Roncho 6/12/04 12:08 Page 48

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. Loi relative à l'initiative économique du 1er août 2003. Déchéance du créancier professionnel en cas de cautionnement disproportionné. Application immédiate (oui). Application aux cautionnements souscrits antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi (non).

Cour d'appel Caen, 1re Ch., 10 juin 2004, Quesnel et Vallerand c/BNP Paribas.

L'article L. 341-4 du Code de la consommation est d'application immédiate en ce sens que le législateur n'en a pas différé l'application à l'inverse de ce qu'il a fait pour d'autres articles de ce code résultant de la loi du 1er août 2003. Mais le législateur n'a pas disposé expressément que l'article L. 341-4 s'appliquerait aux cautionnements souscrits avant son entrée en vigueur. L'intention non équivoque du législateur d'appliquer le nouveau texte aux engagements de caution souscrits antérieurement à son entrée en vigueur n'est donc pas établie.

Le législateur contemporain omet souvent de préciser clairement l'application dans le temps des dispositions d'une loi nouvelle, ce qui peut susciter des divergences d'interprétation de la doctrine et des juges du fond avant que la Cour de cassation ne règle la question. Ainsi la Haute juridiction vient-elle de se prononcer très récemment sur l'application dans le temps des dispositions de la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 concernant la suspension des poursuites contre les cautions personnelles personnes physiques d'un débiteur faisant l'objet d'une procédure de redressement judiciaire [1]. Elle devra aussi mettre un terme aux hésitations quant à l'application dans le temps des dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, issues de la loi n° 2003-721du 1er août 2003 relative à l'initiative économique (dite loi Dutreil), qui a généralisé la déchéance pour cautionnement excessif [2]. Un arrêt de la Cour d'appel de Rennes du 19 décembre 2003 [3] et l'arrêt rapporté, rendu par la Cour d'appel de Caen le 10 juin 2004 [4], ont en effet retenu des solutions contradictoires sur ce point. Un bref rappel des données du problème permettra de mieux apprécier les deux décisions.

En l'absence de précision spéciale différant leur application, les nouvelles dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation sont entrées en vigueur immédiatement et sont donc applicables à tous les contrats de cautionnement conclus à compter du 7 août 2003. Mais qu'en est-il s'agissant des cautionnements souscrits avant cette date ? À cet égard, il est traditionnellement admis que les effets des contrats restent régis en principe par la loi qui était en vigueur à l'époque où ils ont été passés [5]. Ce principe de la survie de la loi ancienne peut toutefois être écarté par le juge dans certaines circonstances, en particulier lorsque la loi nouvelle exprime « *un intérêt social si impérieux que la stabilité des conventions ne saurait y faire échec* » [6]. Ainsi la Cour de cassation avait-elle décidé que l'obligation d'information des cautions instaurée par la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 (art. 48, aujourd'hui art. L. 313-22 C. mon. et fin.) était applicable aux contrats de caution-

1 Cass. com., 10 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 50 ; Banque & Droit mai-juin 2004, p. 42, obs. N. R.

2 Rappelons que l'article L. 341-4 du Code de la consommation dispose : « *Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation* ».

3 JCP 2004, I, 141, n° 2, obs. Ph. Simler ; RD Bancaire et financier 2004, n° 115, obs. D. L. ; Bull. Joly 2004, p. 1218, note R. Routier.

4 D. 2004, AJ, p. 2437, obs. V. Avena-Robardet ; RD Bancaire et financier 2004, n° 198, obs. D. L.

5 V. notamment l'arrêt de principe : Cass. com., 15 juin 1962, Bull. civ. III, n° 313 ; H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, Dalloz, 11e éd., 2000, n° 3-6, IV, p. 25.

6 H. Capitant, F. Terré et Y. Lequette, op. cit., n° 11 ; adde Th. Bonneau, *La Cour de cassation et l'application de la loi dans le temps*, PUF, 1990, n° 177 et s.

7 Cass. com., 18 février 1992, JCP 1992, I, 3623, n° 5, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque ; Cass. com., 10 juin 1992, Bull. civ. IV, n° 175 ; comp., à propos de la renonciation au bénéfice de subrogation de l'article 2037 du Code civil, Cass. 1re civ., 25 mai 1987, Bull. civ. I, n° 163, jugeant que l'article 2037 du Code civil, modifié par l'article 49 de la loi du 1er mars 1984, ne présente aucun caractère interprétatif et n'est pas applicable aux cautionnements souscrits antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi.

Roncho 6/12/04 12:08 Page 49

nement en cours [7]. Cette solution, qui concerne les effets du cautionnement, n'est pas transposable pour autant aux nouvelles dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation.

La Cour d'appel de Rennes a cependant jugé dans son arrêt précité du 19 décembre 2003, faisant écho à l'opinion de certains auteurs [8], que l'article L. 341-4 était d'application immédiate et que l'article 2 du Code civil ne faisait pas obstacle à l'application des lois nouvelles aux situations juridiques établies avant leur promulgation si elles n'avaient pas encore été définitivement réalisées, de sorte qu'une caution pouvait se prévaloir du nouveau texte bien que ses engagements soient antérieurs. L'arrêt rapporté de la Cour d'appel de Caen du 10 juin 2004 retient à juste titre une autre solution.

En l'occurrence, des cautions qui s'étaient engagées, avant 2003, à garantir les dettes d'une société envers une banque demandaient à bénéficier des nouvelles dispositions de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, en se prévalant de la lettre du texte et des travaux préparatoires de la loi du 1er août 2003. La Cour d'appel de Caen réfute ces arguments en affirmant que « *l'article L. 341-4 du Code de la consommation est d'application immédiate en ce sens que le législateur n'en a pas différé l'application, à l'inverse de ce qu'il a fait pour d'autres articles de ce code résultant de la loi du 1er août 2003 ; mais que la BNP invoque l'article 2 du Code civil ; que le législateur n'a pas disposé expressément que l'article L. 341-4 s'appliquerait aux cautionnements souscrits avant son entrée en vigueur ; que l'emploi du passé " était " dans le texte est inusité, les lois étant normalement rédigées au présent ; mais que ceci peut s'expliquer, sans que l'on en déduise nécessairement l'application rétroactive de la loi, par le fait que la situation de la caution est examinée, au moment où elle est appelée, à la fois par référence à ce qu'elle " était " lors de l'engagement et ce qu'elle " est " lors de l'appel ; que la secrétaire d'État aux PME avait déclaré au cours des débats parlementaires que le texte était " peut- être aujourd'hui politiquement rétroactif, à défaut de l'être juridiquement " ; que les appelants font valoir que le rapporteur à la commission paritaire a déclaré que le texte s'appliquerait " immédiatement, à toute caution existante ou à venir " ; mais qu'en l'absence de tout élément probant porté à la connaissance de la cour, ceci ne suffit pas à établir l'intention non équivoque du législateur d'appliquer le nouveau texte aux engagements de caution souscrits antérieurement à son entrée en vigueur* ». La Cour d'appel de Caen procède néanmoins à un examen de la situation des garants à la date de leurs engagements, pour en conclure qu'ils « *n'établissent pas que la banque aurait commis des fautes dont, en leur qualité de cautions dirigeants, ils pouvaient se prévaloir, dans le recueil des engagements de caution* ».

Cette motivation mérite d'être approuvée sans réserve. En l'absence de toute précision expresse du législateur concernant l'application des nouvelles dispositions aux contrats en cours (la déclaration de la Secrétaire d'État au PME prête à sourire), il convient d'appliquer les principes généraux gouvernant la question. Or, à la différence de l'obligation d'information des cautions, le contrôle de la proportionnalité des engagements souscrits par des cautions personnes physiques envers des créanciers professionnels ne concerne pas, à proprement parler, les effets du contrat. Certes, la proportionnalité ne constitue pas une condition de validité du cautionnement : la disproportion manifeste de la garantie n'est pas sanctionnée par sa nullité mais par l'impossibilité pour le créancier de s'en prévaloir [9]. Mais cette neutralisation de la garantie sanctionne un manquement du créancier professionnel à la date de la conclusion du contrat. Ce constat exclut que la jurisprudence applique les nouvelles dispositions instaurant une déchéance pour cautionnement excessif aux contrats en cours car cela reviendrait à leur donner un caractère rétroactif, comme l'a relevé la Cour d'appel de Caen, qui malmène la sécurité juridique et est subordonné à une précision expresse du législateur [10].

La Cour de cassation devrait donc consacrer la solution retenue par la Cour d'appel de Caen [10 bis], qui est conforme à l'orthodoxie juridique et préserve la sécurité des transactions dans un domaine où elle est essentielle [11]. Il a du reste été observé que l'appréciation de la proportionnalité du cautionnement au regard des critères retenus par la Cour de cassation avant la loi du 1er août 2003 [12] pourrait, dans certains cas, être plus favorable pour les cautions [13].

N. R.

8 V. notamment D. Houtcieff, *Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique,* JCP 2003, I, 161, spéc. n° 3, citant en ce sens les propos du rapporteur à la commission paritaire ; adde les craintes exprimées par D. Legeais, *Le Code de la consommation, siège d'un nouveau droit commun du cautionnement*, JCP E 2003, 1433, spéc. n° 15.

9 V. sur ce point l'analyse de Ch. Atias, Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation, L'impossibilité de se prévaloir du bénéfice d'un engagement valable, D. 2003, Chron., p. 2620. D'une manière générale, un cautionnement disproportionné ne peut plus être annulé (V. Cass. 1re civ., 29 juin 2004, D. 2004, AJ, p. 2299, jugeant que la sanction du cautionnement disproportionné ne peut consister en l'annulation de l'engagement et ne peut être recherchée que sur le terrain de la responsabilité civile).

10 V. L. Aynès, *La réforme du cautionnement par la loi Dutreil*, Droit & Patrimoine novembre 2003, p. 28, spéc. II, B, p. 32 ; P. Crocq, obs. à la RTD civ. 2004, p. 126.

10 bis V. aussi tout récemment la solution et la motivation de CA Paris, 22 octobre 2004, D. 2004, AJ, p. 2994.

11 D'une manière générale, l'application rétroactive d'une loi en matière contractuelle est contraire au principe de sécurité juridique. Ainsi le Gouvernement s'était-il opposé à l'application rétroactive des dispositions de la loi n° 99-245 du 30 mars 1999 prohibant les « *clauses minières* » dans les contrats de vente d'immeuble. Le secrétaire d'État à l'Industrie avait alors bien mis en évidence le risque d'une application rétroactive de telles dispositions : « *L'annulation rétroactive des clauses, en tant qu'elle frappe des clauses souvent essentielles de contrats de droit privé régulièrement passés, serait de nature à altérer la perception que tous les acteurs économiques ont de la sécurité juridique des contrats civils en France. Or, la notion de sécurité juridique est essentielle aux yeux du Gouvernement* » (JO Sénat, CR., 28 janvier 1999, p. 428).

12 V. par exemple Cass. com., 11 juin 2003, Banque & Droit juillet-août 2003, p. 61, obs. F. J.

13 V. en ce sens D. Legeais, obs. préc., *in fine*, sur CA Caen, 10 juin 2004, qui souligne que la proportionnalité est appréciée par la jurisprudence uniquement au jour de la conclusion du cautionnement et non au vu du patrimoine de la caution au jour de l'exécution de son engagement.

Cautionnement. Cautionnements reçus par acte authentique en même temps que l'emprunt garanti. Défaut de signature de deux des cinq cautions. Nullité de tous les cautionnements. Responsabilité du notaire.

Cass. 1re civ., 6 juillet 2004, n° 1195, P + B, Union Bancaire du Nord c/Société civile professionnelle X.

Viole l'article 1382 du Code civil la cour d'appel qui, pour rejeter l'action en responsabilité dirigée contre un notaire, retient que le seul défaut de signature d'une ou de deux cautions sur l'acte authentique constatant l'emprunt et l'ensemble des cautionnements n'avait pas d'autre conséquence que leur absence d'engagement en tant que cautions, de sorte que les cautionnements des autres qui s'étaient engagés par leur signature étaient valables, alors que l'acte authentique qui n'a pas été signé par toutes les parties contractantes encourt la nullité.

La réforme opérée par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 – la très critiquée loi Dutreil [14] – pourrait bien donner naissance à de nouvelles pratiques, comme celle consistant à ne plus faire souscrire de cautionnement à une personne physique autrement que par acte authentique. Le cautionnement donné par acte authentique se trouve en effet en partie exclu du champ d'application de cette loi, supposée concerner d'abord (c'est déjà beaucoup) le cautionnement souscrit envers un créancier professionnel par une personne physique et par acte sous seing privé. Ainsi le cautionnement authentique échappe-t-il au formalisme très contraignant prévu par par le nouvel article L. 341-2 du Code de la consommation [15] ce en conséquence de quoi les cautionnements donnés en la forme authentique devraient continuer à pouvoir être souscrits, quelles qu'en soient les parties, pour un montant indéterminé, ou du moins pour une durée indéterminée [16]. On sait qu'une discussion existe sur la question de savoir s'il n'en va pas de même de l'engagement pris, certes par acte sous seing privé, mais par une personne physique avertie (le dirigeant de la société dont les dettes sont garanties, par exemple), type de caution qui fait généralement l'objet d'un traitement distinct (moins protecteur), notamment de la part de la jurisprudence. Il y a cependant peu de chances qu'une interprétation restrictive du domaine d'application de la loi Dutreil soit consacrée. Les objectifs de cette loi, en effet, sont connus : il s'agit de mettre les créateurs d'entreprise à l'abri des aléas inhérents à la vie économique [17]. Par ailleurs, les juges, supposés ne pas distinguer là où la loi ne distingue pas [18], ont pu, par le passé, faire profiter les cautions averties de mesures de protection qui pouvaient paraître, dans l'esprit, réservées à la caution profane [19]. Quoi qu'il en soit, s'agissant du cautionnement authentique, au moins la solution ne fait pas de doute : ce cautionnement n'est pas concerné par les exigences de mention posées par l'article L. 341-2 nouveau du Code de la consommation. Cette certitude et l'engouement qui pourrait en résulter pour le cautionnement authentique donnent un intérêt particulier aux décisions qui le concernent. L'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation est de ceux là, qui rappelle ce que sont les rigoureuses exigences de la loi pour la perfection d'un acte authentique.

Une société civile professionnelle avait acquis un fonds de commerce. L'acte notarié dressé pour l'occasion constatait, outre l'acquisition elle-même, le prêt consenti à l'acquéreur pour le financement de son achat ainsi que les engagements de caution pris par cinq personnes en garantie du remboursement du prêt. Deux des cinq cautions, cependant, devaient ne pas signer cet acte. Découvrant cela, après la mise en liquidation judiciaire de la société civile professionnelle débitrice, la banque qui avait consenti le prêt assigna le notaire en responsabilité. La Cour d'appel de Paris refusa cependant de retenir cette responsabilité. Selon elle, « *le seul défaut de signature de* (telle caution) *et, éventuellement, de* (telle autre caution) *absente à l'instance, n'avait pas d'autre conséquence que leur absence d'engagement en tant que caution, de sorte que les cautionnements des personnes qui s'étaient engagées par leurs signatures, sous réserve des moyens que toutes ces parties et garantes pourraient faire valoir dans le cadre d'un autre litige, étaient valables, de même que le contrat de vente et celui de*

14 Sur cette loi, V. notamment P. Crocq, obs. préc. à la RTD civ. 2004, p. 121 ; V. Avena-Robardet, D. 2003, chron., p. 2083 ; D. Legeais, art. préc., JCP E 2003, 1433 ; D. Houtcieff, art. préc., JCP 2003, I, 161.

15 Le texte prévoit que « *toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention suivante, et uniquement de celle-ci : " En me portant caution de X…, dans la limite de la somme de… couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour la durée de…, je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X… n'y satisfait pas lui-même "* ».

16 Même dans l'hypothèse où l'on aura recours à la forme authentique, il est douteux en vérité que l'on puisse encore faire souscrire des cautionnements de montant indéterminé aux personnes physiques engagées envers un créancier professionnel. Outre l'article L. 341-2 nouveau dont il vient d'être question, le Code de la consommation contient en effet dorénavant un article L. 341-4. Ce texte, nouveau lui aussi, étend à tous les cautionnements souscrits par une personne physique (envers un créancier professionnel) la règle (posée à l'origine par l'article L. 313-10 du Code de la consommation mais au bénéfice des seules cautions personnes physiques d'un crédit à la consommation) selon laquelle le créancier ne peut se prévaloir d'un cautionnement manifestement disproportionné, c'est-à-dire sans rapport avec les facultés de remboursement de la caution. Et ce texte nouveau ne faisant aucune distinction entre cautionnement sous seing privé et cautionnement souscrit par acte authentique, il faut considérer ce dernier comme concerné par cette exigence aujourd'hui très générale de proportionnalité. Or, ainsi qu'un auteur l'a fait observer (V. D. Legeais, art. préc.), « *une proportion ne peut être calculée que si le montant exact de l'engagement de la caution est connu au moment où elle s'engage* ».

17 V. A. Prüm, RD Bancaire et financier, septembre-octobre 2003, p. 269.

18 V. H. Roland et L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, 4e éd., 1999, p. 920 (*Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*).

19 Il faut penser ici à l'obligation d'information annuelle prévue par l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier et dont la Cour de cassation a dit qu'elle était due aussi aux cautions dirigeantes (en ce sens, V. Cass. com., 25 mai 1993, D. 1994, p. 177 (1re esp.), note J. Ngafaounain ; JCP 1993, II, 22147, note H. Croze, et I, 3717, n° 5, obs. Ph. Simler ; Cass. 1re civ., 12 mars 2002, D. 2002, AJ, p. 1199, obs. A. Lienhard).

Roncho 6/12/04 12:08 Page 51

prêt ». Cette décision pouvait sans doute se recommander d'une certaine logique. Elle paraissait cependant peu compatible avec les termes du décret n° 71-941 du 26 novembre 1971 relatif aux actes établis par les notaires, qui pose, en son article 11, que « *les actes* (authentiques) *sont signés par les parties, les témoins et le notaire* » et, en son article 23, que « *tout acte fait en contravention aux dispositions contenues… aux premier et dernier alinéas de l'article 11 du présent décret… est nul* ». La cassation a donc été demandée… et obtenue : « *Attendu*, écrit la première chambre civile de la Cour de cassation, *que l'acte authentique qui n'a pas été signé par toutes les parties contractantes encourt la nullité, ce qui est de nature à fonder la responsabilité du notaire, la cour d'appel a violé le texte susvisé* » (l'article 1382 du Code civil, faut-il comprendre, mais l'article 23 du décret du 26 novembre 1971 est lui aussi formellement visé en tout début d'arrêt).

De prime abord, l'arrêt peut sembler donner une nouvelle raison de fustiger la loi Dutreil : celle-ci, en rendant nécessaire la rédaction d'un acte authentique chaque fois que les engagements devront être indéterminés, exposerait donc le créancier à perdre le bénéfice de l'ensemble des cautionnements prévus, pour peu que l'une des cautions n'ait finalement voulu ou pu signer ce qu'il était convenu qu'elle signe. Mais en vérité il n'est pas certain que la solution aurait été forcément différente si le document sur lequel étaient portés les cautionnements avait été un simple acte sous seing privé. On peut penser, en effet, que la solution consistant à libérer l'ensemble des cautions était moins dictée ici par des raisons de forme que par des raisons de fond.

On sait bien sûr qu'en dépit de la valeur que le législateur accorde à la signature du notaire, témoin de la volonté des parties [20], il convient que ces dernières signent elles-mêmes l'acte authentique qui relate leur engagement (« *Ainsi l'existence et le contenu de leur manifestation de volonté échapperont à toute discussion* » [21]). Tant que manque la signature d'une des parties, l'acte doit être considéré comme imparfait [22]. Et si cette signature n'est jamais apposée, l'acte peut être annulé [23].

Dans l'hypothèse où l'acte authentique auquel manque la signature d'une partie relate plusieurs conventions, cependant, on peut admettre que le défaut de signature d'une seule partie ne rend pas toute l'opération irrégulière : sauf indivisibilité, la partie de l'opération n'intéressant que les personnes ayant signé doit produire ses effets [24].

En l'espèce, on se trouvait précisément dans cette hypothèse où l'acte auquel manque la signature d'une partie relate plusieurs conventions. La question que l'on doit se poser est donc de savoir si elles étaient susceptibles de division, ce dont on peut fortement douter.

Une fonction de la signature est de traduire l'approbation définitive de l'obligé à son engagement. Or cette approbation peut n'avoir été entraînée que par le constat que l'acte que l'on s'apprête à ratifier fait état d'autres engagements que le sien, consentis par d'autres qui s'apprêtent eux aussi normalement à signer. Précisément, on sait que les cautions ne sont pas rares qui invoquent une nullité de leur engagement pour erreur dans ces hypothèses où elles se trouvent seules obligées alors qu'elles avaient cru à l'existence d'autres engagements de garantie. Une telle erreur, même lorsqu'elle est établie, n'entraîne certes pas forcément l'annulation. Elle porte en effet sur un motif et non sur la substance de l'engagement, de sorte qu'elle n'est considérée comme devant avoir une incidence que dans le cas où la présence d'autres garants a été érigée en condition [25]. Mais cette exigence pouvait sans doute être considérée comme satisfaite dans l'affaire qui nous intéresse. L'acte qui fait ressortir que celui qui s'apprête à signer ne sera qu'un parmi d'autres n'érige-t-il pas la participation de tous en une condition au moins implicite de l'engagement de chacun ? Le fait que la Cour de cassation censure ici la cour d'appel, qui avait jugé que le défaut de signature de certaines cautions n'avait d'autre conséquence que leur absence d'engagement, peut être regardé comme constituant une réponse positive à cette question [26] : si l'acte non signé par toutes les parties encourait ici l'annulation, alors qu'il constatait plusieurs conventions, c'est qu'il formait un tout indivisible. Et cet acte aurait-il été conclu sous seing privé qu'il n'en serait pas allé autrement. L'acte n'aurait certes pas été en ce cas exposé à une *annulation*. Il n'en aurait pas été moins menacé de s'effondrer tout entier, faute pour les conditions fixées par les cautions d'avoir été respectées [27].

S'il fallait, en conclusion, tirer de ces considérations une leçon, elle serait que tant que l'on n'est pas absolument certain de pouvoir recueillir la signature de tous, le mieux est de choisir de dresser pour chacun un acte de cautionnement distinct.

F. J.

20 V. J.-Cl. civil, Art. 1317 à 1320, *Preuve littérale, Acte authentique*, par I. Petel-Teyssié, n° 51.

21 I. Petel-Teyssié, J.-Cl. préc.

22 L'hypothèse de l'acte authentique imparfait, au moins momentanément, n'est pas rare puisque les parties ne sont pas tenues de signer simultanément, sauf dans certains cas exceptionnels prévus par la loi (contrat de mariage). V. M. Dagot, note sous Cass. 1re civ., 28 novembre 1972, JCP 1973, II, 17641.

23 Pourra ainsi être annulée la donation d'un bien commun par deux personnes mariées sous le régime de la communauté légale chaque fois que l'acte authentique de donation n'aura été signé que par l'un des époux. V. Cass. 1re civ., 28 novembre 1972 et la note M. Dagot, préc.

24 M. Dagot, note préc.

25 V. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3e éd., 2000, n° 142, et la jurisprudence citée.

26 Au demeurant, la Cour de cassation a récemment admis, déjà, qu'une caution puisse faire de la solvabilité du débiteur principal « *la condition tacite de sa garantie* » (V. Cass. com., 1er octobre 2002, Banque & Droit janvier-février 2003, p. 49, obs. N. Rontchevsky).

27 Sur la sanction des conditions qui peuvent ainsi être introduites dans le cautionnement, V. par exemple D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 4e éd., LGDJ, 2004, n° 100.

II Sûretés réelles

Hypothèque conventionnelle. Vente de l'immeuble. Versement par le notaire du prix de vente au vendeur. Droit de suite du créancier hypothécaire. Absence de préjudice certain du créancier hypothécaire. Responsabilité civile du notaire (non).

Cass. 1re civ., 28 septembre 2004, n° 1274 FS-P, X c/Rieul-Lebreton.

Viole les articles 1382 et 2166 du Code civil la cour d'appel qui, après avoir constaté qu'un créancier hypothécaire disposait du droit de suite sur le lot vendu, a fait droit à l'action en responsabilité dirigée contre le notaire qui avait versé le montant du prix entre les mains du vendeur, en considérant que l'exercice du droit de suite ne présentait qu'un caractère théorique dans la mesure où il n'aboutirait qu'à créer de nouvelles victimes, alors que le créancier hypothécaire, qui pouvait obtenir la reconnaissance de sa créance en exerçant son droit de suite contre l'acquéreur de l'immeuble, ne justifiait pas d'un préjudice certain.

La force du droit de suite donné au créancier hypothécaire par l'article 2166 du Code civil [28] a été récemment soulignée dans ces colonnes [29]. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 28 septembre 2004 [30] en tire les conséquences dans le cadre d'une action en responsabilité civile engagée par un créancier hypothécaire contre un notaire.

En l'espèce, une banque a consenti à une société un prêt garanti par une hypothèque inscrite sur un bien immobilier. Après que ce bien ait fait l'objet d'une division en deux lots, le second a été vendu par la société par acte notarié du 15 octobre 1996 et le notaire a versé le prix de la vente entre les mains du vendeur en dépit de l'inscription d'hypothèque. Une personne subrogée dans les droits de la banque a assigné le notaire en responsabilité civile pour l'entendre condamner à lui payer la somme correspondant au prix de vente du bien. La Cour d'appel de Saint-Denis-de-la-Réunion a fait droit à cette demande en considérant que l'exercice par le créancier hypothécaire de son droit de suite ne présentait « *qu'un caractère théorique dans la mesure où il n'aboutirait qu'à créer de nouvelles victimes* ». Sur le pourvoi du notaire, la première chambre civile censure cette curieuse motivation au visa des articles 1382 et 2166 du Code civil : « *En se déterminant par de tels motifs, alors que le créancier, qui pouvait obtenir la reconnaissance de sa créance en exerçant son droit de suite contre l'acquéreur de l'immeuble, ne justifiait pas d'un préjudice certain, la cour d'appel a violé les textes susvisés* ».

Cette motivation appelle deux séries d'observations concernant le droit de suite du créancier hypothécaire et la responsabilité professionnelle du notaire.

En premier lieu, le droit de suite permet au créancier hypothécaire de saisir l'immeuble grevé en cas d'aliénation de celui-ci et de le faire vendre pour exercer son droit de préférence sur le prix. Autrement dit, le droit de suite a pour fonction de maintenir le droit de préférence dont il est le complément. Le droit de suite est opposable à tout acquéreur, indépendamment de sa bonne ou mauvaise foi [31]. La procédure de purge prévue par les articles 2118 et suivants du Code civil permet certes de concilier la protection des différents intérêts en présence, et en particulier ceux de l'acquéreur, mais elle est lourde [32]. Aussi la pratique notariale a-t-elle mis au point certaines techniques contractuelles, dont la purge amiable consistant à bloquer le prix de vente tant que la situation hypothécaire n'est pas apurée [33]. Ce système pourrait au demeurant être introduit prochainement dans l'avant-projet de réforme du Code civil en matière de droit des sûretés [34]. Quoi qu'il en soit, à défaut de mise en œuvre de la purge, légale ou amiable, ou d'un autre correctif, le droit de suite constitue une prérogative particulièrement efficace pour le créancier hypothécaire et une grave menace pour le tiers acquéreur de l'immeuble. Mais le créancier hypothécaire n'a aucun droit sur le prix de la vente amiable de l'immeuble et il ne peut exercer sont droit de préférence que par la mise en œuvre du droit de suite [35]. Ce constat n'est pas sans incidence sur la mise en jeu de la responsabilité civile du notaire qui a libéré tout ou partie du prix de vente entre les mains du vendeur en dépit d'une inscription d'hypothèque conventionnelle.

En deuxième lieu, la première chambre civile réaffirme dans l'arrêt commenté que la responsabilité civile professionnelle d'un notaire (ou d'un autre professionnel du droit) ne peut être engagée tant que le demandeur ne justifie pas d'un *préjudice certain*. La Haute juridiction a en effet déjà jugé à plusieurs reprises qu'un notaire ne pouvait pas être condamné à indemniser un

28 Rappelons que ce texte dispose : « *Les créanciers ayant privilège ou hypothèque inscrits sur un immeuble, le suivent en quelques mains qu'il passe, pour être colloqués et payés suivant l'ordre de leurs créances ou inscriptions* » ; pour une analyse approfondie du droit de suite, V. notamment Rép. civ. Dalloz, V° Hypothèque par A. Fournier et D. Brach-Thiel, n° 115 et s.

29 Cass. com., 10 mars 2004, Bull. civ. IV, n° 47 ; Banque & Droit mai-juin 2004, p. 45, obs. F. J., jugeant que le créancier dont la créance est garantie par une caution hypothécaire, peut exercer son droit de suite et de préférence sur l'immeuble hypothéqué et être colloqué à titre privilégié lorsque l'immeuble a été vendu à son débiteur mis ultérieurement en liquidation judiciaire, même si la créance a été déclarée à titre chirographaire ; adde sur l'exercice du droit de suite dans les procédures collectives, M. Sénéchal, *La réalisation des droits du créancier hypothécaire dans les procédures de liquidation judiciaire*, D. 2004, Chron., p. 2845.

30 Rev. Lamy Droit civil novembre 2004, n° 416, obs. A. Decoux.

31 V. Cass. 3e civ., 6 novembre 2002, Bull. civ. III, n° 219.

32 V. notamment L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière,* Defrénois, 2003, n° 689, soulignant qu'en pratique, « *la purge a plus une valeur prophylactique qu'effective* » ; adde M. Cabrillac et Ch. Mouly, op. cit., n° 853.

33 Sur les correctifs de la pratique notariale, V. notamment L. Aynès et P. Crocq, op. cit., n° 690 et s. ; Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4e éd., 2004, n° 522-524 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 4e éd., 2004, n° 549-551.

34 La Chancellerie a confié à un groupe de travail, présidé par M. Michel Grimaldi, la tâche d'élaborer d'ici à la fin de cette année un avant-projet de réforme du Code civil en matière de droit des sûretés. Dans ce cadre, diverses mesures sont envisagées pour améliorer le régime de l'hypothèque (V. notamment Droit des sûretés : où en est la réforme ?, Bilan d'étape avec L. Aynès, membre du groupe d'experts, Droit & Patrimoine octobre 2004, p. 6, spéc. p. 10).

35 V. notamment Cass. 3e civ., 27 janvier 1999, Bull. civ. III, n° 26 ; D. 1999, SC, p. 303, obs. S. Piedelièvre ; adde L. Aynès et P. Crocq, op. cit., n° 685.

créancier du seul fait que celui-ci avait été placé, par l'officier ministériel, dans une situation désavantageuse, l'obligeant à exercer une action pour obtenir son paiement [36]. Le préjudice du créancier est incertain tant qu'il n'a pas épuisé toutes les garanties et voies de droit dont il dispose, sauf à démontrer que celles-ci sont vouées à l'échec et que la créance est d'ores et déjà définitivement perdue [37]. Il n'en va autrement que si la faute du notaire a créé une situation dommageable indépendamment de toute créance antérieure [38]. Tel n'était pas le cas en l'espèce puisque le créancier hypothécaire ne disposait d'aucun droit sur le prix de la vente amiable et pouvait exercer son droit de suite à l'encontre du tiers acquéreur.

La solution mérite d'être approuvée car elle coupe court à des actions en responsabilité civile prématurées et doit inciter les créanciers à ne pas négliger l'exercice des garanties et voies de droit dont ils disposent contre leurs débiteurs, avant de pouvoir se retourner, le cas échéant, contre un notaire ou un autre professionnel. ■

N. R.

36 V. notamment Cass. 1re civ., 19 décembre 2000, Bull. civ. I, n° 328 ; RTD civ. 2001, p. 370, obs. P. Jourdain ; Defrénois 2001, p. 258, obs. J.-L. Aubert ; Cass. 1re civ., 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 277 ; Banque & Droit janvier-février 2001, p. 43, obs. N. R.

37 Pour une illustration, V. Cass. 1re civ., 4 mai 1999, Bull. civ. I, n° 146, jugeant qu'une cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision rejetant l'action en responsabilité civile contre un notaire en raison de l'absence d'un préjudice actuel et certain sans rechercher, comme il lui était demandé, si l'exercice de voies de recours n'aurait pas été de toute façon inutile compte tenu de l'absence totale de ressources des débiteurs.

38 Pour des illustrations, V. Cass. 1re civ, 2 octobre 2002, Bull. civ. I, n° 226 ; RTD civ., 2003, p. 98, obs. P. Jourdain, concernant la responsabilité civile d'un notaire ; Cass. 1re civ., 7 mai 2002, Bull. civ. I, n° 212, concernant la responsabilité civile d'un avocat séquestre de fonds litigieux.

Vient de paraître

DROIT BANCAIRE INTERNATIONAL

3e édition

Jean-Pierre Mattout

REVUE BANQUE ÉDITION

L'activité bancaire est naturellement internationale. Ses multiples instruments juridiques sont laissés dans une large mesure à l'autonomie de la volonté des parties. Lorsqu'elle utilise les concepts et les instruments du droit interne, l'empreinte du droit international et des pratiques étrangères est profonde. Elle a développé de nombreuses opérations particulières tant au service du financement des exportations que de la réalisation d'opérations d'investissement et de gestion des risques. Avec l'incursion croissante de la finance dans l'activité économique, le droit bancaire international intègre de plus en plus les instruments dérivés, outils puissants de gestion des risques de change, de taux ou, plus récemment, de crédit. La troisième édition de *Droit bancaire international*, amplement revue et augmentée, regroupe, dans le seul ouvrage d'ensemble paru en langue française, les principales questions juridiques rencontrées dans les opérations de crédit bancaire international. Elle s'adresse tant au praticien des opérations qu'au juriste de banque ou d'entreprise. Elle est aussi destinée à l'étudiant et au chercheur en droit et en finance. Des développements clairs et concis et un appareil approfondi de références bibliographiques permettent une lecture à plusieurs niveaux. La première édition de *Droit bancaire international* a été honorée du prix Droit et Commerce.

512 pages • 69 €
N° ISBN : 2.86325.392.1

BON DE COMMANDE

Société .....
Nom ..... Prénom .....
Fonction ..... Service .....
Adresse .....
Code postal ..... Ville .....
Pays .....
Code TVA (pour les pays de la CEE) .....
Téléphone ..... Télécopie .....
E-mail .....

JE COMMANDE ..... exemplaire (s) de **Droit bancaire international** de J.-P. Mattout
au tarif unitaire de 69 euros (+ frais de port : 5 euros)

JE JOINS À MA COMMANDE MON REGLEMENT pour un total de ..... euros

Règlement à l'ordre de la Revue Banque
☐ par chèque
☐ par carte bancaire n°.....
(sauf American Express et Diners Club)
Date limite de validité.....

Le règlement sur l'étranger est à joindre impérativement à la commande et doit être effectué en euros, par chèque payable en France, net de frais.
Pour les virements bancaires et CCP, nous consulter.
Signature