

# 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)**

## Sûretés personnelles

### Cautionnement – Dol du créancier – Nullité relative du contrat principal – Exception purement personnelle au débiteur

*Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, n° 254 F+B+I+R, Velluz c./ Magrino*

La caution, qui n'est pas partie au contrat principal, n'est pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constitue une exception purement personnelle.

La Cour de cassation a rendu en chambre mixte le 8 juin 2007<sup>1</sup>, sur la question de savoir si la caution peut ou non se prévaloir du dol dont a été victime le débiteur principal, l'un de ces arrêts que l'on se sent obligé de relire en se demandant si, la première fois, on a bien compris ce qui y est écrit. En l'occurrence il s'agit de ceci : *“attendu que la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal [...] la cour d'appel [...] a retenu exactement que (la caution) qui n'avait pas été partie au contrat (principal) n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle”*. La formule est générale, et elle surprend.

La surprise, au demeurant, vient d'abord de ce qu'une chambre mixte ait pu être saisie de la question. Pour l'expliquer, l'avocat général, qui prend acte de ce que la troi-

sième chambre civile de la Cour de cassation a encore récemment proclamé que *“la caution qui demande à être déchargée de son engagement peut faire constater la nullité du contrat principal pour dol dès lors qu'elle peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette”*<sup>2</sup>, sollicite certes un certain nombre d'arrêts de la première chambre civile et de la chambre commerciale de la même cour pour montrer qu'il y aurait sur ce point une divergence de jurisprudence. L'avocat général, cependant, ne convainc pas. Les arrêts qu'il invoque ne révèlent absolument pas cette divergence. L'un de ceux auxquels il renvoie<sup>3</sup> concerne ainsi l'hypothèse dans laquelle le dol avait été le fait non du créancier mais d'un de ses partenaires, un tiers donc. L'annulation demandée par la caution y est donc logiquement refusée. Cependant, elle l'est non parce que la nullité pour dol serait une exception personnelle au débiteur principal (au demeurant, c'est l'annulation du cautionnement lui-même qui était demandée en l'espèce !) mais uniquement parce qu'aux termes de l'article 1116 du Code civil le dol ne peut être pris en compte que s'il émane de l'autre partie au contrat en cause<sup>4</sup>. Dans un deuxième arrêt évoqué par l'avocat général<sup>5</sup>, l'exception de nullité du contrat principal opposée par la caution est écartée pour la raison que l'on perdrait le droit d'opposer une telle exception lorsque le contrat nul a été exécuté (solution d'ailleurs critiquable<sup>6</sup> et aujourd'hui contestée<sup>7</sup>). Là encore, l'idée que le dol du créancier serait une exception personnelle au débiteur principal était étrangère à la solution. Quant aux autres arrêts dont l'avocat général se recommande (toute une série à laquelle il est renvoyé en bloc), ils formulent la solution selon laquelle le cautionnement d'un prêt nul doit être maintenu pour la garantie de l'obligation de restitution des sommes prêtées. Or cette solution, bien connue, et

1. V. JCP 2007, Actu. 274, obs. J. Casey ; D. 2007, p. 1782, obs. V. Avena-Robardet ; Rev. Lamy droit civil juillet-août 2007, n° 2606, obs. G. Marraud des Grottes.

2. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 11 mai 2005, Bull. civ. III, n° 101 ; RTDciv. 2005, p. 590, obs. J. Mestre et B. Fages.

3. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 20 mars 1989, Bull. civ. I, n° 127.

4. La Cour de cassation souligne dans son arrêt qu'il n'a été relevé aucune collusion frauduleuse entre le créancier bénéficiaire du caution-

nement et le tiers auteur du dol.

5. Cass. com., 18 mars 2003 (pourvoi n° 01-03.318).

6. V. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3<sup>e</sup> éd., 2000, n° 230, note 444-1.

7. V. ainsi, en sens contraire, Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 nov. 2006, Rev. droit bancaire et fin. janvier-février 2007, p. 16, obs. D. Legeais ; Banque & Droit janvier-février 2007, p. 45, obs. N. R.

sans doute contestable<sup>8</sup>, est sans aucun rapport avec la distinction entre les exceptions opposables car inhérentes à la dette principale et les exceptions inopposables car personnelles au débiteur principal : c'est l'idée que l'annulation d'un prêt laisse subsister une obligation valable à la charge du débiteur principal (l'obligation de restituer les sommes prêtées en exécution du prêt annulé) qui, techniquement, la justifie. Ces arrêts aussi étaient donc à côté du sujet.

Les hésitations dont fait état le conseiller rapporteur sont en revanche mieux fondées, qui, sans pouvoir les étayer sur des arrêts plus pertinents, certes, s'empare tout de même clairement de la question à résoudre, qui est celle de savoir si la caution peut réellement reprendre à son compte tous les moyens de défense du débiteur principal, y compris ceux dont la mise en œuvre repose sur une appréciation très personnelle de la situation et auxquels il pourrait vouloir renoncer. Car la question en effet est là, même si l'on pouvait la supposer réglée, au prix du moins de certains accommodements avec les textes.

Les textes, on le sait, proposent de faire une distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et d'autres qui seraient personnelles au débiteur et ne pourraient bénéficier à la caution (art. 2012 et 2036 C. civ. anciens devenus art. 2289 et 2313). Une règle traditionnelle, pourtant, déjà admise dans l'ancien droit, approuvée par la doctrine, et que l'on pouvait penser être aussi celle de la jurisprudence – contrairement à ce que l'avocat général tente ici de donner à croire –, veut que la caution puisse se prévaloir de tous les moyens de défense appartenant au débiteur, sauf intervention législative spéciale (concernant l'hypothèse de la faillite du débiteur, par exemple). La contradiction est évidente. On s'en arrange pourtant assez bien, habituellement, en faisant valoir que la rédaction des articles 2289 et 2313 dont résulte la distinction entre les exceptions inhérentes à la dette et celles qui seraient personnelles au débiteur est malencontreuse s'agissant du cautionnement, ne correspondant pas à ce qu'a réellement voulu le législateur pour cet engagement, ainsi que le montrent les travaux préparatoires à la rédaction du Code civil, il est vrai, qui révèlent clairement l'intention de conserver sans changement la solution traditionnelle<sup>9</sup>.

La règle traditionnelle, au demeurant, se défend très bien. Refuser à la caution le bénéfice des exceptions "personnelles" au débiteur paraît en effet gravement contraire à la logique du cautionnement, qui est une logique de pure substitution, d'un débiteur accessoire et subsidiaire à un débiteur principal. Ce que l'on est en droit d'attendre de la caution, en vertu de cette logique, est qu'elle prenne la place du débiteur principal, dans le cas où celui-ci serait insolvable, et pour éviter au créancier d'avoir à supporter cette insolvabilité, rien de moins, mais rien de plus. En d'autres termes, si la caution doit répondre de la dette, c'est dans les mêmes conditions que le débiteur principal, et sans que le créancier puisse obtenir d'elle un paiement qu'il ne pourrait exiger du débiteur.

A cela, on peut ajouter que le critère de distinction entre les exceptions qui seraient personnelles au débiteur et celles qui seraient inhérentes à la dette est des plus fuyants, si même il existe. Le dol du créancier, par exemple, apparaît comme un moyen de défense personnel au débiteur si l'on a égard au fait que le dol affecte "*ce que chacun a de plus personnel, sa liberté de décision*"<sup>10</sup>. Mais on peut aussi défendre l'idée contraire. Ainsi certains estiment-ils que les vices du consentement ne pouvant être séparés du consentement lui-même (condition de validité des conventions aux termes de l'article 1108 du Code civil), ils sont forcément inhérents à la dette<sup>11</sup>. La solution traditionnelle, en refusant la distinction (une distinction dans laquelle tout le monde s'accorde à voir le type même de l'explication a posteriori<sup>12</sup>), a le mérite de tarir ce qui pourrait bien être, on le voit, une perpétuelle source de discussions et d'incertitudes.

Une difficulté cependant existe, liée au fait que la solution traditionnelle entre effectivement sans doute en contradiction avec le droit de confirmation qui peut appartenir au débiteur en présence de certaines causes de nullité de son obligation. La lecture des écrits du conseiller rapporteur et de l'avocat général, et aussi de l'arrêt lui-même (dont l'attendu de principe termine par une proposition selon laquelle la caution n'était pas recevable à invoquer "*la nullité relative tirée du dol*"), donne à penser que l'existence de ce conflit latent peut expliquer en partie ce choix que fait la chambre mixte de poser en règle que les exceptions "personnelles" au débiteur ne peuvent être invoquées par la caution. Mais ce choix est malheureux, qui dénature le cautionnement, alors qu'une distinction est possible et doit être faite entre le cas où le débiteur a confirmé et celui où il ne l'a pas fait.

Dans le premier cas, il est raisonnable de considérer que cette confirmation s'impose à la caution, que cette confirmation intervenue la caution ne peut plus se prévaloir du vice qui entachait l'engagement principal et qui est censé ne pas avoir existé<sup>13</sup>. Dans le second cas, en revanche, rien ne doit lui interdire de dénoncer elle-même la nullité du contrat, notamment pour dol. D'abord, il faut admettre que le débiteur a des devoirs envers la caution. Il en a eu besoin. Celle-ci, s'engageant à ses côtés, lui aura permis de bénéficier de l'avantage dont l'octroi était subordonné à la constitution d'une garantie. Dans ces conditions, il n'est pas forcément acceptable que la volonté unilatérale et éventuelle du débiteur de rester dans une relation fondée sur une tromperie doive toujours et nécessairement l'emporter sur celle de la caution d'y mettre fin. Sans elle, après tout, rien n'aurait été possible. Ensuite et surtout, il faut relever qu'il y a toujours de l'*intuitus personae* dans l'opération de cautionnement, et que si la caution a accepté de payer une dette qui n'est pas la sienne, c'est en considération des qualités de son débiteur mais aussi, souvent, de la personne du créancier. Aussi bien, après qu'elle s'est engagée, pour la dette d'un autre mais

8. V. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 233-234.

9. V. par exemple L. Aynes et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2006, n° 126 et 139, J. François, *Droit civil*, t. VII, *Les sûretés personnelles*, Economica 2004, n° 33, ou encore Ph. Simler, *op. cit.*, n° 49 et 218.

10. Ces termes sont ceux de Mme Pinot, conseiller rapporteur, dont le rapport, tout comme l'avis de l'avocat général de Gouttes, peut être lu sur

le site de la Cour de cassation.

11. V. H., L., J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil, Sûretés et publicité foncière*, Montchrétien, par Y. Picod, 1999, 7<sup>e</sup> éd., p. 35, auxquels renvoie l'avocat général de Gouttes dans son avis.

12. Ainsi que Mme Pinot le concède.

13. En ce sens, v. notamment Ph. Simler, *op. cit.*, n° 231.

qu'elle a accepté en confiance de faire sienne, la dénonciation des éventuelles turpitudes de ce dernier cesse de n'être l'affaire que du seul débiteur : elle devient aussi celle de la caution. Au demeurant, puisque la caution a voulu ce que le débiteur voulait, on peut considérer que, de fait, son consentement a été surpris en même temps que l'était celui du débiteur<sup>14</sup>.

En l'espèce, la contamination du consentement de la caution par le dol du créancier envers le débiteur était d'ailleurs particulièrement évidente. La dette cautionnée était le solde du prix d'une vente d'un fonds de commerce intervenue après que le vendeur avait caché des informations révélant la mauvaise santé financière du fonds cédé. "Le garant s'est engagé au vu d'un risque, écrit un auteur<sup>15</sup>, qu'il a mesuré notamment en fonction d'un paramètre, la valorisation du fonds de commerce. Or cette valorisation est faussée en raison de la dissimulation d'informations par le vendeur sur la santé financière de ce fonds". Ce dol a donc provoqué "une erreur d'appréciation de la caution"<sup>16</sup>. Mais les juges n'ont pas voulu le voir, établissant un cloisonnement artificiellement étanche entre l'engagement du débiteur, d'une part, et celui de la caution, d'autre part, pour refuser tout droit de se plaindre à cette caution prétendument privée du bénéfice des exceptions personnelles au débiteur. On peut être d'autant plus choqué par le résultat auquel on est mené que l'acheteur du fonds était ici une société qui avait été représentée pour cette acquisition par un gérant qui était aussi par ailleurs la caution. Si l'on veut bien faire abstraction de la fiction de la personnalité (morale) de l'acquéreur du fonds, il apparaît ainsi que l'acquéreur-débiteur et la caution étaient en fait une seule et même personne<sup>17</sup>.

Au-delà, on regrettera bien sûr que soit gommé par une chambre mixte dont la saisine est si mal fondée une grande partie de la différence de régime entre l'engagement de la caution et celui d'un codébiteur solidaire. En application de l'article 1208, alinéa 2 du Code civil, le débiteur solidaire se voit refuser la possibilité de se prévaloir des exceptions personnelles à ses codébiteurs. Parce que la Cour de cassation le veut, la caution voit désormais ses droits concernés par une limite similaire. On ne peut que trouver cela curieux, si l'on veut bien considérer que l'engagement du débiteur solidaire est un engagement principal tandis que celui de la caution est supposé être accessoire, et ce n'est certainement pas un enrichissement pour le droit des sûretés. On ne verra bientôt plus qu'une seule tête.

F. J.

14. La plupart des auteurs considèrent que la caution n'est pas un véritable tiers. En ce sens, v. par exemple D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 5<sup>e</sup> éd., 2006, n° 140.

15. G. Marraud des Grottes, obs. préc.

16. G. Marraud des Grottes, obs. préc.

17. Faisant ce constat, l'avocat général de Gouttes a d'ailleurs suggéré à la chambre mixte une solution moins radicale que celle qui est retenue, une solution consistant à reconnaître à la caution "le droit d'invoquer contre le créancier la nullité du contrat principal pour dol lorsqu'il résulte des circonstances l'existence de liens personnels étroits entre le débiteur principal et la caution, dont on peut déduire que l'un et l'autre ont été ensemble les victimes des manœuvres dolosives, tel le cas où le débiteur principal est une société et la caution son gérant".

18. Sur les justifications de la péremption des inscriptions, V. notam-

## Sûretés réelles

### Hypothèque – Péremption de l'inscription – Maintien du droit hypothécaire – Nouvelle inscription sans accord du débiteur (oui)

Cass. 3<sup>e</sup> civ., 25 avril 2007, n° 382 FS-P+B, Maître X ès qualités c/ Compagnie financière de Paris.

Ayant exactement retenu que la péremption de l'inscription, laissant subsister le droit hypothécaire, permettait à son titulaire de procéder à une nouvelle inscription produisant effet à partir de sa date et que cette nouvelle inscription n'était pas soumise à l'accord du débiteur qui avait consenti l'hypothèque pour garantir le règlement de sa dette, la cour d'appel en a déduit, à bon droit, que le créancier devait être admis à titre privilégié au passif de la société débitrice.

Les inscriptions d'hypothèque ne produisent leurs effets que pendant un certain délai (cf. art. 2434 à 2436 C. civil, anc. art. 2154 à 2154-2 C. civil) au terme duquel elles sont périmées si elles n'ont pas été renouvelées antérieurement<sup>18</sup>. Le notaire n'ayant pas mandat tacite de renouveler une inscription<sup>19</sup>, les praticiens savent qu'il n'est pas rare que la péremption soit encourue. Elle peut être lourde de conséquences pour le créancier hypothécaire car elle rend sa sûreté inopposable aux tiers. Mais elle n'affecte pas le droit hypothécaire lui-même et n'interdit pas de procéder à une nouvelle inscription, comme le rappelle opportunément un arrêt rendu par la troisième chambre civile de la Cour de cassation le 25 avril 2007<sup>20</sup>.

En l'espèce, en garantie d'un prêt consenti à une société, une banque a inscrit le 12 janvier 1990 une hypothèque conventionnelle qui a été atteinte par la péremption le 6 octobre 1992. Une société venant aux droits de la banque a fait procéder à une nouvelle inscription le 7 mai 1993, avant que la société débitrice ne fasse l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire. La cour d'appel d'Aix-en-Provence a admis à titre privilégié la créance de la société venant aux droits de la banque. Le pourvoi en cassation formé contre cette décision par le liquidateur de la société débitrice faisait valoir que l'accord donné au créancier pour inscrire et renouveler une hypothèque ne s'étendait pas à la réinscription d'une hypothèque qui n'avait pas été renouvelée dans le délai requis et dont l'inscription avait cessé de produire effet, de sorte que la cour d'appel avait violé les articles 1134 et 2154-2 (ancien) du Code civil.

ment Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2004, n° 550 ; L. Aynès et P. Crocq, *Les sûretés, La publicité foncière*, Defrénois, 2<sup>e</sup> éd., 2006, n° 674.

19. V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 25 juin 1984, Bull. civ. I, n° 209. Le notaire qui a dressé un acte constitutif d'hypothèque et qui a requis l'inscription hypothécaire en exécution de celui-ci n'est pas tenu de procéder lui-même au renouvellement de cette inscription, à moins qu'il n'ait reçu à cet effet un mandat spécial exprès ou tacite ou qu'il ne soit tenu envers son client d'un mandat général l'obligeant à une telle diligence (V. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 mai 1999, Bull. civ. I, n° 165 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 mars 2000, Bull. civ. I, n° 104, écartant en l'espèce l'existence d'un mandat tacite d'assurer le suivi de l'inscription hypothécaire).

20. Rev. Lamy Droit civil juin 2007, n° 2567, obs. G. Marraud des Grottes.

Mais ce moyen est rejeté par la troisième chambre civile qui approuve pleinement la solution retenue par les juges du fond : *“Ayant exactement retenu que la péremption de l’inscription laissant subsister le droit hypothécaire, permettait à son titulaire de procéder à une nouvelle inscription produisant effet à partir de sa date et que cette nouvelle inscription n’était pas soumise à l’accord du débiteur qui avait consenti l’hypothèque pour garantir le règlement de sa dette, la cour d’appel en a déduit, à bon droit, que la compagnie financière de Paris devait être admise à titre privilégié au passif de la société Groupe Jean-Jacques Cappa”*.

La Haute juridiction avait déjà jugé que lorsque la péremption de l’inscription est encourue, elle laisse subsister le droit hypothécaire (ou le privilège)<sup>21</sup>. La péremption n’interdit donc pas, en principe, une nouvelle inscription qui ne produit effet qu’à sa date, en tant qu’inscription initiale. Autrement dit, l’*“effet normal”* du défaut de renouvellement est la perte du rang de l’hypothèque, ce qui équivaut au défaut d’inscription première, le créancier hypothécaire étant ainsi primé par toutes les inscriptions prises dans l’intervalle et qu’il primait auparavant<sup>22</sup>. Le seul apport de l’arrêt rapporté est de souligner qu’en cas de péremption de l’inscription primitive, la réinscription est possible sans un nouvel accord du débiteur, et ce, alors même que l’accord donné initialement au créancier pour inscrire et renouveler son hypothèque n’aurait pas visé aussi une réinscription. Il faut cependant rappeler que le défaut de renouvellement de l’inscription en temps utile peut avoir un *“effet accidentel”*<sup>23</sup> plus grave pour le créancier et lui faire perdre son hypothèque elle-même lorsqu’un événement arrêtant le cours des inscriptions est survenu depuis l’inscription atteinte par la péremption<sup>24</sup>. Mais tel n’était pas le cas en l’espèce et la péremption de l’inscription initiale n’a pas eu semble-t-il d’autre conséquence pour le créancier qu’une certaine frayeur. Certains créanciers ont de bons anges gardiens.

N. R.

## Etendue du devoir de conseil du notaire en matière de garanties

### Notaire – Devoir de conseil – Inscription du privilège du vendeur d’immeuble de deniers – Garantie d’une obligation de faire (non) – Authentification de la convention

21. V. Cass. 3<sup>e</sup> civ., 8 janvier 1974, Bull. civ. III, n° 4.

22. V. M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. XIII, *Sûretés réelles*, deuxième partie par E. Becqué, LGDJ, 1953, n° 833 ; adde L. Aynès et P. Crocq, op. cit., n° 674.

23. M. Planiol, G. Ripert et E. Becqué, op. cit., n° 834.

24. Cf. notamment art. L. 622-30 C. com. : *“Les hypothèques, nantissements et privilèges ne peuvent être inscrits postérieurement au jugement d’ouverture”* de la procédure collective du débiteur ; V. par exemple Cass. com., 23 février 1981, Bull. civ. IV, n° 97 ; Defrénois 1981, p. 758, obs. A. Honorat.

25. V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 2006, Bull. civ. I, n° 556, censurant l’arrêt d’une cour d’appel pour avoir exonéré un notaire de sa

## des parties – Devoir de vérification de la solvabilité d’une caution (non)

Cass. 1<sup>re</sup> civ., 13 mars 2007, n° 341 FS-P+B, *Syndicat des copropriétaires de l’ensemble immobilier “Plein Sud” c/ Me X*.

Il ne peut être reproché au notaire de ne pas avoir conseillé à un syndicat de copropriétaires de faire inscrire le privilège de vendeur d’immeuble, pareil privilège n’étant pas envisageable en la cause, dans la mesure où la cession du droit de construire avait été consentie à charge d’effectuer des travaux et non contre le versement d’une somme d’argent.

Si le notaire n’était pas intervenu comme conseil du syndicat, alors qu’il avait assisté à l’assemblée générale des copropriétaires de l’ensemble immobilier à l’occasion de laquelle l’acquéreur s’était engagé à produire une garantie émanant d’un établissement financier ou d’assurance notoirement solvable, ainsi qu’il l’avait préconisé, c’était pour immédiatement préciser qu’il n’avait pas joué le rôle d’intermédiaire entre le syndicat et la société financière, à propos de laquelle il n’est pas établi qu’il possédait des renseignements.

Si le notaire, disposant d’éléments révélant une insuffisance des garanties prévues par l’acte qu’il reçoit, doit en informer les parties, en revanche, il ne lui incombe pas, en l’absence de tels éléments, de procéder à des investigations à cet égard, notamment de s’assurer de la solvabilité d’une caution.

Le notaire joue souvent un rôle important dans la prise de garanties, même lorsque son intervention ne constitue pas une condition de validité de la sûreté comme en matière d’hypothèque conventionnelle (cf. art. 2416 C. civil). Le devoir de conseil, dont il est tenu à l’égard des parties à l’acte qu’il dresse, lui impose, en effet de les éclairer sur la portée et les risques de leurs engagements<sup>25</sup>. La responsabilité du notaire peut ainsi être engagée, par exemple, à l’égard d’un créancier hypothécaire pour ne pas l’avoir informé d’une insuffisance de gage dont il avait connaissance<sup>26</sup>, même s’il n’avait pas négocié le prêt, ou à l’égard d’une caution pour n’avoir pas attiré son attention sur la portée ou les risques de son engagement<sup>27</sup>. Mais le devoir de conseil du notaire en matière de garantie a des limites comme le souligne un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 mars 2007<sup>28</sup>.

En l’espèce, aux termes d’un acte notarié, un syndicat de copropriétaires d’un ensemble immobilier a cédé à une société le droit de surélever deux de ses immeubles et de construire un bâtiment à usage de garage en contrepartie de l’obligation, pour le cessionnaire, de réaliser des travaux d’amélioration des parties communes

responsabilité sans constater que celui-ci, *“à qui incombait la preuve de l’exécution de son devoir de conseil, avait indépendamment de l’expérience professionnelle du vendeur d’un fonds de commerce, précisément attiré l’attention de celui-ci sur la portée et les conséquences d’un montage juridique qui accroissait le risque d’être privé du prix de vente de son fonds de commerce”*.

26. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 26 novembre 1996, Bull. civ. I, n° 419.

27. Cass. 1<sup>re</sup> civ., 7 novembre 2000, Bull. civ. I, n° 282 ; Cass. 1<sup>re</sup> civ., 19 décembre 2000, préc.

28. Rev. Lamy Droit civil juin 2007, n° 2567, obs. G. Marraud des Grottes.

décrits dans un cahier des charges, l'ensemble des travaux à réaliser étant évalué à une certaine somme. L'acte précisait expressément que le notaire était dispensé de prendre inscription, l'achèvement de l'opération étant garanti par un cautionnement souscrit par une société de droit étranger. La société cessionnaire a réalisé les travaux de surélévation et de construction des garages puis a vendu les lots qui en étaient résultés, mais s'est abstenue d'exécuter les travaux d'amélioration des parties communes et a été placée en redressement judiciaire par un jugement du 9 janvier 1999. Le syndicat, n'ayant pu obtenir le bénéfice de la garantie souscrite par la société cessionnaire et la société caution ayant fait l'objet d'une procédure collective ouverte par un jugement du tribunal fédéral du canton de Genève en date du 11 mai 1999, a fait assigner le notaire pour demander sa condamnation au paiement de dommages et intérêts du chef d'un manquement à son devoir de conseil. La cour d'appel de Chambéry a rejeté cette action aux motifs que le privilège de vendeur d'immeuble ne pouvait pas être inscrit pour garantir l'exécution d'une obligation de faire, que le notaire n'était pas intervenu en qualité de conseil du syndicat et qu'il ne pouvait lui être reproché de ne pas avoir vérifié la solvabilité de la caution, *"en apparence sérieuse, fournie par l'acquéreur, cette vérification nécessitant des investigations d'ordre économique sortant du cadre de sa compétence professionnelle qui était une compétence d'ordre juridique"*.

La troisième chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi formé par le syndicat contre cette décision : *"attendu, d'abord, que par motifs tant propres qu'adoptés, l'arrêt relève qu'il ne peut être reproché [au notaire] de ne pas avoir conseillé au syndicat de faire inscrire le privilège de vendeur d'immeuble, pareil privilège n'étant pas envisageable en la cause, dans la mesure où la cession du droit de construire avait été consentie à charge d'effectuer des travaux et non contre le versement d'une somme d'argent... ; qu'ensuite, si la cour d'appel a relevé que [le notaire] n'était pas intervenu comme conseil du syndicat, alors qu'il avait assisté à l'assemblée générale des copropriétaires de l'ensemble immobilier « Plein Sud », à l'occasion de laquelle l'acquéreur s'était engagé à produire une garantie émanant d'un établissement financier ou d'assurance notoirement solvable, ainsi qu'il l'avait préconisé, c'était pour immédiatement préciser qu'il n'avait pas joué le rôle d'intermédiaire entre le syndicat et la société New England International Surety Inc., société financière à pro-*

*pos de laquelle il n'est pas établi qu'il possédait de renseignements ; qu'enfin si le notaire, disposant d'éléments révélant une insuffisance des garanties prévues par l'acte qu'il reçoit, doit en informer les parties, en revanche, il ne lui incombe pas, en l'absence de tels éléments, de procéder à des investigations à cet égard, notamment de s'assurer de la solvabilité d'une caution"*.

Cette motivation appelle des observations relatives au privilège du vendeur et aux vérifications incombant au notaire quant à l'efficacité des garanties.

1°) S'agissant du privilège du vendeur (art. 2374, 1° C. civil, anc. art. 2103), la Haute juridiction rappelle implicitement qu'il est de droit étroit et ne peut garantir une créance autre que le paiement du prix ou de la soulte et des accessoires d'une vente, d'un échange ou d'une dation en paiement<sup>29</sup>. En conséquence, le privilège ne peut pas être inscrit pour garantir une obligation de faire, alors même que le coût de celle-ci aurait été évalué en argent<sup>30</sup>.

2°) La Haute juridiction souligne une nouvelle fois que l'étendue du devoir de conseil du notaire varie en fonction de sa mission<sup>31</sup>. Lorsque l'intervention du notaire dépasse le cadre de sa mission professionnelle d'officier public tenu d'authentifier les conventions des parties, il peut être rendu responsable des risques économiques de l'opération<sup>32</sup>. Ainsi, le notaire qui a joué un rôle d'intermédiaire pour fournir un garant est tenu de procéder à des investigations pour vérifier la solvabilité de celui-ci. En revanche, lorsque le notaire intervient exclusivement en sa qualité d'officier public et de rédacteur d'acte, son devoir de conseil ne couvre que les risques juridiques courus par les parties. Aussi le notaire qui reçoit un acte prévoyant des garanties au profit de l'une des parties n'est-il tenu d'informer celles-ci d'une insuffisance desdites garanties que s'il est établi qu'il avait connaissance d'éléments, qui peuvent sans doute être extérieurs à l'acte, révélant cette situation. En d'autres termes, le notaire peut ici s'en tenir aux apparences. Cette solution doit être approuvée car les investigations concernant les garanties peuvent être longues, complexes et coûteuses, en particulier lorsqu'il s'agit d'apprécier la valeur de biens ou la solvabilité de garants à l'étranger. L'arrêt rappelle ainsi en creux que si le notaire restant dans le cadre de sa fonction d'officier public n'est pas un simple scribe, il n'est pas non plus un garant<sup>33</sup>. Les créanciers doivent s'en souvenir pour ne pas négliger d'effectuer les vérifications qui leur incombent. ■

N. R.

29. V. M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 7<sup>e</sup> éd., 2004, n° 758 ; L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 703, soulignant que le privilège du vendeur est éteint si la créance du prix est transformée en une autre créance par une novation.

30. V. déjà Cass. 1<sup>re</sup> civ., 17 mars 1981, Bull. civ. III, n° 56, à propos d'une convention transférant la propriété d'un immeuble moyennant un prix symbolique et l'obligation pour l'acquéreur d'y aménager et exploiter un centre équestre qui avait été évaluée à des fins fiscales.

31. V. notamment J. de Poulpiquet, J.-Cl. Civil, art. 1382 à 1386 : fasc.

420-30, Notaire, Devoir de conseil, n° 52 et s., spéc. n° 56-58 et les nombreuses décisions citées.

32. V. notamment Cass. 1<sup>re</sup> civ., 28 septembre 2004, Juris-Data n° 2004-02 5008 (concernant un notaire intervenu dans le montage juridique et financier d'un projet de promotion immobilière) cité par J. de Poulpiquet, art. préc., n° 55. Mme de Poulpiquet (art. préc., n° 58) estime que la Cour de cassation veut ainsi sans doute sanctionner le notaire qui sort du cadre de sa mission légale.

33. Rapp. L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 661.