDcom. 1996, p. 100, obs. M. Cabrillac, affirmant que les juges du fond avaient pu considérer que des banques qui avaient accordé des prêts, dont il résultait *"un taux d'endettement insupportable"* des

Les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile du créancier à l'égard de la caution constituent un élément essentiel du régime du cautionnement car elles mettent en jeu l'équilibre des intérêts en présence. Il est admis de longue date que la caution poursuivie en paiement peut obtenir une décharge, totale ou partielle, par voie de compensation entre sa dette et une créance de dommages et intérêts, si elle peut démontrer que le créancier a engagé sa responsabilité civile, soit en raison d'une faute commise à son égard, soit en raison d'une faute commise dans ses relations avec le débiteur principal⁷. Les conditions de la responsabilité civile du créancier à l'égard de l'emprunteur ne sont donc pas sans incidence sur le droit du cautionnement. S'agissant plus précisément de la responsabilité civile du banquier en matière d'octroi de crédit aux particuliers, la première chambre civile de la Cour de cassation a retenu depuis une dizaine d'années des solutions plus favorables aux emprunteurs⁸ que la chambre commerciale, qui posait un principe d'irresponsabilité du banquier envers l'emprunteur, sauf circonstances exceptionnelles⁹. La première chambre civile a cependant nuancé sa position dans une série d'arrêts rendus en 2005¹⁰ et en dernière date le 21 février 2006¹¹ qui ont opéré une distinction entre les emprunteurs *"avertis"*, qui sauf circonstances exceptionnelles ne peuvent pas mettre en jeu la responsabilité du banquier, et les emprunteurs *"profanes"*, à l'égard desquels le banquier reste tenu non pas d'un devoir de conseil mais d'un *"devoir de mise en garde"*, consistant à vérifier leurs capacités financières et à les alerter sur le risque d'un taux d'endettement très élevé. Dans ces conditions, les praticiens et la doctrine attendaient que la chambre commerciale se prononce à nouveau sur cette question pour savoir si elle allait rejoindre la position de la première chambre civile. Adoptant la même méthode que la première chambre civile, la chambre commerciale a rendu le 3 mai 2006¹² trois arrêts remarquables, concernant différents cas de figure de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Ces décisions opèrent également une distinction, qui est fondée sur une analyse concrète de la situation de l'emprunteur ou de la caution, pour écarter ou retenir un devoir de mise en garde à la charge du banquier. Le cadre de la présente chronique invite à présenter plus particulièrement la décision concernant la responsabilité du banquier à l'égard des cautions.

En l'occurrence, une société financière a conclu un contrat de crédit-bail immobilier pour financer l'acqui-

emprunteurs, sans les avoir mis en garde à cet égard *"avaient manqué à leur devoir de conseil"* et engagé leur responsabilité civile.

9. V. notamment Cass. com., 26 mars 2002, Bull. civ. IV, n° 57 ; RTDcom., 2002, p. 523, obs. M. Cabrillac ; Cass. com., 24 septembre 2003, Bull. civ. IV, n° 137 ; RTDcom., 2004, p. 142, obs. D. Legeais ; Banque & Droit, janvier-février 2004, p. 57, obs. Th. Bonneau.

10. Cass., 1^{re} civ., 12 juillet 2005, Bull. civ. I, n° 324, 325 et 327 ; D. 2005, AJ, p. 2276, obs. X. Delpech et 2006 Panorama, p. 155, obs. D. R. Martin et H. Synvet ; JCP E. 2005, 1359, note D. Legeais ; JCP 2005, II, 10140, note A. Gourio ; Banque & Droit, novembre-décembre 2005, p. 80, obs. Th. Bonneau ; Cass., 1^{re} civ., 2 novembre 2005, Bull. civ. I, n° 397 ; D. 2005, AJ, p. 3084, obs. V. Avena-Robardet ; RTDcom. 2006, p. 171, obs. D. Legeais.

11. D. 2006, p. 1618, 1^{re} espèce, note J. François.

12. D. 2006, p. AJ, p. 1445, obs. X. Delpech et p. 1618, 2^e et 3^e espèces, note J. François ; Gaz. Pal., 28-29 juin 2006, p. 5, note S. Piedelièvre ; Rev. Lamy Droit civil 2006, n° 2090, obs. C. Kleitz.

tion d'un terrain et la construction d'un bâtiment à usage d'hôtel par une société civile immobilière dont les parts étaient détenues par le gérant, sa femme, leur fille et une société anonyme, dirigée par la femme qui détenait avec son mari la majorité des actions, leur fille étant titulaire d'une action. Selon un schéma classique, la SCI a donné en location à la société commerciale les locaux dans lesquels était exploité le fonds de commerce d'hôtel-restaurant. Le règlement des redevances du contrat de crédit-bail a été garanti notamment par le cautionnement solidaire des époux et de leur fille. La SCI ayant fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire, la société financière a demandé aux cautions d'exécuter leurs engagements. Celles-ci ont alors invoqué la nullité du contrat de crédit-bail, en faisant valoir que la SCI s'était méprise, par suite d'une erreur provoquée, quant aux conditions dont la mise en œuvre du droit de résiliation unilatérale était assortie et ont en outre fait valoir que l'établissement financier avait commis une faute en omettant d'alerter les cautions sur l'étendue de leurs engagements. La cour d'appel de Paris a écarté ces arguments et a condamné les cautions à payer à la société financière une somme de 2 288 884,92 euros (sauf réduction éventuelle).

Statuant sur le pourvoi formé par les cautions contre cet arrêt, la chambre commerciale affirme d'abord que *"l'arrêt constate que le bien dont le financement a été assuré par le crédit-bail litigieux a été acquis le jour même de la souscription de ce contrat et que les locaux ont été exploités à compter du 28 janvier 1992, que les loyers avaient été acquittés jusqu'en 1997 et que l'exception de nullité n'a été soulevée que par conclusions du 8 décembre 1999; qu'il relève que la clause de résiliation anticipée était connue dès la signature du contrat; que par ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui a implicitement mais nécessairement écarté l'existence de manœuvres dolosives susceptibles de différer le point de départ de la prescription, a exactement retenu que la prescription quinquennale était acquise à la date à laquelle elle a été soulevée"*. Ce disant, la chambre commerciale fait sienne l'analyse de la troisième chambre civile selon laquelle la nullité du contrat de crédit-bail immobilier fondée sur une irrégularité de la clause de résiliation anticipée au profit du crédit-preneur (cf. article L. 313-9 alinéa 2 C. monétaire et financier) ne peut plus être invoquée en principe par le crédit-preneur ou ses cautions, par voie d'action ou par voie d'exception, plus de cinq ans après la conclusion du contrat (cf. article 1304 C. civil), dès lors que celui-ci a été partiellement exécuté¹³.

La chambre commerciale affirme ensuite que *"l'arrêt retient que les époux X se sont engagés dans une opération commerciale importante à laquelle ils étaient directement impliqués et qu'ils ne démontrent pas que la crédit-bailleresse ait eu sur leur situation et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération entreprise par la SCI des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées; qu'en l'état de ces constatations, dont il se déduisait que les intéressés détenaient toutes les informations utiles pour leur permettre d'apprécier la portée des engagements qu'ils souscrivaient, la*

cour d'appel a pu décider, sans encourir les griefs du moyen, que la crédit-bailleresse n'était tenue d'aucun devoir de mise en garde à l'égard de ces cautions". En revanche, la chambre commerciale accueille le pourvoi formé par la fille des époux et juge, au visa de l'article 1147 du Code civil, que *"pour dire Mme X non fondée à rechercher la responsabilité de la crédit-bailleresse, l'arrêt retient que cette dernière dispose de 30 des 100 parts de la SCI familiale et d'une action de la société d'exploitation, qu'elle ne prétend pas que la société Naticrédibail aurait eu sur ses revenus, son patrimoine et ses facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération entreprise des informations qu'elle-même aurait ignorées et qu'elle ne peut prétendre ne pas avoir eu connaissance de la nature et de la portée de son engagement; qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si, eu égard à son âge lors de l'engagement litigieux, à sa situation d'étudiante et à la modicité de son patrimoine, l'engagement souscrit par Mme X, qui n'exerçait aucune fonction de direction, ni aucune responsabilité au sein de la SCI, n'était pas hors de proportion avec ses facultés financières et si, de ce fait, la crédit-bailleresse n'avait pas manqué à son devoir de mise en garde à l'égard de cette caution, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision"*.

La chambre commerciale admet ainsi à son tour que le banquier peut être tenu, dans certaines circonstances, d'un devoir de mise en garde à l'égard des cautions. Cette solution appelle des observations concernant le domaine, le contenu, la preuve et la sanction du devoir de mise en garde.

1°) La chambre commerciale considère que le devoir de mise en garde du banquier n'est pas général et que celui-ci (et sans doute tout autre créancier professionnel) n'y est tenu qu'à l'égard de certaines cautions, et de certains emprunteurs comme le soulignent les deux autres arrêts du 3 mai 2006¹⁴. La ligne de partage retenue par la chambre commerciale est proche, dans son esprit, de celle adoptée par la première chambre civile, mais elle ne se réfère pas expressément à la distinction entre les emprunteurs ou cautions *"avertis"* et les *"profanes"*. Invitant les juges du fond à apprécier de manière très pragmatique la situation de chaque garant, la chambre commerciale estime que des cautions *"directement impliquées"* dans l'opération garantie (formule qui évoque l'intérêt patrimonial personnel de nature à conférer un caractère commercial à l'engagement de caution d'un associé d'une société commerciale¹⁵) ou qui exercent des fonctions de direction ou une autre *"responsabilité"* (terme souple qui pourrait viser notamment certains cadres de haut niveau mais non dirigeants) au sein de l'emprunteur ne peuvent pas, en principe, se prévaloir du devoir de mise en garde. Ces cautions sont en effet censées disposer de toutes les informations utiles pour apprécier parfaitement la portée et les risques de leurs engagements. Elles pourront cependant toujours engager la responsabilité du créancier si, par suite de circonstances exceptionnelles, celui-ci disposait d'informations essentielles qu'elles ignoraient¹⁶. En ce qui concerne les autres cautions, l'application du devoir de mise en garde est fondée sur une appré-

13. V. déjà Cass. 3^e civ., 30 janvier 2002, Banque & Droit, mars-avril 2002, p. 53 ; addé Lamy Droit des sûretés, Etude 216, Crédit-bail immobilier : régime juridique par N. Rontchevsky, n° 216-41.

14. N° 638 FP-P+B+I+R et n° 639 FP-P+B+I+R, préc.

15. V. en dernier lieu Cass. com., 21 février 2006, JCP E 2006, 1753, n° 3, obs. Ph. Simler (caractère commercial du cautionnement des associés ayant contribué à créer la société garantie et qui étaient habilités à signer les effets de commerce).

ciation *in concreto* de leur connaissance de la nature et de la portée de leur engagement. La chambre commerciale invite plus précisément les juges du fond à prendre en compte une pluralité de critères (auxquels pourront sans doute se mêler, comme en l'espèce, des considérations d'équité), et notamment l'âge et la condition de la caution (rapprocher article 1112, al. 2 C. civil qui, s'agissant de l'appréciation de la violence, dispose: "on a égard, en cette matière, à l'âge, au sexe et à la condition des personnes"). Il semble que les juges du fond puissent aussi écarter, dans certaines circonstances, le devoir de mise en garde en raison de l'assistance d'un tiers qui pouvait fournir au cocontractant du banquier (emprunteur ou caution) les informations utiles pour apprécier l'opportunité de l'engagement souscrit¹⁷. Mais l'arrêt commenté montre que cette solution n'est sans doute pas systématique puisque le devoir de mise en garde a été retenu en l'espèce alors même que la fille du couple avait vocation à être éclairée sur son engagement par ses parents (qui ne l'avaient vraisemblablement pas informée des risques courus...). L'expérience et l'information de la caution ne suffisent du reste pas à exclure nécessairement la responsabilité du créancier car, en en visant aussi le patrimoine de la caution, la chambre commerciale rattache pour la première fois au devoir de mise en garde le respect de la règle de proportionnalité entre la garantie et les facultés financières du garant¹⁸ (qui est aujourd'hui applicable, en vertu de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, à tout cautionnement souscrit par une personne physique envers un créancier professionnel). Quoi qu'il en soit, les juges du fond doivent désormais vérifier dans chaque cas d'espèce si la caution disposait de toutes les informations pour avoir pleinement conscience des risques encourus. Dans la négative, ils devront s'assurer que le banquier a rempli son devoir de mise en garde.

2°) Le contenu du devoir de mise en garde du banquier n'est pas clairement défini par la chambre commerciale. D'une manière générale, le devoir de mise en garde est imposé surtout lorsque l'exécution de l'obligation présente un danger¹⁹ et occupe une position intermédiaire entre l'obligation de renseignement, qui est destinée à donner une information objective, et le devoir de conseil, qui impose d'éclairer le cocontractant sur l'opportunité de l'acte, ses avantages et ses inconvénients²⁰. La mise en garde consiste à attirer l'attention du cocontractant sur le risque couru. Aussi faut-il considérer que le devoir de mise en

garde du créancier professionnel consiste à éclairer la caution (ou l'emprunteur) sur les risques qui s'attachent à son engagement mais n'impose pas de se substituer à elle pour en apprécier l'opportunité²¹. Le devoir de mise en garde peut ainsi être concilié avec le devoir de non-ingérence (ou de non-immixtion) qui impose aux établissements de crédit de ne pas s'immiscer dans les affaires de leurs clients²².

3°) Lorsque le créancier est tenu d'un devoir de mise en garde à l'égard de son cocontractant, il faut sans doute admettre qu'à l'instar de tout débiteur d'une obligation particulière d'information ou de conseil, il doit rapporter la preuve de son exécution²³. Cette preuve peut être faite par tous moyens, et devrait pouvoir résulter notamment de tout document ou toute circonstance établissant que le cocontractant a été clairement averti des risques inhérents à l'engagement²⁴.

4°) S'il est établi, le manquement du créancier à son devoir de mise en garde est sanctionné sur le terrain de la responsabilité civile contractuelle, comme le souligne clairement le visa de l'article 1147 du Code civil²⁵. Le demandeur doit ainsi démontrer, outre la faute, son préjudice et un lien de causalité. Or, il n'est pas certain que si la caution (ou l'emprunteur) avait été dûment mise en garde, elle ne se serait pas engagée. Le préjudice consiste donc dans la perte d'une chance d'éviter de contracter et de subir les conséquences de l'exécution de la garantie²⁶, ce qui devrait conduire à limiter sensiblement l'indemnisation²⁷, sauf à considérer qu'il est plus que probable que la caution ne serait pas engagée si elle avait été mise en garde. Il a toutefois été souligné que le défaut de mise en garde pourrait aussi être sanctionné, de manière plus radicale, par une déchéance du créancier²⁸. Mais il ne semble pas que, pour l'instant, la chambre commerciale soit disposée à s'engager dans cette voie.

En définitive, la chambre commerciale rejoint sur l'essentiel la position équilibrée de la première chambre civile en admettant de mettre à la charge des établissements de crédit, dans certaines circonstances, un devoir de mise en garde, qui est bien distinct d'un devoir de conseil. Mais la construction jurisprudentielle du devoir de mise en garde reste imparfaite sur certains points et l'harmonisation des solutions en la matière au sein de la haute juridiction n'est pas encore pleinement réalisée²⁹.

N. R.

16. V. encore récemment en ce sens, Cass. com., 20 septembre 2005, Bull. civ. IV, n° 176 ; JCP E 2006, 1145, note D. Legeais ; Banque & Droit, novembre-décembre 2005, p. 76, obs. N. R.

17. L'un des deux autres arrêts du 3 mai 2006 (n° 639) a ainsi jugé que la banque n'avait aucun devoir de mise en garde dès lors que l'emprunteur avait été assisté de son conjoint, présent lors de la signature des actes, qui exerçait des fonctions de cadre supérieur au sein même de l'établissement prêteur et présentait, de ce fait, toute compétence pour apprécier la portée des obligations ainsi contractées par rapport aux capacités pécuniaires du ménage.

18. V. D. Legeais, note préc., sous Cass. com., 3 mai 2006.

19. V. sur ce point Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 2^e éd. 2005, n° 777, qui prennent l'exemple de la vente de choses dangereuses.

20. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *ibid.*

21. V. aussi J. François, note préc., n° 2 et 8, qui estime qu'il s'agit d'un devoir de mise en garde au sens strict et non d'un devoir de vigilance, ni d'un devoir de conseil.

22. V. notamment Cass. com., 19 novembre 2002, Bull. civ. IV, n° 167 ; Th. Bonneau, *Droit bancaire*, Montchrestien, 6^e éd., 2005, n° 405 et s.

23. V. notamment Cass., 1^{re} civ., 29 avril 1997, Bull. civ. I, n° 132, jugeant qu'un avocat est tenu d'une obligation particulière d'information et de conseil à l'égard de son client et qu'il lui appartient de rapporter la preuve qu'il a exécuté cette obligation.

24. V. en ce sens, à propos du devoir de conseil du notaire, Cass., 1^{re} civ., 3 février 1998, Bull. civ. I, n° 44 ; adde Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 779.

25. V. sur ce point la critique de J. François, note préc., n° 10, note 28, qui estime que la responsabilité civile délictuelle est seule appropriée à la période précontractuelle ; comp. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 780 et nos obs. préc. sur Cass. com., 20 septembre 2005, p. 77, note 23.

26. Sur la perte d'une chance de ne pas contracter, V. Ph. le Tourneau et autres, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, "Action", 2006-2007, n° 1425.

27. V. aussi en ce sens J. François, note préc., n° 12 et nos obs. préc. sur Cass. com., 20 septembre 2005, p. 77-78.

28. V. sur ce point les réflexions de J. François, note préc., n° 12-13.

29. V. aussi en ce sens les craintes et les interrogations de J. François, S. Piedelièvre et X. Delpéch, notes préc. ; comp. D. Legeais, obs. préc., qui estime que l'unité de la jurisprudence est quasi acquise.

Garantie autonome – Signataire marié sous le régime de communauté – Application de l'article 1415 du Code civil.

Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2006, n° 641 FS-P+B+I, *Socopa International Socinter c/ Epoux Weinstein*

L'article 1415 est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle.

Depuis la loi du 23 décembre 1985 portant réforme du droit des régimes matrimoniaux, et l'affirmation par cette loi du pouvoir de chacun des époux d'administrer seul les biens communs et d'en disposer (C. civ., art. 1421, al. 1^{er}), le principe est que chaque époux engage par ses dettes l'ensemble de ces biens communs, ainsi que le prévoit l'article 1413 du Code civil. Ce principe, lié à l'idée qu'il existe un lien naturel entre le pouvoir d'administrer et celui d'engager, a un grand mérite, celui de la simplification. Il présente en outre l'intérêt de permettre à chaque époux, même à celui qui, le cas échéant, ne perçoit pas de rémunération, de bénéficier d'un certain crédit. Le principe présente cependant aussi un inconvénient : l'assiette du gage offert aux poursuites susceptibles d'être exercées par les créanciers de l'un ou de l'autre s'étendant à l'ensemble des acquêts réalisés, les initiatives malheureuses du mari ou de la femme peuvent entraîner la ruine du ménage. Cet inconvénient n'ayant pas échappé au législateur, celui-ci a assorti son principe d'une limite propre à assurer aux biens communs une protection minimale, une protection contre certaines dettes considérées comme plus dangereuses que d'autres. Cette limite est posée par l'article 1415 du Code civil aux termes duquel, "*Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint qui, dans ce cas, n'engage pas ses biens propres*".

L'une des principales questions soulevées par l'article 1415 du Code civil est celle de son domaine d'application quant aux actes. Cette question ne pouvait être résolue simplement. La règle posée par l'article 1415 du Code civil, en effet, a la qualité d'exception. Aussi bien, l'adage *exceptio est strictissimae interpretationis* (les exceptions sont d'interprétation stricte) devrait conduire à exclure de son domaine toute sûreté autre que le pur et simple cautionnement – quand bien même en serait-elle voisine – au motif qu'elle n'a pas été expressément visée par le législateur. C'est de cette manière d'envisager les choses que se recommandait le pourvoi auquel répond l'arrêt commenté, rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 20 juin 2006. Ce pourvoi, formé par le bénéficiaire d'une garantie autonome qui s'était vu refuser le droit de saisir les meubles meublant le logement du garant et de son épouse, soutenait ainsi qu'"en étendant

à la garantie autonome les dispositions dérogatoire de l'article 1415 du Code civil qui ne visent que les cautionnements et emprunts" la cour d'appel avait violé ce texte.

Mais l'on peut aussi faire valoir, à l'inverse, que l'article 1415 se prête à une interprétation analogique qui, mettant l'accent sur sa raison d'être, permet de l'étendre à tous les engagements de garantie personnelle. Aux exceptions aussi il convient en effet de donner toute leur portée, les exceptions aussi doivent être interprétées en conformité à leur but, ce qui peut justifier, le cas échéant, qu'on les fasse sortir de leurs limites littérales. Cette interprétation est celle que la Cour de cassation, qui rejette le pourvoi, a très clairement choisi de retenir, elle qui souligne ici que la garantie autonome, "*comme le cautionnement, est une sûreté personnelle*", et qui juge que la cour d'appel a décidé "*à bon droit*" que, "*la garantie à première demande s'apparentant à un cautionnement, l'article 1415 du Code civil faisait obstacle à ce que* (le bénéficiaire de la garantie) *exécute sur les biens communs des époux la condamnation prononcée par le juge des référés*". Cette solution était prévisible, un certain nombre de juges du fond s'étant déjà prononcés dans ce sens³⁰.

Au-delà, on relèvera que, visant le cautionnement et l'emprunt, l'article 1415 renvoie à des actes qui n'ont rien en commun, sauf de présenter la particularité d'être à effet différé. Cette circonstance permet de penser que l'article 1415 a moins entendu protéger contre une technique juridique bien précise que contre un risque, le risque que l'on ne prenne pas toute la mesure de l'engagement que l'on souscrit au moment où on le fait. Or ce risque est inhérent à toutes les garanties personnelles, dont on parle comme de "*crédits par signature*" et qui toutes sont à effet différé. À ce titre, toutes peuvent justifier une application de l'article 1415 du Code civil. Les dangers présentés par les garanties personnelles en général sont même supérieurs à ceux présentés par le simple emprunt, visé pourtant spécialement par cet article 1415. Celui qui emprunte, en effet, et lorsqu'il le fait pour acquérir un bien, "*agit dans son intérêt et, en contrepartie de son engagement, la communauté s'enrichit a priori du bien acquis*"³¹. Au contraire, celui qui cautionne "*ne le fait pas dans son intérêt a priori, et n'en retire aucun bénéfice patrimonial*". C'est alors à un risque d'appauvrissement sans contrepartie, de perte pure et simple que l'on a affaire.

Rappelons d'ailleurs que pour ces mêmes raisons, l'article 1415 a pu être appliqué au cautionnement réel³². La Cour de cassation elle-même avait admis qu'il le fallait, a de multiples reprises, avant de faire certes machine arrière dans un arrêt encore récent et très remarqué, rendu en chambre mixte³³. Mais cela n'a plus d'importance. La question de savoir si des époux peuvent l'un sans l'autre engager un bien commun pour la dette d'un tiers – et l'occasion nous est donnée ici de le signaler – est désor-

30. V. par exemple CA Paris, 3 nov. 1994 : D. 1995, S.C., p. 326, obs. M. Grimaldi, RTD civ. 1997, p. 728, obs. B. Vareille ; – CA Versailles, 19 mai 1994 : JCP 1995, I, 3821, n° 17, obs. Ph. Simler, Bull. Joly 1994, p. 694, note P. Le Cannu, jugeant que l'article 1415 s'applique "à l'évidence" à une garantie autonome. *Contra* CA Douai, 30 juin 1994, JCP 1996, I, 3908, n° 14, obs. critiques Ph. Simler.

31. V. H. Lécuyer, "Crédit immobilier et droit patrimonial de la famille", Les Petites Affiches, 29 avr. 1998, p. 21 s., spéc. p. 23, 1^{re} col., qui renvoie à G. Champenois.

32. V. notamment Cass., 1^{re} civ., 26 mai 1999 : Dr. fam., 1999, n° 84, note B. Beignier, JCP 1999, I, 156, n° 5, obs. Ph. Simler, Defrénois 2000, p. 439, obs. G. Champenois, RTD civ. 2000, p. 366, obs. P. Crocq ; - Cass. 1^{re} civ., 25 janvier 2000 : JCP 2000, I, 245, n° 16, obs. Ph. Simler, Banque & Droit, sept.-oct. 2000, p. 43, obs. F. Jacob.

33. V. par exemple D. 2006, p. 729 et p. 733, concl. J. Sainte-Rose et note L. Aynès, et AJ p. 61, obs. V. Avena-Robardet ; JCP G 2005, II, 10183, note Ph. Simler ; Banque & Droit, janv.-févr. 2006, p. 55, obs. F. Jacob et les références aux arrêts précédents.

mais réglée par la loi. L'ordonnance du 23 mars 2006 portant réforme du droit des sûretés, en effet, vient d'ajouter un alinéa nouveau à l'article 1422 du Code civil. Aux termes de cet alinéa, les époux "ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens (c'est-à-dire un bien commun) à la garantie de la dette d'un tiers".

F. J.

II. Sûretés réelles

Gage de compte d'instruments financiers – Réalisation du gage – Mise en demeure. Omission des mentions prescrites – Nullité de la mise en demeure – Régime applicable à la nullité des notifications (non).

Cass. com., 28 mars 2006, n° 423 F- P+B, SA Crédit du Nord c/ Elharrar

L'article 2 du décret du 21 mai 1997 prévoit expressément la nullité de la mise en demeure préalable à la réalisation d'un gage compte d'instruments financiers en cas d'omission des indications qui doivent y être portées et les mentions exigées par ce texte ne concernent pas les modalités d'envoi de la lettre de mise en demeure mais son contenu même. Ayant ainsi caractérisé l'existence d'une cause de nullité affectant la mise en demeure et non la notification de celle-ci, une cour d'appel a exactement décidé que cette nullité n'était pas soumise au régime applicable à la nullité des notifications.

La réforme du droit des sûretés réalisée par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 n'a pas modifié les dispositions applicables au gage de compte d'instruments financiers (art. L. 431-4 C. monétaire et financier)³⁴, même si le terme de gage, désormais réservé aux meubles corporels, devrait être remplacé ici, à l'avenir, par celui de nantissement (cf. articles 2333 et 2355 C. civil). Ainsi, les modalités spécifiques de la réalisation simplifiée de la sûreté demeurent, ce qui renforce l'intérêt d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 23 mars 2006³⁵ qui se prononce pour la première fois sur la sanction de leur inobservation.

À cet égard, il faut rappeler qu'aux termes de l'article L. 431-4, V, alinéa 1 du Code monétaire et financier, le créancier gagiste qui est titulaire d'une créance certaine, liquide et exigible peut réaliser le gage, civil ou commercial, à l'expiration d'un délai de huit jours, ou de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte, "après mise en demeure du débiteur remise en mains propres ou adressée par courrier recommandé" (qui doit être également notifiée au constituant du gage lorsqu'il n'est

pas le débiteur ainsi qu'au teneur de compte lorsque ce dernier n'est pas le créancier gagiste). Le législateur a ainsi investi le créancier du pouvoir de décider seul, sous sa responsabilité mais sans intervention du juge, de l'exécution de sa sûreté³⁶. Cette éviction du juge n'est compensée que par l'exigence d'une mise en demeure préalable qui évoque le régime ordinaire du gage commercial (cf. article L. 521-3 C. com. qui exige cependant une "signification faite au débiteur"). L'article 2 du décret n° 97-509 du 21 mai 1997 (devenu article D. 431-2 C. monétaire et financier) énonce que cette mise en demeure "contient à peine de nullité, les indications suivantes: 1° Faute de paiement, le gage pourra être réalisé par le créancier dans les huit jours ou à l'échéance de tout autre délai préalablement convenu avec le titulaire du compte gagé; 2° Le titulaire du compte gagé peut, jusqu'à l'expiration du délai mentionné ci-dessus, faire connaître au teneur de compte l'ordre dans lequel les sommes ou valeurs devront être attribuées en pleine propriété ou vendues, au choix du créancier". Cette faculté donnée au débiteur de décider de l'ordre des poursuites sur les éléments du compte gagé est d'ordre public et constitue pour lui une "ultime ressource tactique"³⁷. Cette considération explique sans doute que la chambre commerciale sanctionne de manière très énergique l'omission de la mention de cette faculté dans la mise en demeure.

En l'occurrence, une banque avait consenti à un client une ouverture de crédit qui était garantie par l'affectation en gage du compte d'instruments financiers ouvert dans ses livres par le client. Après avoir notifié à celui-ci la clôture de ses comptes et lui avoir adressé la mise en demeure prévue par l'article L. 431-4, V du Code monétaire et financier, la banque a procédé à la réalisation de son gage. Mais le constituant a alors invoqué l'absence, dans la mise en demeure qui lui avait été adressée, de la faculté de décider de l'ordre dans lequel les valeurs du compte devraient être réalisées, et a demandé de ce chef l'annulation de la réalisation du gage et la condamnation de la banque à reconstituer le compte d'instruments financiers. La cour d'appel de Paris a fait droit à cette prétention en rejetant l'argument de la banque selon lequel l'annulation de la mise en demeure était subordonnée à la preuve d'un grief causé par l'irrégularité. La cour avait ainsi considéré que la règle "pas de nullité sans grief", formulée par l'article 114 alinéa 2 du nouveau Code de procédure civile, n'était pas applicable à la mise en demeure litigieuse. Le pourvoi formé par la banque contre cet arrêt faisait valoir que la mise en demeure délivrée par le créancier titulaire d'un gage sur un compte d'instruments financiers avait pour objet de porter à la connaissance des intéressés sa décision de réaliser le gage et constituait dès lors une notification à laquelle les articles 651, 666, 667 et 694 du nouveau Code de procédure civile étaient appli-

Bull. Joly Bourse 2005, p. 400).

35. RD Bancaire et financier 2006, n° 106, obs. D. Legeais; Bull. Joly Bourse 2006, p. 328, note D. Robine et J. Marotte.

36. V. D. R. Martin, *Dictionnaire Joly Bourse et produits financiers*, V° Gage d'instruments financiers, n° 56; Ph. Malaurie, L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2003, n° 521.

37. D. R. Martin, art. préc., n° 59 qui ajoute que la faculté donnée au constituant de déterminer l'ordre des poursuites lui permet de "faire connaître ses dernières volontés avant exécution".

34. L'ordonnance n'a pas retenu les propositions du groupe de travail présidé par le professeur Michel Grimaldi qui consistaient à placer au sein du Code civil les dispositions relatives au gage de compte d'instruments financiers et à apporter diverses modifications au régime de la sûreté (V. notamment H. Synvet, "Le nantissement des meubles corporels" in rapport Grimaldi : pour une réforme globale des sûretés, Droit & Patrimoine, septembre 2005, p. 49, spéc. p. 68). Rappelons aussi que la réforme du gage de compte d'instruments financiers réalisée par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005 n'a concerné que l'assiette de la sûreté (V. notamment D. Robine, "La réforme du gage de compte d'instruments financiers par l'ordonnance n° 2005-171 du 24 février 2005",

cables. Mais la chambre commerciale réfute cette analyse : "attendu que l'arrêt retient que l'article 2 du décret du 21 mai 1997 prévoit expressément la nullité de la mise en demeure en cas d'omission des indications qui doivent y être portées et relève que les mentions exigées par ce texte ne concernent pas les modalités d'envoi de la lettre de mise en demeure mais son contenu même ; qu'ayant ainsi caractérisé l'existence d'une cause de nullité affectant la mise en demeure et non la notification de celle-ci, la cour d'appel a exactement décidé que cette nullité n'était pas soumise au régime applicable à la nullité des notifications".

Cette solution n'allait pas de soi car le raisonnement développé par le pourvoi était astucieux et séduisant. Il consistait à soutenir que la mise en demeure litigieuse constituait une notification en la forme ordinaire (qui peut être faite sous enveloppe ou pli fermé, par la voie postale, soit par la remise de l'acte au destinataire contre émargement ou récépissé : cf. article 667 NCPC). Or, la nullité des notifications est régie par les dispositions gouvernant les actes de procédure (cf. article 694 NCPC), et partant soumise à la règle selon laquelle selon laquelle la nullité de l'acte pour vice de forme ne peut être prononcée qu'à charge pour celui qui l'invoque de prouver le grief que lui cause l'irrégularité, même lorsqu'il s'agit d'une formalité substantielle ou d'ordre public (cf. article 114 alinéa 2 NCPC)³⁸. Des auteurs considèrent du reste que les sommations et mises en demeure effectuées par lettre recommandée afin d'interrompre une prescription ou de faire courir les intérêts doivent également être soumises au régime des nullités des actes de procédure³⁹. La chambre commerciale écarte cependant en l'espèce ce régime en considérant que l'irrégularité invoquée affectait le contenu

de la mise en demeure et non les modalités de l'envoi de la lettre la renfermant. Cette analyse n'est pas convaincante si l'on s'en tient aux dispositions du nouveau Code de procédure civile car il en ressort clairement que l'irrégularité d'une notification peut résulter non seulement de l'absence des indications relatives à l'identité de l'expéditeur et du destinataire (cf. article 665 NCPC) mais aussi des autres mentions que l'acte doit comporter (cf. article 666 NCPC : "Les autres mentions que doit comporter la notification sont déterminées, selon la nature de l'acte notifié, par les règles particulières à chaque matière"), autrement dit de son contenu⁴⁰. Mais la chambre commerciale a pris soin de fonder sa décision sur les seules dispositions de l'article 2 du décret du 21 mai 1997, qui prévoient expressément la nullité de la mise en demeure en cas d'omission des mentions que celle-ci doit contenir. En vérité, la spécificité de la mise en demeure prévue par l'article L. 431-4, V du Code monétaire et financier exclut qu'elle puisse être assimilée à une notification pour être soumise au régime des nullités des actes de procédure. Cette mise en demeure ne constitue pas un préalable nécessaire à l'intervention du juge, qui est au contraire écartée en la matière, et n'a pas seulement pour objet l'"interpellation" du débiteur (cf. article 1139 C. civil) mais aussi de lui rappeler une prérogative d'ordre public qui est destinée à protéger ses intérêts indépendamment de tout recours. Rien ne justifie, dans ces conditions, de lui appliquer la règle "pas de nullité sans grief"⁴¹. Ainsi comprise, la solution retenue par la chambre commerciale n'aurait pas vocation à être transposée à toute mise en demeure⁴². ■

N. R.

38. Sur les conditions de l'annulation pour vice de forme, V. notamment L. Cadet et E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, Litec, 4^e éd., 2004, n° 686.

39. V. en ce sens "Droit et pratique de la procédure civile", Dalloz, Action 2005-2006, sous la direction de S. Guinchard, n° 163.13.

40. V. aussi en ce sens D. Robine et J. Marotte, note préc., n° 5, qui estiment que les textes du NCPC ne concernent pas la régularité du seul instrumentum mais visent aussi le contenu de l'information qu'il contient.

41. V. S. Guinchard et autres, *op. cit.*, n° 163.71, qui estiment que le grief consiste dans une atteinte aux moyens de défense car l'idée du législateur est que le formalisme tend à permettre le déroulement équitable du procès ; L. Cadet et E. Jeuland, *op. cit.*, n° 686, qui considèrent que "le grief consiste principalement dans le fait de ne plus pouvoir faire valoir ses droits en justice".

42. Comp. les craintes de D. Robine et J. Marotte, note préc., n° 6 si la solution s'appliquait à toute mise en demeure.