



HAL
open science

Cautionnement et autres garanties personnelles

Pascal Ancel

► **To cite this version:**

Pascal Ancel. Cautionnement et autres garanties personnelles : état du droit français. [Rapport de recherche] Ministère de la Justice. 1996, pp.121 f. halshs-01025261

HAL Id: halshs-01025261

<https://shs.hal.science/halshs-01025261>

Submitted on 17 Jul 2014

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - NoDerivatives 4.0 International License

**UNIVERSITÉ JEAN MONNET
SAINT-ETIENNE**

**Centre d'études et de recherches critiques sur le droit
(CERCRID)**

**CAUTIONNEMENT ET AUTRES
GARANTIES PERSONNELLES
ETAT DU DROIT FRANCAIS**

**Étude réalisée par
Pascal ANCEL
Professeur à l'Université Jean Monnet**

pour le compte du Ministère de la Justice

Juin 1996

3 4200 00702246 6

mb: 00308236

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	5
PERSPECTIVES.....	5
MÉTHODES.....	10
PLAN SUIVI.....	13
PREMIERE PARTIE - LE CAUTIONNEMENT.....	14
TITRE PREMIER - UN CONTENTIEUX EN CONSTANT DEVELOPPEMENT.....	15
<i>SOUS-TITRE I - CONSTAT</i>	15
CHAPITRE I - PROGRESSION.....	15
Section 1 - Progression du contentieux devant les juridictions du fond.....	15
Section 2 - Progression des affaires soumises à la cour de cassation.....	16
CHAPITRE II - RÉPARTITION.....	19
Section 1- La structure du contentieux.....	19
§1 - <i>Un contentieux entre créanciers et cautions</i>	19
§2 - <i>Un contentieux souvent lié avec une procédure collective</i>	20
Section 2 - Type de cautionnement.....	21
Section 3 - Nature des questions.....	23
<i>SOUS-TITRE II - COMMENTAIRES</i>	23
CHAPITRE I - UN PHÉNOMÈNE AUX CAUSES DIVERSIFIÉES.....	24
Section 1 - Causes structurelles.....	24
Section 2 - Causes conjoncturelles.....	26
CHAPITRE II- UN PHÉNOMÈNE AUX EFFETS PERVERS.....	28

TITRE SECOND - UN DROIT COMPLEXE ET INCERTAIN	31
SOUS-TITRE I- LES TEXTES	31
CHAPITRE I- LE DROIT COMMUN DU CAUTIONNEMENT	31
Section 1- Des règles décalées par rapport à la pratique contractuelle	32
Section 2- Des règles insuffisamment différenciées.....	34
§1- Une distinction présente mais peu utile	35
§2- Des distinctions absentes	35
A- Distinction fondée sur la qualité de la caution	36
B- Distinctions fondée sur l'objet de l'engagement de la caution	37
CHAPITRE II - LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES	39
Section 1- Les textes relatifs à l'obligation de fournir une caution.....	39
§1- Cautionnement légaux	40
§2- Les cautionnements judiciaires.....	42
Section 2- Les textes réglementant certains cautionnements	42
§1- Inventaire.....	42
§2- Remarques générales.....	45
A- Objet des textes	46
B- Domaine d'application des textes.....	46
SOUS-TITRE II- LA JURISPRUDENCE	48
CHAPITRE I - LES QUESTIONS GENERALES	51
Section 1- La validité de l'engagement de la caution	52
§1- Les conditions de fond.....	52
A - Conditions de droit commun	52
B- Conditions de validité spécifiques au cautionnement.....	54
§2- Les conditions de forme	55
A- Le formalisme dans le droit commun du cautionnement	56
B- Règles spécifiques	60
Section 2 - L'étendue de l'obligation de la caution.....	61
§1- La détermination des dettes couvertes.....	62
A- Nature des dettes couvertes.....	63
B- Durée de l'engagement de la caution.....	63
§2 - La détermination de la somme à payer	68
Section 3- L'extinction de l'obligation de la caution	75
§2- L'extinction par voie principale.....	76
A- Perte de garanties.....	77
B- Le fait du créancier.....	78

Section 4- La mise en oeuvre de l'obligation de la caution.....	79
§1- <i>L'exigibilité de l'obligation.....</i>	79
A- Exigibilité de l'obligation principale.....	79
B- Défaillance du débiteur principal	81
§2- <i>L'étendue du droit de poursuite.....</i>	81
Section 5- Les recours de la caution.....	82
§1- <i>Recours contre le débiteur.....</i>	82
A- Recours après paiement.....	82
B- Recours avant paiement.....	84
§2- <i>Recours contre les autres cautions.....</i>	85
A- Domaine d'application de l'article 2033 du code civil.....	85
B- Régime du recours de l'article 2033 du Code civil.....	86

**CHAPITRE II- LES SOLUTIONS SPECIFIQUES
AUX PROCEDURES DE TRAITEMENT DES DIFFICULTES
DES DEBITEURS87**

Section 1 - Les procédures du droit commercial.....	87
Sous-section 1 - Les procédures de règlement amiable	87
Sous-section 2 - Les procédures judiciaires	89
§1 - <i>Incidence de l'ouverture de la procédure.....</i>	89
A - Incidence sur l'exigibilité de l'obligation de la caution.....	89
B- Incidence sur l'étendue de l'obligation.....	91
§2 - <i>Incidence de la déclaration et de la vérification du passif</i>	92
A- La caution et la procédure de déclaration.....	92
B- La caution et les décisions sur le passif	95
§3 - <i>Incidence des différentes solutions de la procédure</i>	96
A- Le plan de continuation.....	96
B- La cession de l'entreprise	96
C- La liquidation judiciaire.....	97
Section 2 - Les procédures de traitement du surendettement des particuliers.....	98
§1 - <i>Les mesures consenties par les créanciers</i>	98
§2 - <i>Les mesures imposées au créancier.....</i>	98
A - Les mesures décidées par le juge de l'exécution.....	99
B - Les mesures recommandées par la commission	99

DEUXIÈME PARTIE - LE DÉVELOPPEMENT DES SURETÉS PERSONNELLES DE SUBSTITUTION.....	100
TITRE PREMIER - SURETÉS REPOSANT SUR DES TECHNIQUES PRÉVUES PAR LA LOI.....	103
CHAPITRE I - LA SOLIDARITÉ PASSIVE.....	104
CHAPITRE II - LA DÉLÉGATION.....	105
CHAPITRE III - LA PROMESSE DE PORTE-FORT.....	107
TITRE SECOND - LES SURETÉS INNOMÉES.....	108
CHAPITRE I - LES GARANTIES A PREMIÈRE DEMANDE	109
Section 1 - Les garanties autonomes dans les relations commerciales internationales.....	109
<i>§1 - Présentation du mécanisme.....</i>	<i>109</i>
<i>§2 - Solutions jurisprudentielles.....</i>	<i>110</i>
A - Qualification de garantie à première demande	111
B - Régime juridique des garanties	112
Section 2 - Les garanties à première demande dans les relations internes.....	113
CHAPITRE II - LES LETTRES D'INTENTION.....	115
Section 1 - Portée de l'engagement du garant.....	115
Section 2 - Régime juridique.....	117
CONCLUSION.....	118
BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE	121

INTRODUCTION

Le cautionnement et les autres formes de garantie personnelle...

1 - Le présent rapport a pour objet de présenter l'état du droit français relatif au **cautionnement** et aux autres **garanties personnelles**. Par cautionnement, nous entendons ici la sûreté définie par l'article 2011 du Code civil, et réglementée par les articles 2011 à 2043 de ce code : engagement pris par une personne appelée caution d'exécuter une obligation si le débiteur principal n'y satisfait pas lui-même ; nous excluons donc de notre propos les dépôts de garantie, souvent appelés dans la pratique et parfois par le législateur "cautions" ou "cautionnements". La caractéristique principale du cautionnement est de faire naître à la charge de la caution un engagement accessoire, c'est à dire un engagement dont la validité, les effets, les causes d'extinction, sont étroitement liés à ceux de l'engagement principal. Ce caractère accessoire distingue le cautionnement des autres sûretés personnelles, dans lesquelles le garant prend un engagement principal, autonome (dans une mesure variable) par rapport à l'obligation principale (solidarité, délégation, promesse de porte-fort, garanties à première demande...).

Nous voudrions d'abords souligner les **perspectives** dans lesquelles nous nous sommes situé pour réaliser cette étude, avant d'exposer les **méthodes** de notre recherche.

Perspectives

... ont connu depuis une vingtaine d'années un développement spectaculaire...

2 - Le cautionnement et les autres formes de garantie personnelle ont connu en France, depuis une vingtaine d'années, un **développement spectaculaire**. Pour en prendre la mesure, on peut se reporter à la présentation qui était faite de cette sûreté il y a trente ans à peine par d'éminents représentants de la doctrine universitaire. Dans l'édition 1968 du tome de leurs "Leçons de droit civil" consacré aux sûretés et à la publicité foncière, H., L. et J. Mazeaud ne consacraient que 36 pages au cautionnement, sur les 647 pages du volume, et, en conclusion de leur courte étude, ils écrivaient :

"Le cautionnement n'est qu'une sûreté personnelle, présentant les inconvénients de tout droit personnel, l'absence de droit de suite et l'absence de droit de préférence à l'égard des cautions: si les cautions deviennent insolvables, le créancier n'a plus de garantie. Au cautionnement, même solidaire - et même à la solidarité - le créancier préférera donc une sûreté réelle. Aussi les sûretés personnelles sont-elles aujourd'hui supplantées par les sûretés réelles, beaucoup plus parfaites"

Après avoir noté que "le déclin du cautionnement n'est pas seulement dû à l'insuffisance de la garantie fournie au créancier, mais aussi à l'affaiblissement de la solidarité entre membres d'un même groupe ou d'une même famille", les auteurs concédaient que cette solidarité subsistait encore dans certains milieux professionnels et que le cautionnement gardait ainsi un intérêt pratique "également parce que les banques, lorsqu'elles font des ouvertures de crédit à leurs clients, exigent parfois des cautions". Mais leurs derniers mots étaient pour dire que "cela n'enlève pas aux sûretés réelles la primauté qu'elles ont acquises depuis longtemps sur la sûreté personnelle que constitue le cautionnement".

... dont il est difficile de prendre la mesure exacte.

3 - Il est bien difficile, avec le recul, de savoir si cette opinion, qui nous paraît aujourd'hui incroyable mais qui était alors largement partagée, reflétait exactement l'état de la pratique contractuelle. On peut penser que les auteurs, convaincus, comme l'ensemble de la doctrine de l'époque, de la supériorité des sûretés réelles, sous-estimaient l'importance du cautionnement comme garantie du crédit bancaire. Ce qui est sûr, en tout cas, c'est que cette présentation est actuellement complètement dépassée : dans l'opinion commune de la doctrine, aujourd'hui, le cautionnement est une des sûretés les plus utilisées. La seule consultation des ouvrages généraux de droit des sûretés ou de droit du crédit permet d'avoir une première idée de l'évolution qui s'est produite en moins de 30 ans. Pour ne prendre que deux exemples récents, MM. Cabrillac et Mouly, dans la 3ème édition de leur "Droit des sûretés" (1995), qui comporte 765 pages, en consacrent 277 au seul cautionnement, et encore 129 aux autres sûretés personnelles (complètement ignorées dans l'ouvrage précité de 1968). Dans l'ouvrage de MM. Simler et Delebecque, sur 647 pages, les développements sur les garanties personnelles vont de la page 27 à la page 239. On ne peut qu'être frappé, également, par le nombre de thèses, monographies, articles, commentaires de jurisprudence que les auteurs ont consacrés au cautionnement depuis la fin des années 1970, qui contraste singulièrement avec le quasi-silence de la doctrine sur la question avant cette période. Et tous les auteurs d'ouvrages généraux soulignent d'emblée l'importance des sûretés personnelles, et notamment du cautionnement, dans la pratique contemporaine. Ainsi, MM. Cabrillac et Mouly écrivent : "*Le nombre des sûretés personnelles ou des techniques approchantes a été considérablement accru au XXème siècle et leur utilisation a été considérablement développée. Le phénomène n'épargne aujourd'hui aucun secteur d'activité ni aucune forme de crédit*". Ces auteurs soulignent que ce succès se traduit "*d'abord par une "renaissance" des sûretés réelles traditionnelles, essentiellement le cautionnement*".

Il est sans doute impossible de faire la preuve de telles assertions. Dans la mesure où, à la différence de nombreuses sûretés réelles qui donnent lieu à inscription dans un registre, le cautionnement (tout comme les autres sûretés personnelles) n'est soumis à aucune formalité de publicité, il est impossible de faire un comptage des cautionnements donnés. Et, à notre connaissance, aucune enquête n'a été réalisée pour essayer d'avoir une idée même approximative de la réalité de la pratique contractuelle en ce domaine. Il est cependant difficile de douter de l'importance quantitative du cautionnement comme garantie du crédit dans la pratique contemporaine.

Les contextes d'utilisation du cautionnement sont extrêmement variés

4 - Les informations (évidemment subjectives et partielles) que l'on peut avoir sur la pratique contractuelle à travers la lecture de contrats, ainsi que celles qu'on peut découvrir à travers le prisme déformant des décisions de justice publiées ou non, permettent de distinguer plusieurs contextes d'utilisation du cautionnement. Le cautionnement est d'abord une garantie qui est très souvent donnée au profit des banques et des autres établissements de crédit pour garantir les crédits qu'ils accordent à leurs clients. Cette utilisation est particulièrement fréquente dans le cadre des crédits octroyés aux entreprises, spécialement aux petites et moyennes entreprises organisées sous la forme sociale. Le cautionnement sera alors presque systématiquement demandé au dirigeant social, parfois aux principaux associés, parfois aussi aux membres de la famille du dirigeant.

Cette garantie apparaît alors comme un moyen de tourner la limitation du gage des créanciers qui résulte de l'organisation sociétaire. Mais le cautionnement joue également un rôle pour garantir les crédits à la consommation: il sera alors souvent donné par les membres de la famille de l'emprunteur. Mais les établissements de crédit, s'ils apparaissent souvent comme des créanciers bénéficiaires de cautionnements, sont également amenés à se porter caution pour garantir des obligations diverses de leur clientèle, souvent dans le cadre de textes qui imposent au débiteur la fourniture d'une telle garantie : paiement d'arriérés fiscaux, bonne fin de diverses opérations de construction, obligations résultant de marchés publics ou privés. Dans le même ordre d'idées, il faut évoquer les cautionnements donnés par les sociétés de caution mutuelle, notamment dans le cadre de certaines professions dont les membres doivent fournir une garantie financière à leur clientèle.

Au delà de ces contextes-types d'utilisation, on recourt au cautionnement pour garantir des obligations de toute nature au profit de créanciers divers. On sait ainsi que, dans de très nombreux cas aujourd'hui, dans le secteur des baux d'habitation, il est demandé au locataire de fournir l'engagement personnel d'un tiers à titre de caution, voire de garant à première demande (là où, il y a vingt ans, le bailleur se contentait généralement d'un dépôt de garantie, d'ailleurs improprement appelé "caution"). Les spécialistes du secteur de la distribution savent aussi que, dans les contrats entre concédants et concessionnaires, entre franchiseurs et franchisés, il sera très souvent demandé au distributeur la fourniture d'un cautionnement pour garantir le paiement des dettes commerciales pouvant naître du contrat. Et on n'oubliera pas de mentionner que l'Etat et les collectivités territoriales sont amenés dans de nombreux cas à se porter caution d'emprunts accordés à diverses personnes publiques ou privées.

Ce renouveau des sûretés personnelles est dû à la fois à leur grande souplesse et à l'appauvrissement de la sécurité procurée par les sûretés réelles.

5 - Les causes de ce renouveau du cautionnement ont été largement explorées en doctrine, et il n'est pas utile de s'y arrêter longuement ici. On a pu, bien sûr, évoquer le développement du crédit, tant aux entreprises qu'aux particuliers, développement qui a amené inévitablement l'accroissement du nombre des garanties. Cet accroissement est d'autant plus important que, dans un contexte de crise économique et de difficultés des entreprises, les créanciers - et notamment les banques - sont amenés à se "surprotéger" et à demander plusieurs garanties à leur débiteur, la fourniture d'un cautionnement venant alors, non pas remplacer, mais doubler une hypothèque ou un nantissement. Mais par ailleurs un certain nombre de facteurs viennent expliquer que, pour la garantie de certains crédits, le créancier soit amené à préférer un cautionnement à une sûreté réelle.

D'abord, il est clair que le cautionnement - et les sûretés personnelles en général - sont plus souples que les sûretés réelles, à la fois au niveau de leur constitution et à celui de leur mise en oeuvre. Pour mettre en place un cautionnement, la signature d'un acte sous seing privé suffit, alors que la constitution d'une sûreté réelle suppose toujours l'accomplissement de formalités lourdes et coûteuses : acte authentique pour l'hypothèque, formalités de publicité. Et ces sûretés ne pourront être réalisées que dans le cadre de procédures d'exécution, alors qu'on peut toujours espérer que la caution paiera sans qu'il soit besoin de recourir à une telle procédure.

Mais, ensuite, contrairement à l'opinion traditionnelle, le cautionnement apparaît aujourd'hui, à certains égards, comme procurant une sécurité plus grande que certaines sûretés réelles. On affirme fréquemment en doctrine que le recours accru aux sûretés personnelles dans la pratique contemporaine du crédit est lié à l'affaiblissement de la situation des créanciers titulaires de sûretés réelles, notamment dans le cadre des procédures collectives touchant les entreprises. Alors que le créancier titulaire d'une hypothèque ou d'un nantissement va être atteint de plein fouet par l'ouverture de la procédure, dans la mesure où il ne pourra pas exercer immédiatement ses droits, et où, parfois, son rang va se trouver menacé, le créancier bénéficiaire de l'engagement personnel d'un tiers pourra, lui, agir sans être soumis aux contraintes de la procédure. A cet égard, la loi du 13 juillet 1967 et, surtout, la loi du 25 janvier 1985, qui ont accru les sacrifices imposés aux créanciers titulaires de sûretés réelles, sont souvent montrées comme les principales "responsables" du développement du cautionnement.

Cependant, le cautionnement est actuellement perçu comme une sûreté en crise, ce qui se manifeste par l'effervescence jurisprudentielle et législative à laquelle il donne lieu...

6 - Sûreté en plein renouveau, le cautionnement est en même temps souvent présenté en doctrine comme une sûreté en crise. "*Institution en danger*" selon l'expression d'un auteur¹, "*reine éphémère des sûretés*"² pour un autre, le cautionnement apparaît en quelque sorte victime de son succès.

Le premier symptôme de cette crise est dans l'extraordinaire effervescence législative et jurisprudentielle que cette sûreté a suscitée depuis une vingtaine d'années et qui lui a donné un visage bien différent de celui qu'il avait en 1968. On a l'impression que le droit du cautionnement, resté pratiquement stable depuis l'époque du Code civil, "craque" sous tous ses aspects depuis la fin des années 1970.

Le cautionnement suscite aujourd'hui une abondante jurisprudence, qui est sans commune mesure avec celle dont les auteurs des années 1960 pouvaient connaître. Pour s'en tenir ici aux seules décisions publiées, on ne peut qu'être frappé par l'importance croissante qu'occupe la matière dans les revues de jurisprudence générale : ainsi, pour prendre un seul exemple, on ne trouvait dans les colonnes du Recueil Dalloz en 1968 - date de l'ouvrage doctrinal précité - que deux décisions sous la rubrique "cautionnement". Ce nombre passait à 5 en 1974, à 10 en 1984 (plus 12 décisions sur les garanties à première demande, reproduites sous la même rubrique), pour atteindre 47 en 1990, avant de redescendre à 19 en 1994. Sans doute ces chiffres sont-ils plus le reflet de l'intérêt porté par les commentateurs à la matière que du nombre réel des décisions rendues ; mais ils peuvent néanmoins permettre de conclure à un accroissement, sur la question du cautionnement, de ce qu'on appelle habituellement la jurisprudence. Les arrêts de la cour de cassation publiés dans le Bulletin des arrêts des chambres civiles, révèlent une progression similaire, encore que beaucoup moins spectaculaire : le nombre d'arrêts sélectionnés pour la publication sous la rubrique "cautionnement" se situait entre 15 et 30 chaque année dans les années 1970 ; il oscille régulièrement depuis le début des années 1990 entre 40 et 50. Et nous voyons que cette progression n'est rien au regard de celle des arrêts rendus par la haute juridiction.

¹J. Terray, JCP 1987, I, 3295

²R. Tendler, D 1981, p. 129

Parallèlement à ce développement de la jurisprudence, on observe depuis 1978 une activité législative régulière dans un domaine qui n'avait pratiquement connu aucune évolution textuelle depuis l'époque du Code civil. De nombreux textes, destinés en général à protéger les cautions, ont été édictés, sur des points particuliers, dans le domaine du crédit à la consommation, du crédit aux entreprises, du bail d'habitation. Nous en ferons ultérieurement un recensement systématique : qu'il nous suffise de relever ici que le droit du cautionnement est un droit qui a beaucoup "bougé" au cours de ces dernières années, et qu'il est devenu très complexe.

... ainsi que par le développement des sûretés personnelles concurrentes

7 - Un second symptôme de la crise du cautionnement se trouve dans l'apparition ou la redécouverte d'autres sûretés personnelles qui viennent le concurrencer dans la pratique du crédit. Il y a quinze ans encore, le cautionnement était la seule sûreté personnelle connue des praticiens, et des universitaires. Le Code civil réglementait bien aussi un autre mécanisme de garantie personnelle, la solidarité passive, mais celle-ci était cantonnée au rôle de modalité d'obligations ayant au départ plusieurs débiteurs. La connaissance - même très approximative - que nous pouvons avoir des pratiques contractuelles, notamment dans le domaine du crédit bancaire, révèle aujourd'hui une floraison d'autres mécanismes de garantie personnelle, dont certains ont déjà suscité une importante jurisprudence. Certains de ces mécanismes semblent être (sous réserve d'analyses plus approfondies) de pures créations de la pratique - garanties à première demande, lettres d'intention - tandis que d'autres sont l'adaptation de techniques anciennes, prévues par le Code civil mais rarement utilisées jusqu'à maintenant en tant que garantie : engagement solidaire d'un débiteur non intéressé à la dette, délégation, promesse de porte-fort.

Pour expliquer ce développement nouvelles formes de sûretés personnelles, la doctrine avance souvent - à tort ou à raison, c'est un point qu'il nous appartiendra de vérifier - l'idée que les règles jurisprudentielles et législatives récentes en matière de cautionnement sont excessivement protectrices des cautions. A partir de là, les créanciers seraient incités à se tourner vers d'autres mécanismes de garantie censés leur assurer une situation plus forte, en évitant l'application des règles protectrices posées en matière de cautionnement.

Ces nouvelles formes de sûretés personnelles n'ont pas encore suscité d'interventions législatives, mais la jurisprudence a d'ores et déjà posé un certain nombre de limites à leur utilisation.

Ceci amène à poser la question de l'adaptation du droit actuel du cautionnement

8 - Dans un tel contexte, se pose, depuis un certain temps, la question d'une éventuelle intervention législative tendant à "remettre de l'ordre" dans cette matière, pour remédier à certaines imperfections du droit actuel du cautionnement et pour clarifier les rapports entre le cautionnement et les autres techniques de garantie.

Cette question ne nous a pas été posée directement et notre objectif premier n'est pas d'y répondre, et encore moins de présenter les grandes lignes d'une éventuelle réforme du droit du cautionnement. Il s'agit ici essentiellement de "mettre à plat" les solutions du droit actuel. Il n'en reste pas moins que, de manière inévitable, la question d'une intervention législative sera à l'arrière-plan du présent rapport.

C'est pourquoi notre préoccupation première sera de vérifier, le plus scientifiquement possible, le degré d'exactitude des affirmations très générales qu'on trouve habituellement en doctrine sur la crise du cautionnement, l'inadaptation du droit actuel, son caractère excessivement protecteur des cautions, et en conséquence la nécessité pour les créanciers de se tourner vers d'autres formes de garanties. C'est dans cette optique que nous avons recouru pour l'élaboration de ce rapport à des méthodes de recherche en partie originales par rapport à celles qui servent habituellement pour des travaux doctrinaux du même type.

Méthodes

Du point de vue méthodologique, au delà de l'exploitation des sources traditionnelles de la recherche juridique, ...

9 - Les informations contenues dans ce rapport trouvent leurs source première dans nos travaux antérieurs sur le même sujet³. Ces travaux avaient été réalisés selon les méthodes habituelles de la dogmatique juridique : analyse des textes législatifs et réglementaires, dépouillement de la jurisprudence publiée dans les revues, étude de la doctrine sur les différentes questions.

Nous avons par ailleurs à notre disposition une cinquantaine de contrats de cautionnement (en grande partie des formules de cautionnement utilisées par des établissements de crédit) qui, même s'ils ne sont pas forcément représentatifs de la totalité de la pratique contractuelle, permettent de se faire une idée des clauses habituellement utilisées dans de tels contrats.

Les informations collectées au fil du temps ont été actualisées, réorganisées et sélectionnées dans l'optique du présent rapport, de façon à mettre en évidence les solutions les plus caractéristiques.

Notre travail doit beaucoup aux multiples travaux doctrinaux qui ont été menés depuis une vingtaine d'années sur le cautionnement et, de manière plus récente, sur les autres garanties personnelles. Nous avons cité dans la bibliographie qui figure en fin de rapport les travaux qui consistent dans une étude générale du cautionnement ou des autres sûretés personnelles. Cependant, nous n'avons pas jugé utile, sur chacune des questions qui ont donné lieu à discussion devant les tribunaux, d'entrer dans le détail des débats doctrinaux, nous contentant en général de signaler l'existence d'une controverse sur tel ou tel point. Les nombreux articles ou commentaires de jurisprudence qui portent sur ces points particuliers ne sont donc ni référencés en note de bas de page, ni recensés dans la bibliographie.

... nous avons procédé à une exploitation systématique des arrêts rendus par la cour de cassation au cours des 10 dernières années.

10 - L'originalité du présent travail tient à ce que nous avons complété ces sources classiques par une **exploitation systématique des arrêts rendus par la cour de cassation** dans le domaine du cautionnement et des autres garanties personnelles au cours des dix dernières années.

Nous avons recensé ces arrêts à partir de la base de données "Lexis" telle qu'elle est reproduite sur le CD Rom Lexilaser. On rappellera que cette base comprend l'intégralité des arrêts rendus par toutes les chambres de la cour de cassation, depuis 1984, qu'ils aient été ou non publiés. Faute de temps, nous avons dû nous limiter, pour l'ensemble des recherches qui sont exploitées dans cette étude, aux arrêts reproduits sur la dernière édition du disque, qui couvre la période de **janvier 1986 à juillet 1995** - soit les

³ Il s'agit principalement de l'ouvrage "Le cautionnement des dettes de l'entreprise", Dalloz, 1989

dix dernières années de la jurisprudence de la cour de cassation (les arrêts de 1984 et 1985, collectés sur la précédente édition du disque, ne sont pas ici exploités, sauf sur certains points particuliers). Le mode d'interrogation de cette base de données, qui se fait uniquement par mots du texte, impose certaines limites aux investigations, et commande souvent de rester prudent dans l'interprétation des résultats. Mais ces limites, qui devront sur chaque question être signalées, ne remettent pas en cause le principe même de la recherche.

Cette recherche sur CD Rom nous a permis d'avoir connaissance d'un grand nombre de décisions non publiées de la cour de cassation. A titre d'exemple, nous avons répertorié au moins 1017 arrêts rendus par la cour de cassation sur le titre du Code civil relatif au cautionnement (articles 2011 à 2043), alors que 258 de ces arrêts seulement ont fait l'objet d'une publication : même si le taux de publication dépasse ici 25% - ce qui est largement supérieur au taux général de 15% pour l'ensemble des décisions rendues par la cour de cassation - on s'aperçoit que la seule lecture des décisions publiées, à laquelle sont habitués les juristes, ne rend que très imparfaitement compte de l'activité de la cour dans le domaine considéré. De même, nous avons découvert 10 arrêts de la cour de cassation relatifs à l'engagement solidaire de payer la dette d'autrui (art 1216 CCiv), qui est un des mécanismes de garantie personnelle pouvant être utilisés pour remplacer le cautionnement, alors que deux seulement de ces arrêts ont fait l'objet d'une publication.

Cette recherche permet d'avoir une exacte connaissance du contentieux du cautionnement devant la cour de cassation...

11 - La connaissance de ces arrêts non publiés est particulièrement éclairante par les informations qu'elles donne sur l'importance, la répartition, et les résultats du contentieux soumis à la cour de cassation dans le domaine considéré.

Le recensement de l'intégralité des arrêts permet d'abord, seul, de connaître le nombre d'affaires relatives au cautionnement et aux autres garanties personnelles soumises à la cour de cassation - ce sur quoi les décisions publiées ne donnent aucune indication. Or, s'agissant d'une matière où, nous le verrons, le développement du contentieux est en soi un signe d'une certaine crise de l'institution, ces renseignements nous paraissent de la plus haute importance - même si, bien entendu, le nombre d'affaires soumises à la cour de cassation n'est qu'un reflet très déformé du contentieux soumis à l'ensemble des juridictions.

Sous la même réserve, il nous paraît intéressant de savoir quels types de cautionnement donnent lieu le plus souvent à discussion devant la cour de cassation : on notera par exemple, à cet égard, que les arrêts rendus portent presque exclusivement sur les cautionnements donnés au profit des banques, et presque jamais sur les cautionnements donnés par les banques, que ce sont surtout les cautionnements de dettes indéterminées qui sont portés devant la cour de cassation, que le cautionnement des crédits à la consommation n'est presque jamais en débat devant cette juridiction. De même, nos recherches nous ont permis d'identifier avec certitude les questions juridiques qui sont souvent débattues et celles qui ne le sont pas ou plus - ce qui permet de pointer les "zones de turbulence" de la matière. Ces observations devraient sans doute être prises en compte dans l'optique d'une réforme législative de la matière.

Enfin, nous avons pu (au moins par sondages sur certaines questions) mesurer les résultats concrets des contentieux portés devant la cour de cassation : dans combien de cas les solutions sont-elles favorables à la caution ? Dans combien de cas le créancier obtient-il finalement gain de cause ? Ces informations n'ont pas seulement un intérêt pour les praticiens qui ont à s'interroger sur l'utilité ou l'inutilité de plaider ou de former un pourvoi dans une affaire - ce qui est évidemment en dehors de notre propos -, elles concourent également à donner une plus exacte connaissance de la portée exacte des règles jurisprudentielles.

... mais aussi de mieux appréhender la portée des règles jurisprudentielles qu'elle pose en la matière.

12 - Sur ce plan de la connaissance de la **jurisprudence** de la cour de cassation, c'est à dire des règles pouvant être déduites des décisions rendues par la cour de cassation, on pourrait penser de prime abord que les décisions non publiées n'ont qu'un intérêt limité. Ces règles sont en général suffisamment connues à la seule lecture des arrêts publiés, auxquels précisément la juridiction, en décidant de les publier au Bulletin, décide de conférer une portée jurisprudentielle, une valeur normative particulière. Parmi les décisions non publiées il y a toutes celles qui ne font que reprendre des solutions bien acquises et qui, pour cette raison n'ont pas mérité d'être une nouvelle fois reproduites. Il y a aussi les multiples décisions dont la motivation est purement procédurale : irrecevabilité, moyen nouveau mélangé de fait et de droit. On signalera particulièrement les arrêts qui répondent au pourvoi par la formule-type en usage depuis 1992 à la 1ère chambre civile et à la chambre commerciale, selon laquelle :

“Le pourvoi en cassation est une voie extraordinaire de recours qui, selon l'article 604 NCPC tend à faire censurer par la cour de cassation la non-conformité de la décision qu'il attaque aux règles de droit.. que la cour d'appel qui a souverainement apprécié les éléments de fait du litige a tranché celui-ci conformément aux règles de droit qui lui sont applicables”

Nous avons relevé **52** arrêts de ce type en matière de cautionnement : s'ils peuvent avoir un intérêt du point de vue des règles procédurales relatives au pourvoi en cassation, ils n'apportent évidemment guère d'éléments à la connaissance du droit du cautionnement.

Il ne faut donc pas attendre du présent rapport des révélations fracassantes sur une “jurisprudence secrète” de la cour de cassation en matière de cautionnement. Cependant on aurait tort de négliger l'apport jurisprudentiel des arrêts non publiés.

D'une part, sur un certain nombre de points, la lecture des décisions publiées peut amener, sinon à contredire, du moins à nuancer des solutions considérées comme bien acquises, en ce qu'elles révèlent des tensions, des incertitudes, des petites incohérences qui sont gommées par la sélection en vue de la publication. Le phénomène est cependant très marginal.

D'autre part, même des arrêts à la motivation purement procédurale peuvent avoir un intérêt jurisprudentiel en ce qu'ils renseignent sur l'étendue du pouvoir de contrôle de la cour de cassation sur telle ou telle question, ce qui a naturellement une incidence considérable sur le fond du droit relatif à ces questions.

Enfin, comme on l'a déjà laissé entendre, la connaissance des résultats concrets des pourvois formés devant la cour de cassation est de nature à permettre de mieux mesurer la portée exacte des solutions jurisprudentielles. Sur plusieurs points, nous avons été amené à constater qu'une règle - législative ou jurisprudentielle - favorable à la caution dans sa formulation abstraite, n'aboutissait que de manière exceptionnelle, devant la cour de cassation, à permettre à la caution d'être déchargée ou de limiter la portée de son engagement. Cela tient à ce que la règle abstraite doit être, pour sa mise en oeuvre, combinée, croisée avec d'autres règles (règles de preuve, étendue du pouvoir d'appréciation laissé aux juges du fond) qui rendent le résultat concret difficile à obtenir pour la personne à qui un droit est reconnu. Il faut évidemment prendre en compte ce phénomène lorsqu'on cherche à savoir dans quelle mesure la loi ou la jurisprudence sont ou non favorables à la caution ou au créancier.

En revanche , faute de disposer d'un échantillonnage représentatif, nous n'avons pas tenu compte des solutions admises par les juridictions du fond

13 - Si nous avons fait une étude exhaustive des arrêts, publiés ou non, de la cour de cassation, nous n'avons en revanche pas tenu compte, pour la rédaction du présent rapport, des décisions des juridictions de fond dont nous pouvions avoir connaissance, soit en raison de leur publication, soit parce qu'elles sont insérées dans une base de données (type Jurisdata), soit par toute autre voie. A nos yeux en effet, ces décisions ne sauraient être retenues pour leur valeur normative, même si leur communication aux juristes, par des canaux divers, leur confère un rôle dans le processus d'élaboration de la jurisprudence. Il est clair que, dans notre domaine d'investigation comme dans toute autre matière, la connaissance de la position des juridictions du fond pourrait être précieuse, notamment pour apprécier la manière dont la jurisprudence de la cour de cassation est reçue auprès des divers tribunaux. Malheureusement, les décisions publiées ou sélectionnées par les banques de données ne constituent pas un échantillon représentatif des décisions rendues, de telle sorte qu'on ne peut tirer de leur étude aucune conclusion scientifique. Les décisions des juges du fond n'apparaîtront donc dans notre propos qu'à travers les chiffres sur le contentieux qui nous ont été communiqués par le Ministère, mais non pas à travers les solutions qu'elles consacrent. Nous signalerons simplement, sur certains points où aucun arrêt de la cour de cassation n'a été rendu, l'existence de décisions de juges du fond qui attestent de l'existence d'un contentieux.

PLAN SUIVI

13 bis - L'étude posera d'abord sur le cautionnement : nous rechercherons à mettre en évidence les différents aspects de la "crise" de cette sureté (PREMIERE PARTIE). Une seconde partie, beaucoup plus courte, montrera le développement des suretés personnelles de substitution (DEUXIEME PARTIE).

PREMIERE PARTIE

LE CAUTIONNEMENT, SURETE EN CRISE

14 - La crise du cautionnement se manifeste de la manière la plus immédiate à travers l'abondance et le constant développement du contentieux auquel cette sûreté donne lieu, en contradiction directe avec la finalité de l'institution (TITRE I).

Elle apparaît aussi si on considère dans le détail les solutions du droit positif, caractérisées à la fois par leur grande complexité et par un grand nombre d'incertitudes (TITRE II).

Les deux phénomènes sont d'ailleurs étroitement liés : l'abondance du contentieux conduit à des solutions jurisprudentielles de plus en plus complexes, lesquelles contribuent à leur tour à alimenter le contentieux.

TITRE PREMIER - UN CONTENTIEUX EN CONSTANT DEVELOPPEMENT

14 bis - La crise du cautionnement se manifeste essentiellement à travers l'abondance - et, nous allons le voir, le développement quantitatif continu - du contentieux que suscite cette forme de garantie personnelle, tant devant les juridictions du fond qu'au niveau de la cour de cassation.

Le constat chiffré du phénomène (SOUS-TITRE I) amènera quelques commentaires sur ses causes et ses conséquences (SOUS-TITRE II).

SOUS-TITRE I - CONSTAT

15 - Les chiffres que nous avons pu relever révèlent à la fois la progression constante du contentieux relatif au cautionnement (CHAPITRE I) et sa répartition relativement stable en fonction de différents critères (CHAPITRE II).

CHAPITRE I - PROGRESSION

16 - Cette progression du nombre d'affaires relatives au cautionnement est significative tant devant les juridictions du fond (Section 1) que devant la cour de cassation (Section 2)

Section 1 - Progression du contentieux devant les juridictions du fond

Les chiffres dont nous disposons pour les TGI, les TI et les cours d'appel...

17 - L'observation, faite à partir des statistiques du Ministère de la justice, porte ici sur les demandes formées contre des cautions ou faites par une caution introduites entre 1988 et 1993. Il s'agit du nombre d'affaires traitées et non des affaires terminées. Malheureusement, nous ne disposons actuellement que des chiffres concernant les tribunaux de grande instance, les tribunaux d'instance et les cours d'appel. Les chiffres concernant les demandes devant les tribunaux de commerce n'étaient malheureusement pas disponibles, ce qui est évidemment regrettable compte tenu de la compétence fréquente de la juridiction consulaire en matière de cautionnement.

Les chiffres qui nous ont été communiqués correspondent aux postes suivants de la nomenclature des affaires civiles : 384 (demande en paiement du solde débiteur du compte courant adressé au débiteur et/ou à la caution), 476 (demande formée contre une caution en cas de redressement ou de liquidation judiciaire du débiteur principal⁴), 532 (demande en remboursement d'un prêt dirigé contre l'emprunteur et/ou une caution), 536 (Crédit-bail : demande en paiement des loyers dirigée contre le locataire seul et/ou une caution), 538 (Recours de la caution qui a payé contre le débiteur principal ou une autre caution) et 539 (Autres demandes relatives au cautionnement). La structure même de ces postes indique qu'il faut se

⁴ Ce poste est ici marginal: il ne correspond qu'aux TGI à compétence commerciale

montrer prudent dans l'interprétation des chiffres : pour plusieurs postes, sont codées en même temps des demandes formées à la fois contre le débiteur principal (emprunteur, locataire dans le crédit-bail, titulaire d'un compte courant) et contre sa caution. Il ne s'agit donc pas nécessairement d'un contentieux propre au contrat de cautionnement.

... révèlent une augmentation spectaculaire du nombre d'affaires où une caution est en cause.

18 - En dépit de cette réserve, les chiffres qui nous ont été communiqués révèlent une **augmentation spectaculaire du nombre d'affaires** où une caution est en cause, soit comme défendeur (unique ou en même temps que le débiteur principal), soit comme demandeur. Si on ne considère pour l'instant que les chiffres globaux, regroupant les différents postes, on observe que :

- devant les tribunaux de grande instance, le nombre des affaires mettant en cause une caution est passé de 9259 en 1988 à 14114 en 1993, soit une augmentation de 52,4% sur 5 ans (alors que, à titre de comparaison, le contentieux contractuel dans son ensemble a augmenté de 11% pendant la même période) ;

- devant les tribunaux d'instance (où le contentieux concerne sans doute principalement des crédits à la consommation), l'augmentation est beaucoup moins spectaculaire : on est passé de 16455 à 18183, soit 10,50%, ce qui correspond au taux moyen de progression du contentieux contractuel ;

- mais, devant les cours d'appel, on retrouve une augmentation très forte : de 4027 demandes introduites en 1988 à 7655 en 1993, soit 90% d'augmentation.

Section 2 - Progression des affaires soumises à la cour de cassation

Nous avons également recensé le nombre d'arrêts rendus par la cour de cassation depuis 10 ans.

19 - Il s'agit cette fois d'observations qui portent sur les affaires traitées, c'est à dire sur les arrêts rendus par la cour de cassation en matière de cautionnement. Ces observations ont été faites à partir de la base de données Lexis selon les méthodes et sur l'échantillon précédemment indiqués⁵. L'interrogation de départ a porté sur tous les arrêts dans lesquels sont cités, outre les mots "caution" et "cautionnement"⁶ un des textes spéciaux du titre du code civil consacré au cautionnement : les articles 2011 à 2043 du Code civil.

Dans un premier temps, nous avons recensé 1331 affaires ayant donné lieu à des arrêts rendus entre 1986 et juillet 1995, où un au moins de ces articles était cité. Mais, en se limitant aux cas où cette citation apparaissait dans le texte même de l'arrêt (excluant de ce fait les affaires où la citation n'intervenait que dans les moyens du pourvoi, sans être reprise dans la décision), ce chiffre a été ramené à 1011 décisions.

⁵ Voir supra n° 10

⁶ Ces mots à eux seuls ne sont évidemment pas discriminatoires, puisqu'ils se trouvent dans de très nombreux arrêts concernant des affaires où il y avait une caution, sans que soit nécessairement discutée une question relative au cautionnement.

Ces arrêts émanent dans leur grande majorité de la première chambre civile (318, soit 31,45%) et de la chambre commerciale (655, soit 64,70%); la 3ème chambre civile, qui connaît essentiellement des affaires de cautionnement liés aux baux d'immeubles, n'a qu'une activité beaucoup plus réduite en la matière (15 arrêts). Les autres chambres ne sont saisies que d'affaires touchant de manière incidente au droit du cautionnement (par exemple, la chambre criminelle à l'occasion d'affaires de faux en écriture). Il faut surtout observer que, pendant la période de référence (et jamais auparavant à notre connaissance), il n'y a eu aucun arrêt rendu en matière de cautionnement par une chambre mixte ou par l'Assemblée plénière civile - ce qui est remarquable dans une matière où on peut relever, comme nous le verrons par la suite, de nombreuses divergences entre la première chambre civile et la chambre commerciale.

Même s'il faut bien mesurer la portée des chiffres obtenus...

20 - Il faut être conscient que ces chiffres ne rendent pas compte exactement de l'importance quantitative du contentieux entre créanciers et cautions devant la cour de cassation.

D'abord, le droit du cautionnement ne se réduit pas, nous le verrons, aux articles 2011 et suivants du Code civil. Il faut tenir compte d'autres textes spéciaux, pour lesquels des raisons techniques nous ont amenés à faire des recherches séparées : l'article 1415 relatif au droit de poursuite né du cautionnement sur les biens de la communauté (11 arrêts se référant à cet article sans citer en outre l'un des articles 2011 à 2043), l'article 48 de la loi du 1er mars 1984 sur l'obligation d'information pesant sur les établissements de crédit (22 arrêts mettant en jeu ce seul texte). Il faut également tenir compte des nombreux arrêts qui font application, pour trancher le litige entre le créancier et la caution, de textes du droit commun des obligations, applicables au cautionnement comme à tout autre contrat (l'article 1326 CCiv sur la preuve, les articles 1110 et suivants sur les vices du consentement...) ou de textes du droit des procédures collectives qui ne concernent pas seulement les cautions, mais qui ont une incidence sur leur situation. Ainsi, en élargissant la recherche aux articles 1326 et 1110 et suivants du Code civil, on a répertorié 1556 arrêts; un croisement des mots "caution" ou cautionnement" et des articles 1110 et suivants nous a révélé de très nombreux arrêts relatifs à la question de l'erreur ou du dol dont la caution se prétend victime, et qui, parce qu'aucun texte spécial du droit du cautionnement n'est invoqué, ne se trouvent pas dans les 1011 précités. Mais il est impossible d'obtenir un comptage exact de ces arrêts, car avec un tel croisement, on trouve aussi des décisions qui n'ont rien à voir avec le droit du cautionnement (par exemple une affaire de nullité pour dol d'un contrat de vente dans lequel le paiement du prix est cautionné), et qui ne sont même pas toujours rendues à propos de litiges entre un créancier et une caution. On peut donc simplement dire que le nombre des affaires tranchées par la cour de cassation de 1986 à 1995, et qui portent sur une question relative au cautionnement, est bien supérieur à 1011.

Ensuite, il faut comprendre que de nombreux procès entre créanciers et cautions (tels qu'ils sont comptés dans les statistiques des juridictions du fond) ne portent pas sur le droit du cautionnement lui-même : la caution, qui est un débiteur accessoire, peut en effet prétendre échapper à son engagement en invoquant exclusivement des moyens de défense qui appartiennent au débiteur principal : nullité ou extinction de l'engagement de ce débiteur, contestation du taux d'intérêt applicable à ce débiteur... Par exemple, les débats relatifs à l'application de l'article 1907 du Code civil (qui imposent l'indication écrite du taux d'intérêt du prêt) au découvert en compte, ou ceux relatifs au délai de forclusion de l'article L 311-37 du Code de la consommation, ont été très souvent portés devant les tribunaux dans le cadre d'un litige entre le créancier et la caution. Ces cas sont très difficiles à mesurer par la consultation de la base de données utilisée, dans la mesure où le débat devant la cour de cassation n'impliquera pas nécessairement la référence aux textes spécifiques du droit du cautionnement.

... ils révèlent eux aussi une progression spectaculaire des affaires de cautionnement traitées par la cour de cassation...

21 - Néanmoins, même s'il ne représente qu'une partie du contentieux du cautionnement devant la cour de cassation, l'échantillon des 1011 arrêts où sont mis en oeuvre les articles 2011 et suivants du Code civil est suffisant si on veut se rendre compte de la progression de ce contentieux depuis 10 ans. Cette progression est spectaculaire, comme le montrent les chiffres suivants :

1986:	49 arrêts
1987:	58 arrêts
1988:	57 arrêts
1989:	94 arrêts
1990:	106 arrêts
1991:	121 arrêts
1992:	114 arrêts
1993:	167 arrêts
1994:	148 arrêts
1995:	97 arrêts (1er semestre)

... surtout depuis 1989.

22 - On constate que le nombre d'affaires de cautionnement traitées par la cour de cassation s'envole littéralement à partir de 1989-1990, pour culminer en 1993; 1994 semble marquer une légère dégrue, mais le chiffre est encore 3 fois supérieur à ce qu'il était en 1986. Le chiffre pour le seul premier semestre de 1995 est déjà du double de celui de l'année entière 1986 !

On constate aussi que la progression du nombre d'affaires traitées par la cour de cassation est beaucoup plus sensible que celle du nombre d'affaires publiées, telle qu'elle a été relevée précédemment.

CHAPITRE II - RÉPARTITION

23 - S'il est assez facile d'observer, à travers les renseignements dont nous disposons, la structure du contentieux porté devant les différentes juridictions (Section 1), on ne peut se faire qu'une idée plus imparfaite des types de cautionnements qui donnent lieu à ce contentieux (Section 2). La répartition par nature des questions discutées devant la cour de cassation ne fera ici l'objet que de brèves observations, sauf à être ensuite reprise lors de l'exposé détaillé des solutions jurisprudentielles (Section 3).

Section 1- La structure du contentieux

24 - Il est clair, aussi bien devant les juges du fond que devant la cour de cassation, que le contentieux est, pour l'essentiel, un **contentieux entre le créancier et la caution**, et beaucoup plus exceptionnellement un contentieux des recours de la caution (§1). Il est également clair que le contentieux du cautionnement est très fréquemment **lié à l'ouverture d'une procédure collective** contre le débiteur (§2).

§1 - Un contentieux entre créanciers et cautions

Il s'agit essentiellement d'un contentieux entre créancier et caution. Devant les juges de fond...

25 - Devant les **juges du fond**, le contentieux entre le créancier et la caution correspond aux postes 384, 476, 532, 536, et 539 ; le poste 538 correspond aux recours de la caution qui a payé contre le débiteur ou contre une autre caution. Or, pour ne prendre que l'exemple des tribunaux de grande instance, on constate que, sur l'ensemble des 5 ans de la période de référence, les **affaires entre un créancier et une caution**, sont au nombre de **64 073**, alors que les **recours de la caution** ne sont que de **3853**, soit seulement 6%. La disproportion est du même ordre pour les tribunaux d'instance et pour les cours d'appel. Elle doit cependant être relativisée si on observe que les demandes formées par les créanciers contre les cautions ne relèvent pas nécessairement d'un contentieux spécifique au cautionnement, alors que les recours relèvent d'un tel contentieux spécifique.

La même relativisation s'impose si on cherche à connaître la structure interne du contentieux entre créanciers et cautions. Comme on pouvait s'y attendre, dans l'immense majorité des cas, le litige naît d'une **demande en paiement formée contre la caution** : **61 674** demandes sur les **64 073** affaires entrées devant les TGI (sans qu'il soit malheureusement possible de distinguer les cas où le créancier agit seulement contre la caution). Les **autres demandes relatives au cautionnement** (poste 539), qui visent les cas où la caution "prend les devants", notamment en agissant en nullité du cautionnement, ne sont comptées, devant le même tribunal, que pour **2399**, soit 3%.

... comme devant la cour de cassation. Le contentieux des recours n'occupe qu'une place marginale.

26 - S'agissant maintenant des affaires jugées par la cour de cassation, on peut de même observer que les questions relatives aux recours exercés par une caution, soit contre le débiteur, soit contre un cofidélisateur, n'occupent qu'une place très marginale au sein de l'ensemble du contentieux relatif au cautionnement.

Une interrogation portant sur les articles 2028 à 2031 du Code civil, relatifs au recours de la caution contre le débiteur, donne 53 références où ces textes sont cités, mais seulement 36 où ces textes sont repris dans le corps même de la décision (soit seulement 3,56% des 1011 arrêts de référence). Mais un examen rapide de ces décisions nous a montré que, dans la plupart des cas, ces textes sont invoqués dans le cadre d'un débat entre le créancier et la caution (l'éventualité ou la privation du recours pouvant avoir une incidence sur l'obligation au paiement de la caution). Nous n'avons dénombré que 6 décisions où le débat portait vraiment sur le recours de la caution contre le débiteur.

Quant à la question des recours entre cautions, elle est un peu plus souvent débattue devant la cour de cassation : nous avons dénombré 28 arrêts faisant application de l'article 2033 du Code civil relatif à ce recours. Mais ce contentieux reste de toute façon marginal.

§2 - Un contentieux souvent lié avec une procédure collective

Le contentieux est très souvent lié à l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur

27 - On peut penser que, dans un très grand nombre de cas, la mise en oeuvre du cautionnement par le créancier est liée à l'ouverture d'une procédure collective commerciale contre le débiteur principal. Nous avons cherché à le vérifier.

Devant les juridictions du fond, nous ne disposons malheureusement des chiffres du poste 476 (demandes formées contre une caution en cas de redressement ou liquidation judiciaire) que devant les tribunaux de grande instance, ce qui n'est évidemment pas significatif. Il faudrait avoir les chiffres correspondants pour les tribunaux de commerce, pour les comparer avec l'ensemble du contentieux du cautionnement.

S'agissant des arrêts rendus par la cour de cassation, nous nous sommes livré à une recherche sommaire, mais néanmoins significative : au sein des 1011 arrêts de référence, nous avons mis à part ceux où figurent les mots "redressement judiciaire", "liquidation judiciaire", "règlement judiciaire", "liquidation de biens" ou "faillite" : la présence de ces mots permet de supposer que l'un des acteurs de l'affaire a été soumis à une procédure collective, et dans l'immense majorité des cas il s'agit certainement du débiteur. Cette recherche nous a indiqué 755 arrêts - soit près de 60% des décisions. Il faut naturellement ajouter tous les arrêts qui mettent en jeu, à propos d'une caution, les textes spéciaux du droit des procédures collectives. Il a été malheureusement impossible de se livrer à une analyse plus fine qui aurait supposé la lecture de toutes les décisions.

Section 2 - Type de cautionnement

S'agissant du type de cautionnement, l'analyse systématique des arrêts rendus au cours du 1er semestre 1995...

28 - Il nous a semblé intéressant, pour une bonne compréhension de la matière, de savoir quels sont les types de cautionnement qui donnent lieu le plus souvent à discussion devant les tribunaux. Evidemment seules des enquêtes de terrain permettraient de savoir ce qu'il en est devant les juridictions du fond. Dans le cadre limité de cette étude, nous avons dû nous limiter à une approche - d'ailleurs assez approximative - du contentieux devant la cour de cassation. L'impression générale que nous avait donnée jusque là la lecture des décisions publiées était que les affaires discutées devant la cour de cassation concernaient dans leur grande majorité des cautionnements souscrits pour garantir des crédits bancaires, notamment des cautionnements donnés par des dirigeants sociaux pour garantir les crédits octroyés à leur entreprise. Nous avons cherché à le vérifier à travers une analyse systématique des arrêts rendus au cours du premier semestre 1995 - soit 97 arrêts. Sur cet échantillonnage, nous avons recherché, pour chaque affaire quelle était la nature des dettes garanties, la qualité du créancier, celle du débiteur, et enfin celle de la caution. Nos constatations sont les suivantes :

... révèle que les affaires soumises à la cour de cassation concernent majoritairement des cautionnements de dettes indéterminées donnés par des dirigeants sociaux pour garantir les dettes de leur entreprise.

29 - S'agissant de la nature des dettes garanties, il s'agit le plus souvent d'un ensemble de dettes indéterminées (42 affaires, soit 43,29% des arrêts). Cette catégorie est très hétérogène: il peut s'agir soit du cautionnement de toutes les dettes qu'une entreprise peut avoir envers une banque, soit du cautionnement d'un compte courant (dans lequel toutes ces dettes vont se fondre) soit de la garantie des dettes qui peuvent naître entre deux entreprises dans le cadre d'un contrat de distribution (dettes du concessionnaire envers le concédant par exemple) ; mais nous verrons que tous ces cautionnements obéissent à un régime juridique unique. Viennent ensuite les cautionnements d'un ou de plusieurs prêts (26 affaires, soit 26% des cas), puis, très loin, les cautionnement d'un crédit-bail (8 arrêts en 1995) ou d'un bail d'immeuble (5 cas), le cautionnement ou aval de lettres de change ou de billets à ordre (4 cas). Pour le reste nous avons relevé deux cas de cautionnements de dettes délictuelles, un cas de cautionnement d'arriérés fiscaux, un seul cas de cautionnement des obligations de faire pesant sur un entrepreneur.

30 - Comme on pouvait s'y attendre, le créancier bénéficiaire du cautionnement est, dans l'immense majorité des cas, une banque ou un établissement de crédit (société de crédit-bail, entreprise d'affacturage...) : c'est le cas dans 70 des 97 arrêts, soit 72,16%. Dans les autres arrêts, le créancier est le plus souvent une entreprise titulaire ou susceptible d'être titulaire de créances commerciales sur une autre: fournisseur, concédant, vendeur de fonds de commerce, parfois une personne publique ou parapublique (Trésor, URSSAF). Devant la cour de cassation, le cautionnement donné au profit d'un particulier (bailleur, prêteur) n'apparaît que de manière très exceptionnelle.

31 - Le **débiteur**, dans les affaires soumises à la cour de cassation, est lui aussi presque toujours une entreprise, spécialement une entreprise organisée sous la forme sociale (62 arrêts, soit 64% des affaires), plus rarement une entreprise individuelle (28 arrêts). Ce n'est donc que dans 7 décisions qu'apparaît un débiteur personne physique non tenu dans le cadre de son activité professionnelle (particulier emprunteur ou, très rarement, locataire d'un immeuble à usage d'habitation) ! Bien entendu cela ne signifie pas que le cautionnement ne soit pas pratiqué dans ce contexte, mais simplement que le contentieux auquel il donne lieu qu'on peut supposer plus limité que celui généré par le cautionnement des dettes d'entreprise) ne remonte presque jamais devant la cour de cassation.

32 - Enfin, si on cherche à savoir qui sont les **cautions** dont les affaires remontent devant la cour de cassation, on constate qu'il s'agit, dans une écrasante majorité de cas, de **personnes physiques** (84 arrêts soit 86, 59%). Dans de très nombreuses affaires, on peut savoir avec certitude, à la lecture de la décision, que cette personne est le **dirigeant de l'entreprise cautionnée** (38 affaires) ou un membre de la famille du débiteur ou du chef d'entreprise (17 arrêts). La cour de cassation a rarement à connaître de cautionnements donnés par des sociétés commerciales (3 cas seulement en 1995, mais il faut ajouter les arrêts relatifs aux lettres d'intention), par des banques (6 cas) ou par des sociétés de caution mutuelle (3 cas).

33 - Cette étude d'un échantillon de décisions confirme donc en définitive l'impression qu'on pouvait avoir au départ : les cautionnements dont a à connaître la cour de cassation sont dans leur très grande majorité des cautionnements donnés au profit des banques par des personnes physiques (et spécialement des dirigeants d'entreprise) pour garantir les dettes d'une entreprise. Le point le plus important à souligner est à notre avis que les dettes cautionnées sont, dans les affaires soumises à la cour de cassation, très souvent des dettes indéterminées - alors que, nous le verrons, les textes ignorent presque complètement cette forme de cautionnement.

Section 3 - Nature des questions

Elle permet également d'avoir de renseignements précieux sur la nature des questions traitées par la cour de cassation. La question du formalisme vient nettement en tête.

34 - Nous nous sommes livré sur ce point à une analyse approfondie des différents points qui sont discutés devant la cour de cassation en matière de cautionnement, ce qui, comme nous l'avons déjà relevé, nous a aidé à situer les principales "zones de turbulence" de la matière. Nous ne donnerons ici que quelques indications très générales, sauf ensuite à reprendre les chiffres dans le détail lorsque nous examinerons les solutions jurisprudentielles relatives à chacune de ces questions. Nous pourrons alors, en effet, nous intéresser aux résultats concrets que produit, pour les parties, la discussion sur chacun des points considérés, ce qui nous aidera à mieux comprendre la portée des règles jurisprudentielles qui y sont relatives.

Sous le bénéfice, donc, d'observations plus approfondies, nous indiquerons ici que les questions les plus discutées, devant la cour de cassation, sont, dans l'ordre :

- la nécessité et la portée de la mention manuscrite traduisant l'engagement de la caution (art 1326 et 2015 CCiv) : 351 arrêts⁷
- la décharge de la caution fondée sur l'article 2037 du Code civil : 157 arrêts
- les vices du consentement (dol et erreur) affectant l'engagement de la caution : 64 arrêts sur le dol et 25 sur l'erreur
- les conditions et les effets de la révocation du cautionnement de dettes indéterminées : 72 arrêts
- l'obligation d'information pesant sur l'établissement de crédit bénéficiaire du cautionnement (art 48 L 1er mars 1984) : 59 arrêts
- l'incidence de la nullité de l'obligation principale (art 2012 CCiv) : 49 arrêts
- l'incidence du défaut de déclaration de la créance garantie à la procédure collective ouverte contre le débiteur principal 47 arrêts
- l'arrêt du cours des intérêts résultant de l'ouverture d'un redressement judiciaire : 20 arrêts

SOUS-TITRE II - COMMENTAIRES

35 - Le constant développement, observé ces dernières années, du contentieux en matière de cautionnement appelle un certain nombre de commentaires sur ses causes, et sur ses conséquences. Le phénomène, qui peut s'expliquer par de multiples facteurs (CHAPITRE I), produit en lui-même, et indépendamment des solutions qui peuvent être données aux litiges, des conséquences désastreuses compte tenu de la finalité de l'institution (CHAPITRE II).

⁷ Il s'agit des cas où le ou les textes concernés sont cités dans la décision elle-même

CHAPITRE I - UN PHÉNOMÈNE AUX CAUSES DIVERSIFIÉES

36 - L'abondance du contentieux en matière de cautionnement, spécialement entre les créanciers et les cautions, est lié à un certain nombre de **causes structurelles**, qui tiennent en quelque sorte à la "nature" de ce mécanisme de garantie (Section 1). Mais ce sont des **causes conjoncturelles** qui peuvent expliquer le développement quantitatif spectaculaire de ce contentieux (Section 2).

Section 1 - Causes structurelles

L'abondance du contentieux s'explique par des causes structurelles tenant aux conditions dans lesquelles s'engagent les cautions et aux conditions de mise en oeuvre de leur engagement.

37 - On peut penser que le cautionnement est en lui-même une forme de garantie qui suscite le contentieux : il est vain pour les créanciers de pouvoir espérer avoir toujours affaire à des cautions qui s'exécuteraient sans discuter. De par la structure même de l'opération, la caution sera assez naturellement portée, lorsque le créancier lui demandera de payer, à contester le principe ou la portée de son engagement, ou du moins à en retarder l'exécution. Par rapport à d'autres engagements contractuels, le cautionnement présente une certaine spécificité qui apparaît aux différentes étapes du déroulement de l'opération : au moment de **l'engagement de la caution**, pendant la **période d'attente** qui s'écoule entre cet engagement et sa mise en oeuvre éventuelle, et lors du **dénouement** de l'opération.

38 - D'abord, quelles que soient les règles législatives et jurisprudentielles qui visent à attirer l'attention des cautions sur la gravité de leur engagement (et nous verrons que ces règles ont connu un développement considérable ces dernières années), beaucoup de cautions ne sont pas clairement conscientes, **au moment où elles signent le cautionnement**, des conséquences que celui-ci peut avoir par la suite. Certes, on veut bien croire qu'il n'existe plus guère de cautions franchement inconscientes, qui s'imaginent que leur engagement est purement moral - comme cela a été parfois soutenu, et victorieusement, devant les tribunaux. Mais, même lorsqu'elle comprend bien qu'elle pourra avoir un jour à payer, la caution s'engage presque toujours - hors quelques hypothèses où l'insolvabilité du débiteur est d'ores et déjà certaine - en pensant, et en espérant, qu'elle n'aura pas à honorer cet engagement, parce que le débiteur ne sera pas défaillant. Même si, pour des raisons diverses, le cautionnement ne peut pas être analysé en un contrat aléatoire au sens de l'article 1104 CCiv, il y a dans ce contrat, pour la caution, une incertitude dans l'exécution qui en fait un engagement dont la portée est difficile à mesurer au départ. Et de toute façon, même si la caution est parfaitement consciente du risque couru, elle sera très fréquemment contrainte de le prendre, soit pour des raisons familiales, soit, plus souvent, pour des raisons d'affaires (le dirigeant qui veut obtenir un crédit pour son entreprise est pratiquement contraint de donner son cautionnement). Ainsi, même lorsqu'il est parfaitement conscient, le consentement de la caution est rarement tout à fait libre. En forçant un peu le trait, on peut dire que le consentement donné par la caution, même s'il n'est pas vraiment vicié, est toujours quelque peu "infirme", la caution pouvant toujours dire *a posteriori* : "si j'avais su", ou "je n'ai pas pu faire autrement". Cela ne vaut pas bien entendu pour les cautions "de métier" (banques, sociétés de caution mutuelle), mais nous avons vu que ce type de cautionnement suscitait peu de contentieux et ce n'est évidemment pas un hasard.

39 - Une fois que la caution s'est engagée s'ouvre une **période d'attente**, d'incertitude, pendant laquelle l'essentiel se déroule dans les relations entre le créancier et le débiteur principal, et où la caution est très largement "hors jeu" : rien, ou presque, ne se passe pour elle. Cette période d'attente peut durer très longtemps. Déjà, lorsque le cautionnement est donné pour garantir une dette déterminée (un prêt, un crédit-bail), il faut voir que la caution peut être inquiétée bien au delà de l'échéance normale du prêt, parce que le débiteur principal peut profiter de reports ou de rééchelonnements. Mais, surtout, lorsqu'on est en présence d'un cautionnement donné pour garantir toutes les dettes du débiteur sans limitation de durée - figure fréquente dans le contexte du crédit aux entreprises - (et qui, nous l'avons vu, se retrouve souvent dans les affaires soumises à la cour de cassation - la caution peut rester 20 ou 30 ans sans qu'on lui demande rien, parce que le débiteur principal exécute ponctuellement ses obligations ou même parce qu'il ne demande pas de crédit. Pendant cette période, des événements considérables peuvent se produire sans que le cautionnement tombe pour autant : la caution peut décéder, son engagement se transmettant à ses héritiers, le dirigeant qui s'était porté caution des dettes de sa société peut cesser ses fonctions, l'entreprise débitrice peut être restructurée, l'établissement de crédit créancier lui-même peut connaître d'importantes modifications. Le temps et les circonstances aidant, la caution (d'origine ou substituée) peut avoir tendance à oublier l'épée de Damoclès qui pèse sur elle - même si, sur ce point, au moins dans le cadre du crédit aux entreprises, d'importants progrès législatifs ont été faits pour maintenir la caution informée de son engagement, de telle sorte que la période d'attente devrait, de moins en moins aujourd'hui, être pour la caution une période d'oubli.

40 - Enfin, la caution vit souvent très mal le **dénouement de l'opération**, lorsque, bien sûr, ce dénouement est défavorable pour elle, et qu'on lui demande le paiement de sommes pouvant être disproportionnées à ses capacités financières. Cette obligation au paiement sera d'autant plus difficile à admettre que la caution ne paye pas sa propre dette - ce qui est déjà désagréable - mais celle d'autrui. Il importe peu d'ailleurs que cet "autrui" soit une personne très proche - un membre de la famille, ou la société dont on est le dirigeant et/ou le détenteur de la plus grande partie du capital : la caution n'en ressentira pas moins ce paiement comme anormal, comme insupportable, alors surtout qu'elle sait très bien, dans la plupart des cas, que les sommes versées seront irrécupérables - sinon dans le cas du cautionnement des dirigeants, par le biais d'une déduction fiscale. Là encore, le problème est très différent pour les cautions "de métier" (banques, sociétés de caution mutuelle) pour lesquels le fait d'avoir à payer pour autrui fait partie de l'activité normale: ces cautions institutionnelles contesteront très rarement leur obligation au paiement, se préoccupant surtout d'assurer l'efficacité de leur recours. Qu'il n'y ait que peu d'affaires concernant ces cautions au niveau de la cour de cassation est là encore très révélateur.

41 - Il ne faut donc pas s'étonner si, par la conjonction de ces différents facteurs, le premier réflexe de beaucoup de cautions à qui la banque demande le paiement, soit d'aller voir un avocat pour lui demander s'il n'y a pas quelque moyen d'échapper à son engagement, ou du moins d'en limiter la portée, ou d'en retarder l'exécution. Il y a là en quelque sorte, des causes structurelles de contentieux que les réformes législatives ou l'amélioration des solutions sur tel ou tel point peuvent sans doute atténuer (par exemple en développant le formalisme de l'engagement de la caution ou l'obligation d'information au cours de la période d'attente), mais qu'elles ne peuvent évidemment supprimer.

Section 2 - Causes conjoncturelles

Le développement du contentieux peut s'expliquer simplement par l'accroissement du nombre des cautionnements donnés, ou du nombre de défaillances d'entreprise.

42 - Les causes structurelles précédemment relevées ne suffisent évidemment pas à expliquer le fort accroissement du contentieux en la matière, tant devant les juridictions du fond que devant la cour de cassation, tel qu'il est révélé par les chiffres étudiés plus haut. Les cautions avaient sans doute les mêmes raisons de résister aux demandes des créanciers il y a vingt ans que maintenant. S'il y a davantage de procès aujourd'hui, c'est en raison de différents facteurs conjoncturels, **de fait, mais aussi de droit.**

43 - Sur un **pur plan factuel**, deux raisons peuvent ici être relevées pour expliquer qu'il y ait plus de demandes judiciaires contre les cautions et plus de décisions rendues aujourd'hui qu'il y a vingt ans.

La première est très probablement qu'il y a **plus de cautionnements donnés**. D'abord le crédit, tant aux entreprises qu'aux particuliers, est plus développé qu'il y a vingt ans. Ensuite, le cautionnement est, pour ces deux types de crédit, une garantie beaucoup plus fréquente qu'autrefois ; en particulier, il semble que les banques demandent aujourd'hui de manière systématique un cautionnement des dirigeants d'entreprise. Bien entendu, comme on l'a d'emblée relevé, ces affirmations, très courantes dans les écrits de la doctrine universitaire et dans les propos des praticiens du crédit, sont impossibles à vérifier scientifiquement, dans la mesure où le cautionnement - c'est un de ses avantages - n'est soumis à aucune formalité de publicité, son existence n'apparaissant justement qu'à travers le contentieux éventuel auquel il donne lieu. Mais on peut raisonnablement les tenir pour exactes.

Un deuxième facteur de fait qui explique l'augmentation du contentieux du cautionnement est sans aucun doute l'**augmentation du nombre des débiteurs défaillants**, et notamment des entreprises en redressement ou en liquidation judiciaire. Il serait à cet égard intéressant de mettre en parallèle les chiffres relatifs aux procédures collectives et ceux que nous avons relevés en matière de cautionnement.

Mais il est peut être stimulé par l'état actuel du droit français du cautionnement.

44 - L'observation attentive de la nature des questions posées aux tribunaux (même faite dans le cadre déformé de la jurisprudence de la cour de cassation) amène cependant à se demander si, au delà de ces éléments de fait, l'augmentation du contentieux n'est pas également liée à **des facteurs d'ordre juridique**. Nous croyons que le droit français actuel, loin d'atténuer les effets des causes précédentes, est plutôt de nature à les renforcer, à les aggraver.

Depuis une vingtaine d'années, à partir du moment où le cautionnement s'est trouvé à nouveau placé sous les feux de l'actualité juridique, le droit français - législatif et, surtout, jurisprudentiel - est à la recherche constante d'un équilibre, bien difficile à trouver, entre les intérêts des cautions et ceux des créanciers. D'un côté, on est tenté de multiplier des règles protectrices des cautions, dont la situation est souvent insupportable, pour toutes les raisons énoncées précédemment, face au créancier qui a parfois tendance à profiter de sa position de force pour imposer des contrats très déséquilibrés. Mais d'un autre côté, et au delà de l'objection du respect de la parole donnée, toujours vive dans l'opinion de beaucoup de juristes, on sait bien qu'il n'est pas possible de sacrifier l'efficacité du cautionnement, de trop diminuer l'efficacité de la garantie qu'il procure aux créanciers, au risque de compromettre l'octroi des crédits aux particuliers et aux entreprises ou d'amener les établissements de crédit à se tourner vers d'autres formes de garanties qui pourraient être en définitive beaucoup plus dangereuses que le cautionnement.

Il existe des interactions constantes entre les évolutions qui affectent les solutions du droit positif et l'augmentation du contentieux.

45 - La difficulté de trouver le point d'équilibre explique l'extrême complexité et les nombreuses incertitudes du droit français actuel. Nous rendrons compte en détail, dans les développements suivants, des principales difficultés ; mais il convient ici de souligner qu'il y a des interactions constantes entre les évolutions qui affectent les solutions du droit positif en matière de cautionnement, et l'augmentation du contentieux. Le renouveau, depuis une vingtaine d'années, du cautionnement en France, s'est fait à partir de textes du Code civil inchangés depuis 1804, et très largement inadaptés à l'utilisation actuelle de cette garantie. Mais comme ces textes sont en grande partie supplétifs, ils ont permis le développement d'une pratique contractuelle exclusivement construite pour assurer la satisfaction des intérêts des créanciers - et notamment des banquiers, maîtres de la rédaction des actes. Pour essayer de réintroduire un certain équilibre, la cour de cassation a alors posé progressivement un certain nombre de règles jurisprudentielles protectrices des cautions. Ces règles protectrices ont naturellement incité les cautions à plaider, d'où une augmentation des affaires de cautionnement jusque devant la cour de cassation - et d'où, en retour, la réapparition d'un certain courant jurisprudentiel plus favorable aux créanciers. Ces évolutions, et leur incidence sur le développement du contentieux, sont particulièrement évidentes dans le domaine des règles de forme applicables au cautionnement⁸.

Il faut ajouter que, toujours dans un esprit protecteur des cautions, le législateur est intervenu à plusieurs reprises ces dernières années, mais seulement dans des domaines très délimités et sur des points de détail, multipliant les causes de contestations au lieu de les supprimer⁹.

⁸ Voir infra n° 112 et s

⁹ Voir infra n° 75 et s

Il faut enfin observer que chaque évolution de la jurisprudence ou de la législation dans un sens favorable aux cautions est suivie d'une adaptation des pratiques contractuelles, notamment dans le domaine bancaire, pour essayer de parer aux inconvénients que les nouvelles solutions présentent pour les créanciers - d'où, à chaque fois ou presque, l'apparition de nouvelles sources de débats sur la validité ou la portée des nouvelles clauses : nous l'observerons notamment à propos des clauses relatives à la déchéance du terme en cas de procédure collective, à la résiliation du cautionnement, au décès de la caution...

Ainsi se produit, depuis dix ans, une sorte de phénomène de "boule de neige" : plus de contestations de leurs engagements par les cautions, plus de jurisprudence, de nouvelles interventions législatives, de nouvelles clauses dans les contrats, tout cela suscitant de nouvelles sources de discussions devant les tribunaux.

CHAPITRE II- UN PHÉNOMÈNE AUX EFFETS PERVERS

Le développement du contentieux a, en soi des effets pervers.

46 - Il est clair qu'on ne peut poser en règle générale que le développement du contentieux relatif à telle ou telle institution est un signe de crise : tout au contraire, il peut en révéler le dynamisme, ou être l'expression normale des conflits sociaux que cette institution vise à canaliser. Mais, s'agissant du cautionnement, on peut bien affirmer que le développement du contentieux - si on admet que ce développement est plus important que celui des cautionnements donnés - est synonyme de crise, dans la mesure où il va directement à l'encontre de la finalité de l'institution, et ou, en soi, il est de nature à entraîner la désaffection de la pratique pour cette sûreté.

Le cautionnement en effet, n'est pas seulement une garantie contre l'insolvabilité du débiteur.

47 - Toutes les sûretés - réelles ou personnelles - ont bien sûr pour but - c'est leur définition même et c'est le seul élément qui fait l'unité du concept de sûreté - de **protéger le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur** : il s'agit de faire en sorte que le créancier soit désintéressé, alors que les biens du débiteur sont insuffisants pour assurer le paiement de toutes ses dettes. On rappellera que cette finalité première peut être atteinte principalement (mais pas exclusivement) par deux techniques : soit en octroyant au créancier un droit réel sur un ou plusieurs biens de telle sorte que le créancier soit payé, en cas de vente forcée du bien, par préférence aux autres (sûretés réelles) ; soit en accordant au créancier un droit personnel contre un garant, un débiteur de secours, dont on espère qu'il sera, lui, solvable (sûretés personnelles). Cependant, dans le cas des sûretés personnelles, et en particulier du cautionnement, cette finalité n'est pas la seule, et n'est peut-être pas (ou plus) la principale : il s'agit aussi pour le créancier, même si le débiteur est solvable, s'il a des biens suffisants, ou même si ce créancier a par ailleurs une sûreté (réelle notamment) qui le protège suffisamment contre l'insolvabilité, **d'être protégé contre les retards de paiement**, d'obtenir les sommes qui lui sont dues non seulement de manière sûre, mais de manière plus rapide que celle qui résulterait de la mise en oeuvre d'une sûreté réelle. Cette finalité particulière explique à la fois le renouveau quantitatif du cautionnement, et certains aspects de sa pratique.

C'est aussi un moyen pour le créancier d'obtenir rapidement son paiement, notamment en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur...

48 - Pendant longtemps, comme toute sûreté personnelle, a considéré, à juste titre, que le cautionnement (et les sûretés personnelles en général) était une forme de garantie moins "sûre" que les sûretés réelles : le créancier qui prend une hypothèque ou, dans une moindre mesure, un nantissement, s'il évalue correctement la valeur du bien grevé, est normalement sûr d'être désintéressé un jour. Il n'en va pas de même du banquier qui, pour garantir les crédits qu'il accorde à une société, prend comme caution le dirigeant, un associé ou un membre de leur famille, et qui sait très bien la plupart du temps que les biens de ces garants seront insuffisants pour assurer son désintéressement complet. Mais cet inconvénient des sûretés personnelles ne vaut que si on raisonne dans une optique de garantie contre l'insolvabilité. Même s'il n'est pas très efficace dans cette optique, un cautionnement peut permettre au créancier d'obtenir, au moins pour partie, un paiement immédiat de ce qui lui est dû, dès la défaillance du débiteur principal, et sans avoir à attendre la réalisation des biens de ce dernier. Et c'est sans doute cette considération qui explique le mieux le renouveau quantitatif du cautionnement dans la pratique moderne du crédit bancaire.

La supériorité du cautionnement (et des sûretés personnelles en général) à cet égard se manifeste principalement dans le contexte des procédures collectives. Celles-ci peuvent se traduire, parfois, par un affaiblissement, voire un anéantissement de certaines sûretés réelles ; mais cet aspect reste marginal : dans la plupart des cas, le créancier qui a une bonne sûreté réelle doit parvenir à "tirer son épingle du jeu". Mais, même s'il parvient à se faire payer, il devra en général attendre longtemps, pour obtenir son paiement : pendant la période d'observation, tout sera bloqué, et, ultérieurement, le créancier court le risque de se voir imposer les délais du plan de continuation ; ce n'est que dans le cadre de la cession de l'entreprise ou, plus souvent, de la liquidation judiciaire, que le créancier pourra tirer vraiment parti de sa sûreté. En revanche, le titulaire d'un cautionnement peut en principe agir contre son garant sans attendre l'issue de la procédure (même s'il ne peut méconnaître complètement celle-ci).

... ce que révèle bien la pratique actuelle du cautionnement.

49 - La finalité particulière du cautionnement, qui est de garantir, non seulement contre l'insolvabilité du débiteur, mais aussi et d'abord, contre le retard de paiement, explique aussi certains traits de la pratique actuelle en la matière, telle du moins qu'on peut l'observer à travers le contentieux. Deux points méritent ici d'être relevés.

Le premier point est le plus évident et le plus caractéristique. C'est la quasi-disparition, dans la pratique du cautionnement, au moins de celui qui est donné au profit des banques, du cautionnement simple au profit du cautionnement solidaire. Dans le cautionnement simple, qui est présenté dans le Code civil, comme la solution de principe, l'engagement de la caution est affecté d'une subsidiarité très marquée: la caution peut en particulier invoquer le "bénéfice de discussion", c'est à dire imposer au créancier d'aller d'abord "discuter", saisir les biens du débiteur principal, elle-même ne devant payer que si ces poursuites contre le débiteur s'avèrent infructueuses. Même si le bénéfice de discussion est enfermé par les articles 2021 et suivants du Code civil dans des conditions très restrictives,

il n'en est pas moins, pour la plupart des créanciers, une contrainte insupportable, précisément parce qu'il ravale le cautionnement au rang de simple garantie contre une insolvabilité démontrée du débiteur, et qu'il retarde le paiement du créancier. C'est pourquoi l'immense majorité des cautionnements sont aujourd'hui solidaires, la caution étant alors placée sur le même plan que le débiteur, et devant payer sans pouvoir exiger la discussion préalable des biens de ce dernier. Cette pratique est attestée, d'une part par la consultation des formules-types de cautionnement que font signer les principales banques françaises, d'autre part par la rareté des cas de cautionnement simple qui apparaissent dans les arrêts de la cour de cassation¹⁰. Il semble que le cautionnement simple ne soit plus pratiqué que dans certains cas où la fourniture d'un cautionnement est exigée par la loi ou par le juge - et encore le plus souvent les dispositions légales exigent-elles la fourniture d'un cautionnement solidaire.

Un second point à relever est que très souvent le cautionnement est pris par le créancier, non pas en tant que seule garantie, mais en complément d'autres sûretés, notamment de sûretés réelles. Cette "cohabitation" apparaît notamment à travers l'abondant contentieux relatif à l'article 2037 CCiv, texte qui impose au créancier de veiller à la conservation des garanties qui assortissent la dette cautionnée¹¹. Elle montre bien la complémentarité du cautionnement et des garanties réelles : le cautionnement est destiné à permettre au créancier d'obtenir un paiement rapide ; si ce paiement est total, c'est la caution qui profitera des sûretés réelles par subrogation ; s'il est partiel, les sûretés réelles assureront le complément.

Le développement du contentieux compromet directement cette finalité et risque d'entraîner le déclin de cette garantie.

50 - Dans cette optique, il est clair que le fait qu'il y ait un risque élevé de contestation de la part de la caution est, en soi, un sérieux inconvénient par rapport au but recherché par le créancier. Même si le procès aboutit, en définitive, à une solution favorable au créancier, celui-ci ne pourra obtenir son paiement qu'au prix de délais et de difficultés qui vont à l'encontre de l'esprit de la garantie.

Le risque - souvent souligné - est alors que les créanciers se détournent du cautionnement, jugé trop peu "sûr", pour exiger d'autres garanties, plus rigoureuses pour le garant, et où les risques de contestation seraient plus limités. L'extraordinaire développement dans les relations internationales des garanties "à première demande" et leur développement dans les opérations internes¹² s'explique principalement par cette considération: ces garanties sont en effet censées permettre au créancier d'obtenir un paiement immédiat et sans contestation, sous réserve d'un procès ultérieur où le créancier se trouverait en situation de défendeur.

10 Voir infra n° 59

11 Voir infra n° 159 et s

12 Voir infra n° 240 et s

TITRE SECOND - UN DROIT COMPLEXE ET INCERTAIN

51 - Nous ferons d'abord le point sur les textes qui régissent actuellement le cautionnement (SOUS-TITRE I) avant de passer en revue les principales solutions jurisprudentielles (SOUS-TITRE II)

SOUS-TITRE I- LES TEXTES

52 - Au droit commun supplétif du cautionnement, tel qu'il est contenu dans le Code civil (CHAPITRE I), se sont superposées depuis quelques années un certain nombre de réglementations spéciales (CHAPITRE II).

CHAPITRE I- LE DROIT COMMUN DU CAUTIONNEMENT

Le droit commun du cautionnement se trouve dans le Code civil.

53 - On le trouve aux articles 2011 à 2043 du Code civil. Ces textes constituent le titre XIV du livre III du Code civil; ils se situent au sein de la réglementation des différents contrats, entre les articles relatifs au mandat et ceux qui sont consacrés à la transaction. Ceci permet de rappeler d'emblée que le cautionnement est d'abord un contrat, auquel doivent aussi et d'abord être appliquées les règles générales du titre III "Des contrats ou des obligations conventionnelles en général" : nous verrons qu'il est fait de ces règles générales une large application dans la jurisprudence contemporaine. En particulier, il faut souligner l'importance que revêtent, dans notre domaine, les articles 1109 et suivants (sur les vices du consentement) et 1326 du Code civil (sur la preuve des engagements unilatéraux) pour lesquels le cautionnement est aujourd'hui le domaine d'application privilégié.

Les textes qui n'ont pas évolué depuis 1804...

54 - Ce qui frappe d'emblée, lorsqu'on observe les articles 2011 et suivants du Code civil, c'est que ces textes n'ont pratiquement pas été modifiés depuis 1804. Si on met à part l'incidence de la suppression de la contrainte par corps en 1867, qui a altéré le sens original de l'article 2017, le seul changement figurant au titre du cautionnement résulte de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 qui a ajouté à l'article 2037 la formule "Toute clause contraire est réputée non écrite". Il faut y ajouter l'apparition d'une règle importante qui ne figure pas au titre du cautionnement, mais à celui des régimes matrimoniaux: depuis la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985, l'article 1415 du Code civil restreint le droit de poursuite des créanciers bénéficiaires d'un cautionnement sur les biens communs des époux lorsque l'un seul des deux s'est porté caution (la règle vaut aussi pour les emprunts faits par un époux, mais elle semble surtout s'appliquer aux cautionnements). Mais, à part ces modifications, les autres articles du Code sont absolument tels qu'ils étaient en 1804.

... apparaissent vieilliss sur de nombreux points.

55 - Or cette réglementation apparaît aujourd'hui comme considérablement vieillie, parce qu'elle ne correspond plus du tout à l'utilisation actuelle du cautionnement

Les rédacteurs du Code ont raisonné sur l'utilisation qui se faisait à leur époque du cautionnement: ils ont tenu compte des contextes où, au début du XIXème siècle, une personne était amenée à se porter caution, et de la nature des dettes qui étaient alors garanties par ce type d'engagement. Or, sur ces deux points, la situation a considérablement évolué. Les règles du Code apparaissent dès lors comme complètement décalées par rapport à la pratique contractuelle du cautionnement (Section 1). Elles sont par ailleurs insuffisamment différenciées compte tenu aux diverses utilisations qui sont faites aujourd'hui de cette sûreté personnelle (Section 2).

Section 1- Des règles décalées par rapport à la pratique contractuelle

Ces textes réglementent le cautionnement comme un service d'ami, dans un esprit protecteur des cautions.

56 - Il ressort des travaux préparatoires du Code civil que les rédacteurs des articles 2011 et suivants ont surtout pensé à une caution qui s'engage en raison de rapports amicaux ou familiaux qu'elle a avec le débiteur. Ils ont très peu pensé à des cautionnements donnés dans le cadre de rapports d'affaires ou professionnels. Cette conception du cautionnement "service d'ami" a inspiré toute la réglementation du Code, beaucoup plus orientée, de prime abord, vers l'idée de protection de la caution, qui s'est engagée à titre désintéressé, que vers le souci d'assurer une garantie efficace du créancier.

57 - Ce souci de protection apparaît à travers les règles qui définissent restrictivement l'étendue de l'engagement de la caution (art 2013, 2015). Il apparaît aussi dans la conception du cautionnement comme un engagement accessoire qui permet à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions, tous les moyens de défense appartenant au débiteur principal, aussi bien en ce qui concerne la validité du contrat principal (art 2012) qu'en ce qui touche ses causes d'extinction (art 2036). On le voit aussi à travers la réglementation très soignée des recours, avant et après paiement. Il apparaît encore dans les règles relatives à l'extinction du cautionnement : opposabilité des exceptions inhérentes à la dette (art 2036) et, surtout, bénéfice de subrogation ou de cession d'actions qui permet à la caution d'être déchargée en cas de perte des autres sûretés assortissant la dette par le fait du créancier (art 2037). Enfin, et de manière particulièrement claire, l'esprit de protection de la caution ayant inspiré les rédacteurs du Code, se manifeste à travers les deux "bénéfices" qui encadrent la mise en oeuvre du cautionnement : bénéfice de discussion, qui permet à la caution de demander au créancier de poursuivre d'abord le débiteur principal (art 2021 à 2024) et bénéfice de division, par lequel, lorsqu'il y a plusieurs cautions, chacune peut obtenir de n'être poursuivie que pour une partie de la dette (art 2025 à 2027).

Cette protection est cependant largement illusoire car la plupart des textes du Code sont supplétifs...

58 - Cette protection est cependant largement illusoire, parce que, conformément au principe de liberté contractuelle dominant au début du XIX^{ème} siècle, la plupart de ces textes étaient (et sont encore souvent) des textes supplétifs, pouvant donc être écartés par des clauses contraires. Jusqu'à la loi de 1984 qui a interdit les clauses de renonciation à l'article 2037, seules les règles relatives à la formation du cautionnement étaient d'ordre public. Les effets du cautionnement pouvaient en revanche (et peuvent encore très largement) être aménagées par les parties, sous la seule réserve de ne pas porter atteinte au caractère accessoire du cautionnement, considéré comme étant de l'essence de l'institution. Dans la mesure où les contrats de cautionnement sont, dans l'immense majorité des cas, des contrats d'adhésion, où le créancier est en situation de force, cette liberté a permis le développement d'une pratique contractuelle qui, de manière quasi-systématique, écarte les principales règles protectrices de la caution.

... et ils sont largement écartés dans la pratique contractuelle, comme en témoignent notamment la quasi-disparition du cautionnement simple...

59 - C'est ainsi que, pour ce qu'on peut connaître de la pratique contractuelle, tous les contrats de cautionnement sont aujourd'hui stipulés solidaires, ce qui conduit principalement à écarter le bénéfice de discussion et le bénéfice de division. Il est clair en effet que ces bénéfices, qui sont particulièrement révélateurs de la conception que les auteurs du Code se faisaient du cautionnement, apparaissent aujourd'hui complètement obsolètes : ils sont en effet incompatibles (surtout ceux qui concernent le bénéfice de discussion) avec l'idée, précédemment soulignée, que le créancier qui prend un cautionnement n'entend pas seulement (et sans doute pas principalement) être protégé contre le risque d'insolvabilité du débiteur, mais aussi obtenir un paiement rapide et sans discussion de la part de la caution. Aussi le cautionnement simple, présenté par le Code comme le principe, n'existe semble-t-il plus guère en pratique, si ce n'est dans quelques hypothèses rarissimes où la fourniture du cautionnement est imposée, sans autre précision, non par le créancier qui est alors en mesure de dicter ses conditions, mais par le juge ou la loi : mais la plupart des textes qui prévoient aujourd'hui la fourniture d'un cautionnement exigent un cautionnement solidaire¹³. Les textes du Code apparaissent alors complètement en décalage par rapport à la pratique. Ce n'est pas un hasard si les articles 2021 à 2027 relatifs aux bénéfices de discussion et de division (soit 6 articles sur les 32 consacrés au cautionnement) ne sont pratiquement plus invoqués devant la cour de cassation : sur les 1011 arrêts répertoriés de la cour de cassation, nous n'en avons trouvé que 23 où était en débat l'existence du bénéfice de discussion et seulement 3 où l'existence d'un tel bénéfice a été reconnu ! Les chiffres sont à peu près les mêmes pour le bénéfice de division.

En revanche, le cautionnement solidaire, qui est devenu en fait le principe, ne fait l'objet que d'une brève mention dans l'article 2021 in fine ("à moins que la caution ne se soit obligée solidairement avec le débiteur, auquel cas l'effet de son engagement se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires") ; or ce texte est loin de régler tous les problèmes posés par la stipulation de solidarité.

13 Voir infra n° 77 et s

... et de nombreuses clauses des contrats bancaires.

60 - La consultation des formulaires de cautionnement proposés par les établissements de crédit montre bien d'autres exemples de clauses qui écartent les textes protecteurs du Code. On peut ainsi observer que les textes relatifs aux recours (du moins contre le débiteur) sont largement rendus illusoires par l'habitude des clauses de non-concours qui interdisent à la caution, en cas de paiement partiel, de se retourner contre le débiteur principal tant que le créancier n'est pas complètement désintéressé : pour les cautions qui ne garantissent qu'une partie de la dette, ces clauses aboutissent en fait à exclure purement et simplement le recours. Quant aux recours avant paiement, ils sont également souvent exclus, du moins dans le cas des délais accordés par le créancier au débiteur, par une clause de renonciation à l'article 2039 CCiv. Jusqu'à ce que la loi du 1er mars 1984 ne vienne les interdire, les clauses de renonciation à l'article 2037 étaient systématiques dans les contrats de cautionnement souscrits au profit des banques...

Ce décalage entre les textes et la pratique n'est pas satisfaisant.

61 - Ce décalage entre les textes et la pratique est évidemment fâcheux. Sans doute, on pourrait penser qu'au fond il démontre l'extrême adaptabilité des textes du Code civil, puisque ceux-ci ont précisément permis le développement d'une pratique du cautionnement à laquelle on n'avait point songé en 1804. Mais il faut être cohérent.

Ou on estime que le cautionnement doit rester, pour l'essentiel, soumis au principe de la liberté contractuelle, et que les règles du Code ne sont destinées à recevoir application qu'à défaut de clause contraire. Dans ce cas, il paraît souhaitable que ces règles soient les plus proches possibles de la pratique dominante, pour que les incertitudes des clauses contractuelles les plus fréquentes puissent recevoir une solution claire dans la loi. Pour prendre l'exemple le plus criant, il est peu satisfaisant de maintenir dans la loi une réglementation détaillée du bénéfice de discussion, alors qu'une réglementation - même supplétive - sur la portée exacte du cautionnement solidaire serait plus utile.

Ou bien on pense que le législateur doit réagir contre certaines pratiques contractuelles trop défavorables à l'une des parties - en l'occurrence la caution - et alors il faut évidemment modifier les textes, ou certains d'entre eux, pour les rendre impératifs, comme on l'a fait en 1984 pour l'article 2037. Les textes du Code, repensés, retrouveraient alors toute leur vigueur.

Dans ce choix fondamental de politique législative, il faudrait sans doute, du reste, faire des distinctions entre différents types de cautionnement. Or - et c'est une seconde raison du vieillissement des textes du Code - les articles 2011 et suivants sont très largement indifférenciés par rapport aux utilisations très différentes qui sont faites aujourd'hui du cautionnement.

Section 2- Des règles insuffisamment différenciées

62 - Les rédacteurs du Code n'ont introduit, dans les articles 2011 et suivants, qu'une sorte de distinction, fondée sur les raisons qui ont amené le débiteur à fournir une caution. Or cette distinction apparaît aujourd'hui peu utile (§1), alors que d'autres distinctions, qui correspondent à la pratique actuelle sont complètement absentes (§2).

§1- Une distinction présente mais peu utile

La distinction entre les cautionnements volontaires, légaux et judiciaires...

63 - Le Code distingue selon que le débiteur a fourni une caution à son créancier à la demande de celui-ci, dans le cadre de la négociation intervenue avec lui pour l'octroi du crédit (cautionnement appelé improprement "volontaire") ou que le débiteur, pour obtenir un avantage prévu par la loi ou octroyé par le juge, a été contraint par les textes ou par la décision à fournir la caution (cautionnement dit "légal" ou judiciaire"). Cette distinction, qui apparaît aux articles 2018 à 2020 (à propos de l'exigence de solvabilité de la caution) est reprise aux articles 2040 à 2043, sous un chapitre spécialement consacré à la caution légale et à la caution judiciaire. Les règles spéciales à ces cautionnements "imposés" sont principalement destinées à protéger le créancier, en évitant que le débiteur ne lui fournisse une caution insolvable ou trop difficile à poursuivre.

... présente aujourd'hui un faible intérêt pratique.

64 - Ces règles apparaissent aujourd'hui comme désuètes. Non pas que les cautionnements imposés par la loi ou par le juge ne se rencontrent plus : tout au contraire, de très nombreux textes spéciaux imposent actuellement à un débiteur la fourniture d'une garantie personnelle, ou permettent au juge de lui imposer. Mais, dans l'immense majorité des cas, ces textes prévoient eux-mêmes les conditions que doit remplir la caution, en se montrant habituellement beaucoup plus exigeants que les articles du Code civil : en général, la caution imposée par la loi ou par le juge est un établissement de crédit agréé, et les caractéristiques du cautionnement sont fixées par la loi. Les articles du Code relatifs à la caution légale ou judiciaire n'ont donc plus vocation à s'appliquer que dans des hypothèses marginales. Il est significatif que, parmi les arrêts rendus par la cour de cassation depuis 10 ans, on n'en trouve que 8 où ont été invoqués les articles 2018 à 2020 ou 2040 à 2043 !

§2- Des distinctions absentes

65 - Les textes du Code ne font aucune distinction selon la qualité de la caution et les raisons qui l'ont poussées à s'engager (A) ni - et c'est sans doute plus gênant - selon l'objet de l'engagement de la caution (B). Ces deux séries de distinctions, très importantes dans le droit moderne du cautionnement, ont été développées par la jurisprudence en marge des textes, qui apparaissent de ce point de vue encore largement décalés.

A- Distinction fondée sur la qualité de la caution

En revanche, on peut regretter que le Code ne fasse aucune distinction selon la qualité de la caution...

66 - Comme on l'a dit précédemment, les rédacteurs du Code ont raisonné sur l'hypothèse d'un cautionnement donné pour des motifs familiaux et amicaux, et non dans le cadre de rapports d'affaires. Si, sans doute, ils pouvaient avoir en tête la situation du fournisseur qui cautionne un de ses clients, ils ne pouvaient pas songer, à une époque où l'exercice du commerce se faisait sous la forme d'entreprise individuelle, à ce qui constitue sans doute aujourd'hui le contexte le plus fréquent du cautionnement : la garantie donnée par un dirigeant social ou un associé pour couvrir les engagements de sa société. Ils ne pouvaient davantage imaginer que le cautionnement puisse être donné, à titre professionnel, et moyennant une contrepartie financière, par une banque ou par une société de caution mutuelle. Auraient-ils connu ces diverses utilisations que, du reste, il est peu probable qu'ils en aient tenu compte pour établir des règles différentes d'un cas à l'autre : on sait que, pour les rédacteurs du Code, le contractant était un être abstrait, censé donner son consentement de manière parfaitement libre et consciente.

... alors que cette distinction inspire aujourd'hui de nombreuses solutions jurisprudentielles...

67 - Dans le droit contemporain, il est devenu évident qu'on ne peut traiter de la même manière les parents qui cautionnent les dettes de leurs enfants pour permettre leur établissement, le dirigeant social ou l'associé qui cautionne les dettes de sa société, et la banque qui accorde à un de ses clients un crédit par signature. Ce dernier cas, à vrai dire, n'a jamais beaucoup retenu l'attention parce que les établissements de crédit qui se sont portés cautions ne font en général aucune difficulté pour payer, ce qui explique le peu de contentieux rencontré à ce niveau. Les discussions actuelles, on l'a vu, concernent surtout les cautionnements donnés au profit des banques ou, dans une moindre mesure, par des personnes physiques au profit de fournisseurs. Et, dans ces cas, la jurisprudence tend de plus en plus nettement à distinguer selon que le cautionnement a été donné par une personne extérieure à l'activité du débiteur cautionné, ou par une personne (physique ou morale) qui est liée professionnellement au débiteur. En particulier, il y a une tendance nette, souvent observée en doctrine, à mettre à part le cautionnement donné par un dirigeant social ou un associé majoritaire pour garantir les dettes de sa société. L'idée générale est que ces cautions, parce qu'elles sont intéressées à l'activité du débiteur et aussi parce qu'elles s'engagent dans le cadre de rapports d'affaires dont elles sont censées mesurer les risques, méritent une protection moindre que les cautions profanes, dont l'engagement s'inscrit davantage dans l'esprit "service d'ami" qui a inspiré la réglementation protectrice du Code civil.

... notamment sur la question du formalisme...

68 - Cette différenciation jurisprudentielle selon la qualité des cautions se manifeste sur plusieurs terrains, que nous retrouverons ultérieurement en passant en revue les principales questions actuellement débattues devant les tribunaux, mais qu'il convient d'évoquer rapidement ici. C'est ainsi que l'application des règles des vices du consentement est faite par la cour de cassation de manière très différente selon que la caution est ou non intéressée à l'activité de l'entreprise débitrice : si une caution non intéressée

peut faire annuler son engagement pour dol lorsque la banque ne l'a pas suffisamment renseignée sur la situation financière du débiteur principal, il n'en va évidemment pas de même lorsque la caution est un dirigeant de l'entreprise. C'est ainsi, surtout, que les règles formelles développées par la jurisprudence à partir des articles 1326 et 2015 du Code civil - qui sont à la base d'un des aspects les plus importants et les plus irritants du contentieux actuel - ne sont pas les mêmes selon la qualité de la caution et la nature de ses relations avec le débiteur principal. C'est ainsi encore que la cour de cassation, admettant en général que le cautionnement donné par un dirigeant de société commerciale est un acte de commerce, aboutit à poser des règles de compétence juridictionnelle différentes selon la qualité de la caution...

... au prix de divers artifices juridiques.

69 - Cette distinction, qui est au coeur de la jurisprudence actuelle, s'est développée à partir de textes qui l'ignoraient complètement, et qui même, parfois, semblent s'opposer à sa prise en compte. Pour l'introduire, la cour de cassation a dû se livrer à certain nombre d'acrobaties dans l'interprétation des textes. Les plus extraordinaires sont sans doute celles qui ont été faites à partir des règles de preuve posées par le Code, et notamment la transformation temporaire de ces règles de preuve en règles de validité (pour assurer la protection des cautions non intéressées) puis le retour à un formalisme apparemment probatoire (pour tenir compte de la situation particulière des dirigeants cautions), avec cependant une déformation complète de la notion de règles de preuve. Nous reviendrons sur ces points en examinant les solutions au fond, mais on peut penser que, dans ce domaine, l'absence dans les textes de toute distinction fondée sur la qualité de la caution, et les difficultés de parvenir à une solution jurisprudentielle adaptée, a considérablement attisé le développement du contentieux.

B- Distinctions fondée sur l'objet de l'engagement de la caution

De même, le Code ignore complètement la distinction entre le cautionnement d'une dette déterminée et le cautionnement de dettes indéterminées.

70 - Si les aspects précédents sont bien connus, on souligne moins souvent une autre cause du vieillissement des textes du Code civil en matière de cautionnement. C'est que les rédacteurs du Code n'ont raisonné que sur un type particulier de cautionnement: celui où la caution s'engage pour garantir une dette déterminée du débiteur principal: un prêt, le paiement d'un prix, des dommages-intérêts. Le problème posé par ce type d'engagements est uniquement de savoir si la caution doit ou non payer la dette, et ce quels droits elle aura en cas de paiement. Or la pratique postérieure a fait apparaître, quant à la nature des dettes garanties, des figures différentes où l'engagement de la caution a une structure plus complexe, et où se posent des problèmes non envisagés en 1804.

71 - C'est ainsi que les auteurs du Code n'ont évidemment pas songé à la pratique, apparue bien plus tard, consistant à faire couvrir par une caution l'ensemble des dettes passées, présentes et futures du débiteur - pratique particulièrement fréquente dans le contexte du cautionnement des dettes d'une société par un dirigeant ou un associé - ni, sans doute, au cas où le cautionnement est donné pour garantir un ensemble de dettes fondues dans un compte courant. Les textes ne parlent jamais que du cautionnement "d'une obligation" (art 2011, 2012, 2016) de "la dette" ou "d'une dette" (art 2013, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2038). Et c'est sans doute bien à tort qu'on a parfois voulu voir dans l'article 2016, qui parle du "cautionnement indéfini" d'une obligation principale, une allusion à ces pratiques de cautionnements de dettes indéterminées, alors que ce texte ne vise à l'évidence que le cas où la caution a garanti le paiement d'une dette sans limitation de montant.

Il en résulte de nombreuses lacunes dans le Code civil.

72 - A partir de là, les textes du Code se révèlent soit inadaptés, soit insuffisants; lorsqu'il s'agit de régler les nombreux problèmes spécifiques que posent ces cautionnements de dettes indéterminées - qui sont, on l'a vu, les types de cautionnements qui viennent le plus souvent devant la cour de cassation.

Ainsi, sont complètement inadaptés les textes qui définissent les formes et l'étendue du cautionnement. Comment, par exemple, appliquer l'article 1326 du Code civil (texte général du droit des obligations, mais qui s'applique aujourd'hui essentiellement au cautionnement) qui exige la mention manuscrite en toutes lettres et en chiffres de la somme à payer, à un cautionnement portant sur des dettes dont le montant n'est pas connu au moment où la caution s'engage ?

Surtout, il n'y rien dans le Code pour définir la durée dans le temps de l'obligation de la caution qui s'est engagée à couvrir des dettes futures et indéterminées du débiteur. Le problème ne se pose pas lorsque le cautionnement garantit une dette déterminée : la caution est tenue jusqu'à ce que cette dette soit payée ou éteinte de quelque autre manière. Mais, lorsque la caution couvre un ensemble de dettes futures, on ne peut admettre qu'elle soit tenue perpétuellement, pour toutes les dettes qui viendraient à naître dans l'avenir à la charge du débiteur. C'est ce qui a amené la jurisprudence à admettre, à défaut de fixation d'un terme dans l'engagement, une faculté de résiliation unilatérale (dite aussi de révocation) au profit de la caution, sauf à ce que celle-ci reste alors tenue de payer les dettes nées antérieurement à la charge du débiteur. C'est aussi ce qui a amené doctrine et jurisprudence à se demander si certains événements, postérieurs à l'engagement de la caution, ne sont pas de nature à mettre fin à cet engagement pour l'avenir: décès de la caution, cessation de fonctions du dirigeant caution, transformations de structure affectant la société débitrice ou créancière... Nous retrouverons plus loin, sur le fond, ces différents points, abondamment explorés par la doctrine à partir de la distinction initiée par le Professeur Christian Mouly entre l'obligation de règlement et l'obligation de couverture qui pèse sur la caution¹⁴. L'essentiel ici est de noter que ces questions, qui donnent lieu dans les contrats à de très nombreuses clauses, ne sont nullement, et pour cause, traitées dans le Code civil, même si, parfois, de manière complètement artificielle, doctrine et jurisprudence cherchent parfois à justifier les solutions en se rattachant à certains articles du Code¹⁵.

¹⁴ Distinction présentée par cet auteur dans sa thèse, les causes d'extinction du cautionnement Litec 1979, qui a marqué le renouveau de la doctrine universitaire en matière de cautionnement.

¹⁵ Voir notamment infra n° 134 à propos de l'extraordinaire utilisation de l'article 2017 pour justifier que les héritiers de la caution ne soient tenus que des dettes nées à la charge du débiteur antérieurement au décès.

Il en va de même pour le cautionnement de contrats à exécution successive...

73 - On peut également noter que les auteurs du Code n'ont pas envisagé l'utilisation du cautionnement pour garantir des dettes déterminées, nées d'un contrat unique, mais qui présentent un caractère successif: dettes de loyer (la pratique du cautionnement donné au profit du bailleur semble relativement récente), dettes résultant de contrats d'approvisionnement ou de fourniture... Or, là encore, ces cautionnements suscitent, quoique dans une moindre mesure que les cautionnements de dettes indéterminées, des difficultés spécifiques : faculté de révocation, sort du cautionnement en cas de nullité du contrat... Il est vrai que, dans le cas le plus important, qui est celui du cautionnement du bail, il existe maintenant une réglementation spécifique.

... ou pour le cautionnement réel.

74 - Enfin, on observera le silence du Code sur la pratique du cautionnement réel. Celui-ci consiste dans l'affectation par un autre que le débiteur d'un de des biens (meuble ou, le plus souvent, immeuble) à la garantie des engagements du débiteur principal. Selon les cas, le cautionnement réel est d'abord une forme de gage ou d'hypothèque, et c'est sous cet angle qu'il est abordé, très incidemment par le Code civil. Le seul texte qui y fasse allusion est l'article 2077 qui prévoit que "le gage peut être donné par un tiers pour le débiteur" (texte déclaré applicable à l'antichrèse par l'article 2090, et qui peut être transposé à l'hypothèque). Mais cette affectation d'un bien au paiement de la dette d'autrui suscite aussi de nombreux problèmes relevant du droit du cautionnement : la caution réelle a-t-elle des mêmes bénéfices que la caution personnelle ? Quelle est l'étendue de ses recours ? Bénéficie-t-elle des mêmes causes d'extinction ? Sur tous ces points, le Code est complètement silencieux, et cela a suscité divers problèmes jurisprudentiels.

CHAPITRE II - LES RÉGLEMENTATIONS SPÉCIFIQUES

75 - On recensera d'abord rapidement les nombreux textes qui, sans édicter, du moins à titre principal, un régime spécifique pour tel ou tel cautionnement, prévoient l'obligation pour tel ou tel débiteur de fournir caution (Section 1). On s'attardera davantage ensuite sur les textes qui définissent des règles particulières à certains cautionnements (Section 2).

Section 1- Les textes relatifs à l'obligation de fournir une caution

76 - Il est difficile d'en donner une énumération exhaustive. On distinguera les textes qui obligent directement une personne, dans certaines circonstances, à fournir une caution - ce sont les cas de cautionnements légaux (§1) - et ceux qui permettent seulement au juge de subordonner l'octroi d'un avantage à une partie à la fourniture d'un cautionnement - c'est ce qu'on nomme le cautionnement judiciaire (§2).

§1- Cautionnement légaux

Les cautionnements légaux relevant des articles 2040 à 2043 du Code civil sont aujourd'hui marginaux...

77 - On relèvera d'abord les principaux textes qui exigent d'une personne la fourniture d'un cautionnement sans autre précision. Ces cautionnements légaux sont alors soumis aux règles précitées des articles 2018 à 2020 et 2040 à 2043 du Code civil. Il s'agit de situations assez marginales :

On citera, sans avoir la prétention d'être exhaustif :

- les articles 601 et suivants du Code civil qui imposent en principe à l'usufruitier de donner "caution de jouir en bon père de famille" ; les articles 602 et 603 prévoient des solutions de substitution pour protéger le nu-propriétaire au cas où l'usufruitier ne trouverait pas de caution ;

- l'article 1518 du Code civil qui permet à l'époux préciputaire d'exiger une caution de son conjoint si la communauté est dissoute du vivant des époux ;

- l'article 2185 du Code civil qui impose au créancier surenchérisseur dans la procédure de purge des hypothèques d'offrir de donner caution jusqu'à concurrence du prix et des charges ;

- les articles 142 et 143 du Code de commerce qui imposent à celui qui a perdu une lettre de change et qui veut en obtenir le paiement de fournir une caution.

... car la plupart des textes qui exigent la fourniture d'une caution précisent les qualités que celle-ci doit présenter.

78 - La plupart des textes du droit contemporain qui, pour la garantie d'obligations très diverses, imposent la fourniture d'une caution, précisent les qualités que celle-ci doit présenter: en général, il s'agira d'un établissement de crédit agréé ou d'une société de caution mutuelle, ce qui exclut l'application des articles du Code civil relatifs au cautionnement légal. Souvent, mais pas toujours, ces textes donnent le choix au débiteur entre plusieurs sûretés (cautionnement donné par un établissement agréé ou sûreté réelle).

Les principaux de ces textes sont :

- les textes du Code général des impôts (art 1698, 1952) et du Code des douanes (art 112, 114, 364) qui obligent le redevable, pour obtenir des sursis de paiement, à fournir un cautionnement à l'administration fiscale ou douanière ;

- les textes qui imposent des garanties de bonne fin dans diverses opérations de construction immobilière : ces garanties peuvent notamment prendre la forme de cautionnements donnés par un établissement de crédit agréé (par exemple : la garantie d'achèvement donnée dans le cadre des ventes d'immeuble à construire - article R 261-17 et R 261-21 du Code de la construction et de l'habitation ; l'article L 232-2 du même code en matière de construction de maison individuelle ; l'article 1er de la loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 réglementant les retenues de garantie en matière de marchés de travaux...)

- les articles 133 et suivants du Code des marchés publics imposant au titulaire d'un marché public de fournir un cautionnement à l'administration

- les articles 13-1 et 14 de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance imposant à l'entrepreneur principal, pour garantir le paiement des sommes dues au sous-traitant, la fourniture d'un cautionnement d'un établissement qualifié ;

- l'article 1799-1 alinéa 3 (L n° 94-475 du 10 juin 1994) relatif au cautionnement que doit fournir le maître de l'ouvrage pour garantir le paiement des sommes dues à l'entrepreneur.

Il s'agit de textes très hétérogènes, à la fois quant à la nature des obligations garanties, aux qualités de la personne qui peut être choisie comme caution, aux modalités du cautionnement, à la possibilité ou à l'impossibilité pour le débiteur de fournir des garanties de substitution. Les différences peuvent sans doute se justifier en fonction des différents secteurs où interviennent ces garanties, et il n'est sans doute pas souhaitable de vouloir établir un régime unifié. Une analyse exhaustive de ces cautionnements dépasse en tous cas le cadre de la présente étude.

Les garanties financières instituées au profit des clients de certaines professions sont soumises à une réglementation particulière.

79 - On mettra à part les garanties financières qui sont exigées par la loi au profit des clients de certaines professions, pour la restitution des sommes qui sont versées par ces clients aux professionnels : avocats (L 31 décembre 1971 modifiée par la loi du 31 décembre 1990 et décret du 27 novembre 1992), syndicats de copropriété, gérants d'immeubles et mandataires de vente de fonds de commerce (décret du 20 juillet 1972), agences de voyage (Loi du 13 juillet 1992 et décret du 15 juin 1994). Ces garanties financières sont, selon les cas, octroyées par un établissement de crédit, une compagnie d'assurances ou une société de caution mutuelle. Elles obéissent sur de nombreux points à un régime spécifique qui peut faire douter qu'on soit en présence d'un véritable cautionnement ; surtout, la garantie procurée au client, bien qu'elle soit liée au contrat qu'il passe avec le professionnel considéré, ne résulte pas d'un contrat avec le garant: elle lui est octroyée directement par la loi. La question de savoir si, en dehors des points spécialement réglés par les textes considérés, ces garanties sont soumises au droit commun du cautionnement, est très discutée dans la doctrine et dans la jurisprudence actuelle. Elle se pose en particulier lorsque le professionnel est soumis à une procédure de redressement judiciaire, pour savoir si le client doit déclarer sa créance à la procédure collective¹⁶.

¹⁶ Voir infra n° 210

§2- Les cautionnements judiciaires

Les cautionnements judiciaires sont aujourd'hui très nombreux.

80 - De nombreux textes permettent au juge qui accorde une mesure favorable à une partie d'en subordonner l'octroi à la fourniture d'un cautionnement au profit de l'autre partie. On citera :

- l'article 277 du Code civil au profit de l'époux bénéficiaire d'une prestation compensatoire versée sous forme de rente ;
- l'article 815-6 du Code civil permettant au juge, lorsqu'il désigne un administrateur de l'indivision, de l'obliger à donner caution ;
- l'article 517 du Nouveau code de procédure civile au profit du plaideur contre qui l'exécution provisoire a été prononcée ;
- l'article 72 de la loi du 9 juillet 1991 sur les procédures civiles d'exécution, qui permet au débiteur ayant fait l'objet d'une mesure conservatoire d'en obtenir mainlevée moyennant "constitution d'une caution bancaire irrévocable" ;

Le juge a en général le choix entre la fourniture d'une caution et une autre garantie. Dans tous les cas, il déterminera les modalités du cautionnement à fournir, ce qui rendra inutile les articles 2040 et suivants : sera généralement exigée l'intervention d'un établissement de crédit comme caution solidaire.

Section 2- Les textes réglementant certains cautionnements

81 - Après avoir fait un inventaire des textes qui édictent des règles spécifiques à certains cautionnements on formulera quelques remarques générales.

§1- Inventaire

82 - On peut regrouper ces textes en distinguant ceux qui concernent des cautionnements de dettes des entreprises, et ceux qui sont relatifs à des cautionnements de dettes de particuliers.

A- Les textes relatifs aux cautionnements de dettes des entreprises

La loi du 1er mars relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises et la loi du 11 février 1994 relative

83 - Une distinction s'impose entre les textes qui, directement, ont pour objet la réglementation de certains cautionnements de dettes des entreprises (a) et ceux qui dans le cadre d'autres branches du droit, traitent incidemment du cautionnement (b).

à l'entreprise individuelle contiennent des dispositions spécifiques aux cautionnements des dettes des entreprises...

84 - a/ Parmi les textes qui réglementent directement certains cautionnements de dettes aux entreprises, le plus important est sans doute l'article 48 de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des difficultés des entreprises. Ce texte impose une obligation d'information des cautions aux "établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale". Il s'agit du texte le plus général par son domaine d'application puisqu'il vise de prime abord tous les crédits bancaires aux entreprises, quelles qu'elles soient, et qu'il s'applique indifféremment à toutes les cautions.

85 - Postérieurement à ce texte, la loi du 11 février 1994 (dite loi Madelin) est venue prévoir des dispositions spéciales aux entrepreneurs individuels. Ces dispositions se situent sur trois plans.

D'une part, l'article 47-II de ladite loi étend à tous les cautionnements consentis par une personne physique pour garantir une dette professionnelle (quelle qu'en soit la nature) d'un entrepreneur individuel l'obligation d'information prévue par l'article 48 précité de la loi de 1984.

D'autre part, le même article impose une limitation en montant de ces mêmes cautionnements, mais seulement si la dette garantie est une dette contractuelle. Le défaut de limitation en montant n'est pas sanctionné par la nullité du cautionnement mais seulement par l'exclusion des stipulations de solidarité et de renonciation au bénéfice de division.

Enfin, la loi du 11 février 1994 a inséré dans la loi du 1er mars 1984 un article 60-1, qui impose aux établissements de crédit qui envisagent de consentir des crédits à l'entrepreneur individuel et qui veut prendre, soit une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation, soit une sûreté personnelle contre un tiers (donc en particulier un cautionnement) d'informer l'entrepreneur de la possibilité qu'il a de proposer d'abord une garantie sur les biens nécessaires à l'entreprise. Ce n'est qu'à défaut d'une telle proposition ou en cas de refus par la banque de la sûreté proposée que le cautionnement (ou la sûreté réelle) pourra être prise. Mais la seule sanction prévue par le texte étant l'inopposabilité de la sûreté à l'entrepreneur, le défaut d'accomplissement des formalités semble sans conséquence sur le cautionnement.

... qui s'ajoutent à la réglementation déjà ancienne de l'aval des effets de commerce.

86 - On mettra à part un texte bien plus ancien qui, en fait sinon en droit, ne devrait pouvoir s'appliquer qu'aux cautionnements de dettes d'une entreprise : il s'agit de l'article 130 du Code de commerce qui, dans son état actuel, date du décret-loi du 30 octobre 1935, et qui est relatif à l'aval des effets de commerce. Il s'agit d'un texte qui combine, d'une façon assez mystérieuse, les règles du droit du cautionnement, fondées sur le caractère accessoire de l'engagement de la caution, et les principes du droit cambiaire, qui peuvent au contraire conduire à faire jouer à l'encontre du signataire, l'inopposabilité des exceptions tirées des rapports auxquels il n'a pas été partie.

Il faut par ailleurs tenir compte de l'incidence des textes relatifs aux procédures collectives,

87 - b/ Parmi les textes relevant d'autres branches du droit qui touchent incidemment au cautionnement des dettes des entreprises, on pense d'abord aux règles du droit des procédures collectives, ensuite aux règles du droit des sociétés.

88 - 1°/ Le droit du cautionnement est intimement lié au droit des procédures collectives. Lorsque le cautionnement s'applique aux dettes d'une entreprise, c'est en effet très souvent dans le contexte d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire ouverte contre le débiteur principal que le créancier poursuivra la caution. Jusqu'à une période récente, les seuls textes relatifs au sort des cautionnements en cas de faillite étaient d'une part les articles 58 à 60 de la loi de 1985 relatifs aux droits du créancier contre différents coobligés soumis à une procédure collective (articles repris de textes antérieurs), d'autre part l'article 64 de la loi de 1985 déclarant que la caution solidaire ne peut pas se prévaloir des dispositions du plan de redressement judiciaire. La loi du 10 juin 1994 a, entre autres modifications de la loi de 1985, inséré deux nouveaux textes relatifs au cautionnement, pour contrarier ou pour corriger des solutions jurisprudentielles antérieures: d'une part la formule finale de l'article 55 al 1 qui interdit aux cautions et coobligés de se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts, d'autre part un nouvel alinéa 2 dans l'article 169, qui permet à la caution de recourir contre le débiteur même après la clôture de la procédure pour insuffisance d'actif. Ces textes ne règlent cependant qu'une petite partie des questions suscitées par la mise en oeuvre du cautionnement dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire.

et de ceux du droit des sociétés.

89 - 2°/ Lorsque le cautionnement est donné par une personne morale, il faut en outre tenir compte des règles du droit des sociétés. D'une part sont interdits certains cautionnements donnés par une société au profit de ses associés ou administrateurs (art 51 de la loi du 24 juillet 1966 pour les SARL; art 106 et 148 pour les SA). D'autre part, dans les sociétés anonymes, les "cautionnements, avals et garanties" donnés par la société sont, lorsqu'ils ne sont pas interdits, soumis à l'autorisation du conseil d'administration (art 101) ou, pour les sociétés à directoire, du conseil de surveillance (art 128). En dehors des sociétés anonymes ou à responsabilité limitée, il n'existe pas de textes spécifiques, mais les règles générales du droit des sociétés (objet social, intérêt social) peuvent amener à limiter le pouvoir des dirigeants de donner des cautionnements au nom de la personne morale.

B- Les textes relatifs au cautionnement de dettes aux particuliers

Les cautionnements des dettes des particuliers sont eux, soumis aux règles spécifiques du crédit bancaire aux consommateurs...

90 - Une première série de textes spécifiques à certains cautionnements des dettes de particuliers s'inscrit dans le cadre de la réglementation du crédit bancaire aux particuliers. Les lois du 10 janvier 1978 et du 13 juillet 1979 contenaient déjà l'amorce d'un statut spécial des cautions garantissant le remboursement des opérations de crédit qu'elles réglementaient (crédit à la consommation pour la première loi, crédit immobilier pour la seconde) : il s'agissait alors seulement d'imposer à l'établissement de crédit la notification de l'offre préalable aux cautions aussi bien qu'au débiteur. La loi du 31 décembre 1989 dite loi Neiertz, modifiant et complétant sur un certain nombre de points les lois de 1978 et 1979, avait considérablement accru les dispositions visant à protéger les cautions. Ces dispositions, analogues pour le crédit à la consommation et le crédit immobilier, qui figuraient à l'origine de manière séparée dans les deux lois, ont été regroupées en 1992 lors de la codification de la matière dans le Code de la consommation. Elles figurent actuellement aux articles L 313-7 à L 313-10 de ce Code. Ces textes, qui ne s'appliquent qu'aux cautionnements donnés par des personnes physiques, visent d'abord à imposer un formalisme accentué lors de l'engagement de la caution (art L 313-7 et L 313-8 CCons), ensuite à faire peser sur l'établissement de crédit une obligation d'informer la caution des incidents de paiement affectant le débiteur principal (art L 313-9 CCons), enfin à détourner les banques de prendre des cautionnements disproportionnés aux biens et revenus de la caution (art L 313-10).

... et du bail d'habitation.

91 - D'autres dispositions spécifiques à certains cautionnements des dettes des particuliers se rencontrent dans le domaine très différent des baux d'habitation soumis à la loi du 6 juillet 1989. Ces dispositions ne figuraient pas dans le texte d'origine de cette loi, elles y ont été ajoutées par la loi n° 94-624 du 21 juillet 1994 relative à l'habitat. Désormais, l'article 22-1 de la loi de 1989 soumet le cautionnement du bail à un formalisme accusé, qui rappelle, en plus compliqué et en moins précis, celui qui vient d'être évoqué à propos du crédit aux particuliers (mention manuscrite devant comporter diverses indications) ; ce texte régit également, d'une manière peu claire, la faculté de résiliation unilatérale appartenant à la caution. Par ailleurs, l'article 24 de la loi de 1989 prévoit une obligation de signifier à la caution le commandement de payer adressé au locataire (ce qui est l'équivalent de l'obligation d'information prévue par les autres textes).

§2- Remarques générales

Tous ces textes sont récents.

92 - Il faut d'abord remarquer que, si on met à part la réglementation de l'aval des effets de commerce qui, dans son état actuel, date du décret-loi du 30 octobre 1935 (art 130 CCom), tous les textes précédemment cités sont des textes récents, qui ont été édictés à partir de 1978. Jusque là, le droit du cautionnement apparaissait, dans les textes, comme un bloc uniforme. Abstraction faite des textes du droit des procédures collectives et du droit des sociétés, dont l'objet n'est pas de réglementer les relations entre le débiteur et la caution, tous les textes relevés peuvent être rapprochés par leur objet (A) et par leur domaine d'application (B) très limités.

A- Objet des textes

Il s'agit de textes impératifs destinés à protéger les cautions.

93 - Ces textes récents répondent tous, à titre principal au moins à une préoccupation de protection de la caution contre les dangers du cautionnement. Il en résulte que, à la différence des règles du Code civil, il s'agit toujours de règles impératives, qui prennent souvent le soin de préciser que "toute clause contraire est réputée non écrite".

Il s'agit de textes à objet strictement limité : on ne trouve dans la législation récente aucune réglementation d'ensemble de tel ou tel type de cautionnement, qui serait destinée à se substituer au droit commun. Il s'agit seulement, pour l'essentiel de textes visant à l'information des cautions, soit au moment où elles s'engagent, soit pendant la "période d'attente" qui suit cet engagement. Il en résulte que ces textes, loin de diminuer le contentieux fondé sur les règles de droit commun, en ont fait naître de nouveaux, s'ajoutant aux débats traditionnels : l'exemple de la loi du 1er mars 1984 mettant à la charge des établissements de crédit une obligation d'information périodique est à cet égard caractéristique (v infra).

B- Domaine d'application des textes

Ils ont des domaines d'application distincts, qui se superposent parfois...

94 - Il s'agit, ensuite, de textes qui ont chacun un domaine d'application distinct, qui peuvent, soit être exclusifs les uns des autres (cautionnement du crédit à la consommation et cautionnement du crédit aux particuliers, cautionnement du bail et cautionnement des opérations de crédit aux particuliers), soit se superposer les uns aux autres. Les rapports de ces différentes réglementations les unes par rapport aux autres sont parfois extrêmement complexes. Ainsi la réglementation spécifique du cautionnement des dettes des entrepreneurs individuels - loi de 1994 - vient normalement s'ajouter à la réglementation générale du cautionnement des dettes des entreprises - loi de 1984 ; mais certains cautionnements de dettes d'entrepreneurs individuels relèvent seulement de certaines dispositions de la loi de 1994 et non de celle de 1984 - par exemple le cautionnement d'opérations contractuelles non bancaires par une personne physique - alors qu'à l'inverse d'autres cautionnements tombent seulement sous le coup de la loi de 1984 et non de celle de 1994, alors même qu'ils concernent un entrepreneur individuel : il en va ainsi des cautionnements donnés par des personnes morales pour garantir des crédits bancaires. Il en résulte de délicats problèmes de frontière qui ne sont pas, là encore, de nature à réduire le contentieux, bien au contraire (à titre d'exemple, on verra les discussions jurisprudentielles sur le domaine d'application de l'obligation d'information de la loi de 1984)¹⁷.

¹⁷ Voir infra n° 154 et s

... en fonction du seul critère de la nature garantie, sans tenir compte de la personnalité de la caution.

95 - Du point de vue de ce domaine d'application, on remarquera enfin et surtout que le critère qui permet ici de le délimiter est lié exclusivement à la nature (ou à la finalité) de la dette garantie : dettes des particuliers d'une part, dettes des entreprises d'autre part. Il n'est jamais lié à la qualité de la caution, à sa personnalité, à ses relations avec le débiteur ou le créancier. Ce point de vue n'est pas totalement dépourvu de justification : d'une part, dans le cadre du crédit aux entreprises, derrière le souci de protéger la caution, il y a souvent celui de prévenir les défaillances de l'entreprise (en incitant à la prudence le dirigeant caution) ; d'autre part, dans ce cadre, les préoccupations économiques, qui incitent à ne pas trop décourager les banques d'accorder du crédit, empêchent d'aller très loin dans le développement de règles protectrices des cautions, quelles qu'elles soient. Il n'en reste pas moins que le fait de faire abstraction de la personnalité de la caution aboutit parfois à des solutions paradoxales. Ainsi, la vieille mère du dirigeant social, qui se porte caution des dettes (parfois d'un montant considérable) de l'entreprise de son fils n'est-elle ni plus ni moins protégée que ce dernier : les deux vont bénéficier de l'obligation d'information de l'article 48 de la loi de 1984, mais le cautionnement ne sera soumis à aucun formalisme spécifique ; en revanche, si le dirigeant social se porte caution d'un petit crédit à la consommation consenti à sa vieille mère, il se verra appliquer le formalisme pointilleux des articles L 313-7 et L 313-8 du Code de la consommation. Par ailleurs, c'est un élément de complexité supplémentaire dans le droit du cautionnement, dans la mesure où ces textes s'inscrivent dans un paysage jurisprudentiel qui, comme on l'a vu précédemment, tend, lui, à édicter des règles différentes selon la qualité de la caution.

SOUS-TITRE II- LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence de la cour de cassation relative au cautionnement ne contribue pas à limiter le contentieux.

96 - Si l'inadaptation et les lacunes des textes ont sans doute contribué à attiser le contentieux "naturel" du cautionnement, la jurisprudence abondante qui s'est élaborée, au niveau de la cour de cassation, en réponse à ce contentieux n'a pas toujours contribué à l'apaiser, bien au contraire. Cet effet "boule de neige" de la jurisprudence de la cour de cassation est lié à deux facteurs. En premier lieu, sur plusieurs questions, les solutions jurisprudentielles n'ont été acquises qu'après de multiples hésitations, et, si certaines questions semblent aujourd'hui définitivement réglées, d'autres n'ont pas encore reçu de solution vraiment assise en jurisprudence. En second lieu, sur de nombreux points, les solutions adoptées, parce qu'elles laissent aux juges du fond un large pouvoir d'appréciation au cas par cas, ouvrent de considérables espaces de discussion aux parties. En revanche, nous nous inscrivons en faux contre une affirmation que l'on rencontre parfois en doctrine, selon laquelle la jurisprudence de la cour de cassation serait trop systématiquement favorable aux cautions, ce qui ne pourrait qu'inciter celles-ci à contester leur engagement.

Elle ne caractérise pas de nombreuses hésitations, par un certain nombre de divergences entre la première chambre civile et la chambre commerciale, et par les ambiguïtés de certaines solutions.

97 - Le premier facteur à évoquer ici tient aux hésitations de la cour de cassation sur le contenu même des solutions. Ces hésitations se situent sur plusieurs plans.

D'une part, sur un certain nombre de points, on peut observer que les solutions jurisprudentielles ont beaucoup varié dans le temps. La matière est particulièrement riche en revirements et contre-revirements. L'exemple le plus caractéristique est celui des solutions relatives à l'exigence de la mention manuscrite devant figurer dans l'acte de cautionnement : jusqu'en 1987, la cour de cassation affirmait que cette mention, imposée par l'article 1326 CCiv, était seulement exigée à titre probatoire ; à partir de 1987, la première chambre civile se mit à considérer que cette mention "n'était pas une simple règle de preuve, mais (qu'elle était) requise pour la protection de la caution", ce qui revenait à en faire une solennité dont l'omission était sanctionnée par la nullité du contrat ; mais, sans doute sensible aux critiques doctrinales, cette formule fut abandonnée à partir de la fin 1989, la cour de cassation affirmant à nouveau que l'exigence de la mention manuscrite était une simple règle de preuve. On observera d'autres allers et retours sur les conditions de la couverture des intérêts par la caution, sur l'incidence de l'ouverture d'une procédure collective sur le cautionnement du compte courant du débiteur, sur l'application aux garanties financières de certains professionnels de l'article 2036 en cas de défaut de déclaration à la procédure collective de la créance garantie...

D'autre part, il est arrivé à plusieurs reprises ces dernières années, et il arrive encore, qu'on observe, à l'intérieur même de la cour de cassation, des divergences entre la 1^{ère} chambre civile et la chambre commerciale qui sont, comme on l'a remarqué, les deux chambres qui rendent la plus grande partie des arrêts en ce domaine. D'une manière générale, on a pu souvent avoir l'impression que la chambre commerciale était plus réticente à consacrer des solutions favorables aux cautions que la première chambre civile. Cela a pu être observé, dans la période 1987-1989, à propos des sanctions de l'exigence de la mention manuscrite, la chambre commerciale étant toujours restée fidèle à l'idée d'un formalisme probatoire. Cela peut encore s'observer, dans la période actuelle, sur la question de la couverture par la caution des intérêts de la dette. Ces divergences, qui portent souvent sur des nuances, ont tendance à se résorber d'elles-mêmes, une chambre finissant en général par s'aligner sur l'autre. Ceci explique sans doute qu'il n'ait jamais paru utile de soumettre les questions discutées à une formation unificatrice : on a déjà remarqué qu'aucun arrêt de chambre mixte ou d'assemblée plénière n'avait été rendu en matière de cautionnement. La permanence de petites discordances entre les deux chambres n'en est pas moins très gênante pour la sécurité juridique et elle est de nature à alimenter le contentieux, d'autant plus que le critère de répartition des affaires entre ces deux formations est relativement flottant.

Enfin, il faut observer que, à l'intérieur même d'une chambre, les solutions posées sont parfois marquées du sceau de l'ambiguïté, voire parfois d'une certaine incohérence. Là encore, les solutions relatives au formalisme sont les plus caractéristiques : nous montrerons que, en dépit d'un apparent retour à un formalisme purement probatoire, la cour de cassation, quoi qu'elle en dise, continue de faire de la mention manuscrite une condition de validité du cautionnement.

Les règles posées amènent par ailleurs à laisser un certain pouvoir d'appréciation aux juges du fond.

98 - Le second facteur qui, dans la jurisprudence actuelle, paraît être de nature à alimenter le contentieux, est sans doute inévitable. Il tient à ce que, sur de nombreux points, la cour de cassation, en raison du contenu même des règles qu'elle pose, est amenée à laisser un large pouvoir d'appréciation aux juges du fond - qui est peut être du reste, moins important qu'on ne le dit généralement¹⁸-. A l'intérieur de ce pouvoir d'appréciation peuvent s'engouffrer les discussions, les contestations - alors que celles-ci seraient "tuées dans l'oeuf" par des règles rigides, pourvu qu'elles soient bien assises. Une fois de plus, la jurisprudence sur le formalisme servira d'exemple : la position actuelle de la cour de cassation consiste à dire que lorsque la caution n'a pas écrit de sa main la mention de la somme à payer en toutes lettres et en chiffres, l'acte irrégulier vaut commencement de preuve par écrit, pouvant être complété par des éléments extrinsèques, parmi lesquelles on trouve, curieusement, la qualité de la caution, ses relations avec le débiteur, avec le créancier, sa connaissance des affaires...

¹⁸ voir infra n° 122 à propos de l'appréciation de l'étendue de l'engagement de la caution.

Tous éléments qui ne pourront s'apprécier qu'au cas par cas et sur lesquels la cour de cassation ne pose aucune règle même si elle semble contrôler assez étroitement la motivation des décisions des juges de fond. De même, lorsqu'il s'agit d'apprécier si le cautionnement est civil ou commercial, si la caution peut ou non se prévaloir d'un vice du consentement, dans quelles conditions elle peut mettre en oeuvre la responsabilité du créancier. Les juges sont invités par la cour de cassation à distinguer selon que la caution est ou non liée avec le débiteur, et qu'elle est ou non intéressée à ses affaires. L'avantage est qu'on aboutit ainsi à des solutions nuancées et le plus souvent équitables, le prix à payer est la multiplication des occasions de discussion. A cet égard, on opposera la souplesse de ces solutions jurisprudentielles à la rigidité de certains textes, qui, même s'ils posent des règles protectrices de la caution, sont de nature à limiter toute discussion devant les tribunaux, et à faciliter en définitive la mise en oeuvre du cautionnement pour le créancier qui aura pris un minimum de précautions : les textes sur le formalisme du cautionnement en matière de crédit à la consommation sont à cet égard caractéristiques.

Il est en revanche difficile d'affirmer que la jurisprudence de la cour de cassation est excessivement protectrice des cautions.

99 - Un troisième point doit être évoqué. On a parfois déploré, dans la doctrine française, que la jurisprudence se montre trop protectrice des cautions, ce qui inciterait les cautions à "tenter leur chance" plus souvent devant les tribunaux. Cette idée, soutenue principalement par des auteurs d'inspiration libérale, qui voudraient laisser en la matière la plus grande liberté aux acteurs économiques - donc aux créanciers -, mérite d'être largement nuancée.

Certes, depuis une quinzaine d'années, la cour de cassation, a posé un certain nombre de limites à la liberté des créanciers, tant dans la rédaction des actes de cautionnement, que dans leur comportement ultérieur vis à vis des cautions. Mais l'impression d'un "excès d'indulgence" que pourrait donner cette jurisprudence doit être corrigée par la considération des résultats concrets que les règles ainsi posées ont pour les cautions. Lorsqu'on analyse les arrêts rendus (et pas seulement les arrêts publiés), on est frappé par la très faible proportion de ceux qui donnent effectivement satisfaction aux cautions. Nous n'avons pu faire sur ce point une étude systématique des décisions, mais nous verrons, lors de l'exposé des différentes solutions que certaines règles jurisprudentielles apparemment très favorables aux cautions n'aboutissent en fait à une décision de décharge ou de limitation que dans une proportion infime. Il est vrai que cette portée réelle des règles est mal connue, et que les cautions - et leurs conseils - peuvent être bercés d'illusions par les règles elles-mêmes sans prendre clairement conscience de la difficulté de leur mise en oeuvre.

100 - Au delà de ces quelques remarques générales, nous allons maintenant nous livrer à une analyse plus précise des solutions les plus caractéristiques. Il ne s'agit pas bien entendu ici de traiter en détail, comme le ferait un traité ou une encyclopédie, de tous les aspects du droit du cautionnement, mais seulement de signaler les questions qui ont été les plus souvent débattues ces dix dernières années devant la cour de cassation, et les solutions qui leur ont été données. Le recensement exhaustif des arrêts rendus, auquel nous nous sommes livrés, nous a ici servi de guide pour la sélection des questions¹⁹.

Pour l'exposé des solutions, nous distinguerons les **questions générales**, qui se posent de la même manière que le débiteur soit ou non soumis à une procédure collective (CHAPITRE I), et les **questions spécifiques liées à l'ouverture d'une procédure collective** contre le débiteur (CHAPITRE II). Cette distinction se justifie par le fait que ce second type de questions ont été discutées de manière particulièrement âpre ces dernières années, et que, sur le fond, c'est à travers elles que se révèle le plus nettement la difficulté de trouver un équilibre entre le souci de protection de la caution et la sécurité du crédit.

CHAPITRE I - LES QUESTIONS GENERALES

Les questions de compétence juridictionnelle n'ont plus aujourd'hui qu'une importance limitée.

101 - On évoquera rapidement en préalable les questions de **compétence juridictionnelle**, qui semblent souvent débattues devant les juges du fond, mais qui remontent aujourd'hui assez rarement à la cour de cassation. La question principale est celle de savoir si c'est le tribunal civil (Tribunal de grande instance ou plus rarement tribunal d'instance) ou le tribunal de commerce qui est compétent. La réponse est liée au caractère civil ou commercial du cautionnement : sur ce point, la cour de cassation admet aujourd'hui de manière constante que le cautionnement est commercial non seulement lorsqu'il a été donné par un commerçant pour les besoins de son activité professionnelle (cautionnement donné par une banque par exemple), mais aussi par une caution qui n'est pas personnellement commerçante, mais qui a un intérêt à l'activité du débiteur principal commerçant : cela permet notamment de considérer comme commerciaux - donc relevant de la compétence des juridictions consulaires - les cautionnements donnés par les dirigeants sociaux. Cependant les formules utilisées par la cour de cassation pour délimiter le domaine d'application exact de cette solution varient : certains arrêts parlent d'un "intérêt direct de la caution", d'autres d'un "intérêt personnel", d'autres d'un intérêt patrimonial. Quelle que soit la formule employée, elle laisse un certain pouvoir d'appréciation aux juges du fond.

¹⁹ Nous n'indiquerons que les références des arrêts les plus significatifs ; si l'arrêt a été publié, nous indiquerons sa référence au Bulletin des arrêts de la cour de cassation (chambres civiles) ; s'il n'a pas été publié, il est identifié par le numéro du pourvoi.

La détermination du caractère civil ou commercial du cautionnement n'a aujourd'hui, de toute façon, qu'un intérêt pratique limité. Elle n'influe que sur la juridiction compétente, et ne suffit plus depuis 1980 à commander les règles de preuve applicables au cautionnement: en effet, désormais, pour que joue le principe de la liberté de la preuve de l'article 109 du Code de commerce, il ne suffit plus que le cautionnement soit commercial, il faut encore que la caution soit personnellement commerçante, ce qui n'est pas le cas des dirigeants de société anonyme ou de société à responsabilité limitée. Pour la même raison, le caractère commercial du cautionnement n'est pas en soi suffisant pour valider une clause attributive de compétence territoriale au regard de l'article 48 du Nouveau code de procédure civile, dès lors que la caution n'est pas personnellement commerçante.

102 - **Sur le fond**, les débats jurisprudentiels portent sur différentes questions : la **validité** de l'engagement de la caution, son **étendue**, ses **causes d'extinction**, sa **mise en oeuvre**, et enfin les **recours** de la caution contre le débiteur ou les autres cautions.

Section 1- La validité de l'engagement de la caution

103 - Les cautions essaient fréquemment de se dégager en invoquant le non-respect de **conditions de fond** (§1) ou, surtout, des **conditions de forme** (§2) posées par la loi ou la jurisprudence pour la validité du cautionnement.

§1- Les conditions de fond

104 - Pour tenter d'échapper à leur engagement, les cautions mobilisent surtout les règles du droit commun des contrats (A) et, plus rarement, des règles spécifiques au cautionnement (B).

A- Conditions de droit commun

Si l'existence même du consentement de la caution n'est plus discutée directement, la question des vices du consentement suscite une jurisprudence persistante.

a/ Le consentement de la caution

105 - 1°/ La caution prétend parfois qu'elle n'a pas compris exactement la portée de son engagement, donc qu'elle n'a pas vraiment consenti, et cet argument a été naguère parfois retenu, dans des cas exceptionnels, par la cour de cassation. Mais, aujourd'hui, cette question de l'existence du consentement est exclusivement appréhendée sous l'angle des conditions de forme du cautionnement, la mention manuscrite dont nous parlerons plus loin étant précisément un moyen d'attirer l'attention de la caution sur la portée de son engagement.

106 - 2°/ En revanche, on observe une jurisprudence persistante sur les vices du consentement. Le plus souvent, la caution prétend qu'elle s'est trompée - ou qu'elle a été trompée - sur la situation financière du débiteur principal au moment où elle s'engageait: elle a bien accepté de couvrir un risque d'insolvabilité future, mais non une insolvabilité déjà acquise, et elle soutient qu'elle ne se serait pas engagée si elle avait connu la situation. Dans un tel cas, le débat peut être porté sur deux terrains, celui de l'erreur sur la substance (art 1110 CCiv) et celui du dol (art 1116 CCiv).

La cour de cassation n'admet pas en principe la nullité pour erreur sur la situation financière du débiteur...

107 - L'argumentation fondée sur l'article 1110 est presque toujours une impasse pour la caution. Nous avons relevé 25 arrêts où la caution invoquait une erreur sur la substance de son engagement. Dans aucun de ces arrêts, la cour de cassation n'a admis qu'une erreur sur la situation financière du débiteur constituait une telle erreur cause de nullité. A notre connaissance, cette solution n'a été admise qu'une seule fois, au début des années 1970 ; mais, depuis, de multiples arrêts sont venus répéter que la caution ne peut obtenir l'annulation du contrat sur ce fondement que si elle démontre en avoir fait une condition déterminante de son engagement (voir récemment Com 11 janvier 1994 Bull. IV n° 15) - ce qui est bien entendu une démonstration impossible, d'autant plus que la plupart des formulaires de cautionnement rédigés par les banques prennent soin de préciser, justement, que la caution ne fait pas de la situation financière du débiteur une condition de son engagement. Dans la période analysée, la nullité du cautionnement pour erreur n'a été admise que par 3 décisions, mais pour d'autres erreurs que sur la situation financière : deux arrêts concernent une erreur sur l'existence de sûretés assortissant la dette, le troisième un cas où la caution s'était trompée sur l'affectation du crédit consenti.

... mais elle fait peser sur le banquier une obligation d'informer la caution sur ce point. La nullité pour dol est cependant difficile à obtenir.

108 - L'argumentation fondée sur l'article 1116 CCiv est un peu plus facilement couronnée de succès. Sur 64 arrêts recensés, nous en avons découvert 15 où la nullité pour dol était admise. Le principal obstacle à l'annulation pour dol n'est pas, comme on pourrait le croire, dans la règle, rappelée à plusieurs reprises, selon laquelle les manoeuvres dolosives, pour être prises en considération, doivent émaner du cocontractant, donc du créancier - la tromperie venant du débiteur (qui n'est pas partie au contrat de cautionnement) étant dès lors sans influence. Cet obstacle peut être facilement contourné car, lorsque le créancier est un banquier (ce qui est le plus souvent le cas dans les hypothèses qui donnent lieu à contentieux), la cour de cassation considère que celui-ci est tenu à une obligation d'information envers la caution, et que le fait de lui taire la situation obérée du débiteur constitue, sans même qu'il y ait mensonge ou manoeuvres, un "manquement à l'obligation de contracter de bonne foi", donc une réticence dolosive susceptible d'entraîner la nullité du contrat (formule qui se trouve pour la première fois dans : Civ. 10 mai 1989 : Bull I n° 187). Mais la

caution qui voudra faire annuler son engagement sur ce terrain peut se heurter à deux difficultés. D'une part, elle devra montrer que le banquier était bien au courant de la situation financière dégradée du débiteur. D'autre part et surtout, elle ne pourra pas invoquer un manquement à l'obligation d'information du banquier si elle était elle-même bien placée pour être au courant de la situation : cette idée s'applique tout particulièrement au dirigeant social, mais elle peut aussi être étendue aux associés majoritaires, parfois au conjoint du dirigeant. Il y a là un large espace à la discussion, car la cour de cassation ne fixe évidemment pas de liste de personnes qui sont censées être au courant de la situation financière : c'est une question de fait qui est abandonnée au pouvoir d'appréciation des juges du fond, sauf à ce que la cour de cassation contrôle la motivation. Contrairement à ce que pourraient faire croire les seules décisions publiées, le recensement systématique des arrêts montre en tout cas que l'annulation pour dol n'est admise que dans un nombre très limité de cas, alors même que la règle posée (l'obligation d'information pesant sur le banquier bénéficiaire du cautionnement) est de prime abord très favorable aux cautions.

L'argument tiré de l'indétermination de l'objet du cautionnement n'est retenu que dans des cas exceptionnels.

b/ L'objet de l'engagement

109 - On recense quelques arrêts où est invoqué le caractère indéterminé de l'engagement de la caution : cette argumentation est systématiquement vouée à l'échec, car la cour de cassation affirme de manière constante que la caution peut s'engager à garantir des dettes indéterminées.

De même est inopérante l'argumentation de la caution selon laquelle la dette principale n'existait pas au moment de son engagement : la cour de cassation affirme la licéité du cautionnement d'une dette future.

La nullité pour indétermination de l'objet n'a été admise que dans des cas marginaux où n'étaient pas précisées dans l'acte la personne du créancier ou celle du débiteur garanti.

B- Conditions de validité spécifiques au cautionnement

La cour de cassation a considérablement réduit la portée de l'article 2012 du Code civil.

110 - Deux séries de textes suscitent occasionnellement des discussions.

- a/ Il en va ainsi d'abord de l'article 2012 CCiv, qui prévoit que le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable (al 1), sauf dans le cas particulier du cautionnement d'un incapable (al 2). Ce texte est invoqué de manière relativement fréquente devant la cour de cassation (68 citations), mais rarement de manière pertinente. Le plus souvent, la référence au texte est une manière d'invoquer le caractère accessoire du cautionnement. Nous n'avons en définitive relevé que 20 arrêts où la cour de cassation fait application de ce texte dans sa signification spécifique.

Presque tous les arrêts concernent le **principe** posé par le premier alinéa, dont la cour de cassation a considérablement réduit la portée. D'une part, elle considère que, dans le cas d'annulation d'un contrat de prêt, la caution reste tenue des obligations de restitution pesant sur l'emprunteur (solution posée par Com 17 novembre 1982 : Bull IV n° 357 en dernier lieu : Com 28 mars 1995). D'autre part, elle pose qu'en cas d'annulation d'un contrat-cadre (notamment de distribution), la caution reste garante des obligations dont le débiteur est lui-même tenu au titre des contrats d'application (par exemple l'obligation de payer les livraisons antérieures) (solution constante depuis Com 4 février 1986 : Bull IV n° 1 -en dernier lieu: Com 31 janvier 1995 pourvoi n° 92 92. 16. 308).

Un seul arrêt, sur les 20, concerne l'**exception** posée par l'alinéa 2 pour le cas où la nullité est liée à une "exception purement personnelle à l'obligé". La portée de cette expression a été depuis longtemps cantonnée au seul cas d'incapacité du débiteur principal. Dans un arrêt du 20 octobre 1987 (Bull I n° 269), la cour de cassation affirme qu'elle ne vaut pas en cas de nullité de l'engagement principal pour défaut de pouvoir d'un dirigeant social.

En revanche elle applique avec rigueur les règles relatives au pouvoir de se porter caution au nom d'une société anonyme.

111 - b/ Les règles de pouvoir spécifiques posées par les **articles 98 et 129 de la loi de 1966** pour les sociétés anonymes ont suscité elles-aussi divers débats devant la cour de cassation. Ces textes, dérogeant au pouvoir général de représentation du président, subordonnent le cautionnement donné par une société anonyme à l'autorisation préalable du conseil d'administration ou du conseil de surveillance. Nous avons relevé sur ces textes 20 décisions, qui concernent toutes des sociétés anonyme de type classique (avec conseil d'administration).

Certaines de ces décisions concernent le **domaine d'application** de l'exigence posée par les textes. La principale question posée est de savoir si l'exigence d'autorisation préalable s'applique à d'autres garanties que le cautionnement. Les discussions les plus actuelles concernent les lettres d'intention, qui constituent une des sûretés de substitution au cautionnement actuellement utilisées²⁰

D'autres décisions sont relatives aux **sanctions** du défaut d'autorisation : la cour de cassation affirme aujourd'hui de manière constante, après une certaine période d'hésitation, que le cautionnement non autorisé est non pas nul, mais inopposable à la société. Cette inopposabilité s'applique même si le cocontractant est de bonne foi (Com 24 février 1987, Bull. IV n° 56), sauf dans le cas particulier où l'autorisation a été donnée, mais est nulle. Par ailleurs, cette inopposabilité n'est pas susceptible d'être couverte par une ratification a posteriori par le conseil (solution constante depuis Com 11 juillet 1988, Bull. iV n° 246).

§2- Les conditions de forme

Les conditions de forme constituent l'aspect quantitativement le plus important de la jurisprudence de la cour de cassation sur le cautionnement.

112 - C'est, de loin, la question qui a donné lieu ces dernières années à la jurisprudence la plus abondante. Cette jurisprudence, cependant, concerne exclusivement le droit commun du cautionnement (A). Il est remarquable que les cas où la loi exige, à peine de nullité du cautionnement, le respect de formes spécifiques n'aient donné lieu jusqu'à maintenant à aucun arrêt de la cour de cassation (B).

²⁰ Voir infra n° 255 et s

A- Le formalisme dans le droit commun du cautionnement

Dans le droit commun du cautionnement, l'exigence de la mention manuscrite fait l'objet d'une jurisprudence pléthorique, qui a beaucoup évolué...

113 - La cour de cassation exige en principe que l'acte de cautionnement comporte une **mention manuscrite**, écrite par la caution. Les solutions jurisprudentielles relatives à cette mention ont fait l'objet depuis une dizaine d'années d'une évolution aussi spectaculaire que chaotique, et il n'est pas toujours facile de s'y retrouver. Les arrêts, ici, sont assez difficiles à dénombrer, car l'exigence de la mention manuscrite est tantôt fondée sur la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil, tantôt sur le seul article 1326, tantôt sur le seul article 2015. La seule présence de l'article 2015 n'étant pas suffisamment discriminante (car ce texte est aussi utilisé dans des contextes très différents chaque fois que se pose une question d'étendue du cautionnement), nous avons dû nous résoudre à compter seulement les arrêts où se trouvait la référence à l'article 1326, combinée ou non avec l'article 2015.

S'agissant des arrêts où sont cités les deux articles 1326 et 2015, nous en avons dénombré 414 (soit près d'un tiers des arrêts répertoriés en matière de cautionnement), mais ce chiffre est ramené à 288 si on se limite aux affaires où les textes sont cités dans le corps même de la décision. Nous avons par ailleurs compté 63 arrêts où la cour de cassation se réfère au seul article 1326, ce qui donne un total de 351 décisions. Il est tout à fait remarquable que le cautionnement soit aujourd'hui devenu le domaine d'application privilégié de ce texte général du droit des obligations, qui pose une exigence applicable en principe à tous les actes comportant un engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou une chose fongible : nous avons relevé de 1986 à 1995, 463 décisions de la cour de cassation faisant application de ce texte ; sur ces 463 arrêts, 351 soit 75% sont relatifs à des affaires de cautionnement !

Il s'agit donc de l'aspect le plus important du contentieux du cautionnement devant la cour de cassation, et c'est un phénomène relativement nouveau. Les débats sur le formalisme devant la cour de cassation étaient pratiquement inexistants jusqu'en 1986 (7 arrêts en 1986 seulement) et ce n'est qu'à partir de 1990 que la question prend une importance quantitative considérable (19 arrêts en 1989, mais 41 en 1990, 40 en 1991, 37 en 1992, 53 en 1993, 34 en 1994, 25 pour le premier semestre de 1995). Cette croissance brutale du nombre d'arrêts est sans doute en rapport avec la position très favorable aux cautions adoptée par la première chambre civile entre 1987 et 1989, qui a incité beaucoup de cautions à contester la validité de leur engagement. Par la suite, alors même que la cour de cassation marquait un net retour en arrière, les incertitudes et les fluctuations de sa position ont, probablement contribué à alimenter le contentieux.

... et qui a donné lieu à des divergences entre les chambres.

114 - Comme on l'a déjà signalé, l'un des facteurs d'incertitude a résidé, en la matière, dans certaines divergences entre la première chambre civile et la chambre commerciale. Ces divergences ont été particulièrement fortes entre 1987 et 1989, quant à la nature de l'exigence de la mention manuscrite, et on peut encore en relever des traces en ce qui concerne la portée de la mention manuscrite sur l'obligation pour la caution de payer les intérêts²¹. Aujourd'hui les deux chambres sont à peu près en accord, du moins quant aux règles qu'elles posent. Mais il n'est pas sûr qu'elles les appliquent de la même manière. L'application des règles de forme paraît beaucoup plus favorable aux cautions devant la première chambre civile que devant la chambre commerciale. Une analyse rapide des 351 arrêts recensés, fait apparaître que, devant la chambre civile, l'invocation des règles de forme aboutit dans 99 cas (sur les 167 arrêts rendus par cette formation) à la décharge de la caution - soit près de 60% des cas, alors que devant la chambre commerciale, une telle solution favorable à la caution ne s'observe que dans 15 % des cas ! (26 arrêts aboutissant à la décharge sur 181 recensés).

Il est vrai que cette énorme disproportion peut en grande partie s'expliquer par le fait que la chambre commerciale connaît surtout de cautionnements donnés par des commerçants, ou par des dirigeants sociaux, pour lesquels, nous allons le voir, les exigences formelles sont aujourd'hui très souples. Seule une analyse beaucoup plus fine des arrêts rendus permettrait de dire si, indépendamment de ce facteur lié à la personnalité des cautions, la chambre commerciale a une jurisprudence plus dure à l'égard des cautions que la chambre civile.

115 - Après ces remarques générales, on exposera les solutions jurisprudentielles à travers deux questions : quel est le contenu de la mention manuscrite devant être inscrite par la caution ? Et quelle en est la portée, ou, si on préfère, quelle est la sanction encourue si la mention fait défaut ou est incomplète ?

La caution doit écrire de sa main le montant de la somme pour laquelle elle s'engage...

a/ Le contenu de la mention manuscrite

116 - 1°/ Sur le fondement de l'article 1326 du Code civil, la caution doit en principe écrire de sa main l'indication de la somme pour laquelle elle s'engage, en toutes lettres et en chiffres.

Ce principe peut s'appliquer directement dans les cas où la caution connaît, au moment où elle s'engage, le montant de la somme qu'elle peut être amenée à payer - ce qui vise d'une part les cautionnements de dettes déterminées (cautionnement d'un prêt, d'un crédit-bail...), et d'autre part les cautionnements de dettes indéterminées avec une limitation en montant (cautionnement par un dirigeant social de toutes les dettes de sa société dans la limite de X francs).

²¹ Voir infra n° 149 et s

... ou, pour les cautionnements indéterminés, une mention manifestant qu'elle a conscience de la portée de son engagement.

117 - 2°/ L'article 1326 en revanche ne peut être appliqué directement lorsque la caution s'engage à couvrir des dettes indéterminées sans limitation de montant (formule désormais inutilisable, en raison de la loi Madelin du 11 février 1994 lorsque le cautionnement garantit le passif d'un entrepreneur individuel, mais qui peut continuer d'être utilisée pour les dettes des sociétés). Pour de tels cautionnements d'un montant indéterminé, la cour de cassation exige, depuis le début des années 1980, que la caution écrive de sa main ce qu'on peut appeler une **mention de substitution** à l'indication chiffrée prescrite par l'article 1326. Il s'agit, selon une formule qui se retrouve dans tous les arrêts "d'une *mention exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'elle avait de la nature et de l'étendue de l'obligation contractée*". Il n'existe pas à cet égard de formule sacramentelle, car, selon la cour de cassation elle-même, il faut tenir compte "*outre des termes employés, de la qualité, des fonctions et des connaissances de la caution, ainsi que des éléments extrinsèques susceptibles d'apporter une pareille preuve*". C'est dire qu'on sera plus exigeant à l'égard de la banque créancière, pour prendre deux exemples extrêmes, lorsque le cautionnement aura été donné par la vieille mère du chef d'entreprise, qui ne s'intéresse pas aux affaires de son fils, que lorsqu'il aura été donné par le dirigeant social lui-même, censé être parfaitement conscient de la portée des actes qu'il signe pour garantir les dettes de sa société. Mais les difficultés surgissent dans les situations intermédiaires où on peut se demander si la personne qui s'est portée caution était suffisamment intéressée aux affaires du débiteur: femme du dirigeant, associé, dirigeant à la retraite. Et c'est dans cette marge d'appréciation au cas par cas, qui relève du pouvoir des juges du fond, que s'engouffre le contentieux.

La question des sanctions du défaut ou de l'irrégularité de la mention a donné lieu à une évolution jurisprudentielle en trois étapes...

b/ Sanctions du défaut de mention manuscrite

118 - A cet égard, on peut relever une évolution jurisprudentielle en 3 étapes.

Jusqu'en 1987, on considérait que l'exigence de la mention manuscrite, tirée de l'article 1326 CCiv, était une **règle purement probatoire**. Par conséquent, le cautionnement donné sans mention manuscrite ou avec une mention insuffisante n'était point nul en tant qu'acte juridique ; simplement l'acte qui le contenait était irrégulier, mais il constituait un commencement de preuve par écrit pouvant être complété par des éléments extrinsèques.

Mais, en 1987, dans un arrêt très remarqué, la première chambre civile de la cour de cassation, devait abandonner cette conception traditionnelle, en estimant que l'exigence de la mention manuscrite, tirée en matière de cautionnement non pas du seul article 1326, mais de la combinaison de l'art 1326 et de l'article 2015 (exigeant un cautionnement exprès) était, "*non pas une simple règle de preuve, mais une exigence requise pour la protection de la caution*" (Civ. 1 30 juin 1995 : Bull. I n° 210). Son omission ou son insuffisance devait par conséquent être sanctionnée par la **nullité du contrat de cautionnement**. La cour de cassation en avait également déduit que cette formalité, devenue solennité, devait s'appliquer, non seulement au cautionnement lui-même, mais aussi au mandat de se porter caution (alors que l'analyse probatoire conduisait à la solution inverse, le mandat n'étant pas, en tant que tel, un acte soumis à l'article 1326). Cependant, la cour de cassation n'était pas allée jusqu'au bout de sa conception, car elle avait refusé d'étendre la règle aux cautionnements donnés par acte authentique, pensant sans doute (et à juste titre) que l'intervention du notaire était suffisamment de nature à protéger la caution.

Cette jurisprudence (qui n'était d'ailleurs pas partagée par la chambre commerciale, et qui n'était suivie que très imparfaitement par les juridictions du fond) était généralement critiquée en doctrine. Outre qu'elle était fort peu respectueuse des textes (l'article 1326 est incontestablement une règle de preuve), elle conduisait à des solutions trop rigides (en particulier parce qu'elle ne distinguait pas selon la personnalité des cautions), et était de nature à alimenter le contentieux (beaucoup de cautions trouvant dans l'insuffisance de la mention manuscrite un moyen facile de faire annuler leur engagement, surtout pour des cautionnements donnés quelques années auparavant, à une époque où la cour de cassation se montrait moins exigeante).

C'est pourquoi, à partir de fin 1989, début 1990, la cour de cassation est revenue, progressivement, à une conception plus respectueuse des textes, du moins en apparence. Elle affirme désormais à nouveau que l'exigence de la mention manuscrite constitue une **règle de preuve** et non de validité du cautionnement. Dans un premier temps, les arrêts continuaient d'ajouter que cette règle de preuve était édictée "*pour la protection de la caution*", ce qui n'était ni un simple pléonasme, ni une manière d'atténuer la portée du revirement : cette formule permettait à la cour de cassation de distinguer, pour la sanction de l'absence ou de l'insuffisance de la règle, selon la personnalité des cautions en considérant que certaines cautions (au premier rang desquels les dirigeants sociaux), n'ayant pas besoin de protection, ne pouvaient pas se prévaloir de l'article 1326 ! Dans la jurisprudence actuelle, la référence à l'idée de "protection de la caution" a en général disparu, mais le résultat est exactement le même : puisque l'exigence de la mention manuscrite est une règle probatoire, l'acte irrégulier constitue un commencement de preuve par écrit pouvant être complété par des éléments extrinsèques ; or la cour de cassation estime que, parmi des éléments extrinsèques, il faut tenir compte, non seulement des éléments probatoires traditionnels (correspondance échangée entre les parties par exemple), mais aussi de la personnalité de la caution, de la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation cautionnée. Ce qui conduit à considérer par exemple que la simple qualité de dirigeant social constitue un élément extrinsèque, complétant le cautionnement irrégulier. En cas de cautionnement irrégulier, la cour de cassation impose aux juges du fond de rechercher si de tels éléments extrinsèques existent (par exemple : Com 6 décembre 1994 : Bull IV n° 363).

... qui laisse encore subsister certaines ambiguïtés.

119 - On voit à travers cette jurisprudence que le retour à la conception traditionnelle de l'article 1326, règle de preuve, n'est qu'apparent. Dans la conception des rédacteurs du Code civil, ce texte avait pour but de protéger le débiteur contre un abus de blanc-seing, c'est à dire contre une manipulation ultérieure de l'acte par laquelle le créancier écrivait une somme beaucoup plus importante que celle pour laquelle le signataire s'était engagé. Or telle n'est pas la question aujourd'hui : il n'est jamais prétendu que le banquier a trafiqué l'acte ; et la mention manuscrite est destinée à protéger la caution, au moment même où elle s'engage, en attirant son attention sur l'étendue de son engagement. Ce qu'il s'agit de prouver, ce n'est pas le montant de l'engagement, mais la conscience que la caution a eue de ce montant. A partir de là on comprend la conception très large des éléments extrinsèques complétant l'acte irrégulier, la personnalité de la caution, ses relations avec le débiteur cautionné, étant des éléments au moins aussi importants que la mention manuscrite pour établir cette conscience, cette connaissance de la portée de l'engagement.

On comprend aussi que la cour de cassation ait, en dépit du retour apparent à une conception probatoire, maintenu sa jurisprudence sur l'exigence de la mention manuscrite dans le mandat de se porter caution: la nécessité d'attirer l'attention de la caution n'est pas moins grande en effet lorsqu'elle ne s'engage pas directement, mais lorsqu'elle charge quelqu'un de signer l'acte en son nom. (voir en dernier lieu Civ. 27 juin 1995 : Bull I n° 286). Cependant, dans le même arrêt, la cour de cassation affirme que la mention manuscrite n'est pas exigée *ad validitatem*, et le créancier peut, à l'aide d'éléments extrinsèques, démontrer que le mandant avait conscience de la portée de son engagement. L'arrêt illustre à merveille la **totale ambiguïté du formalisme jurisprudentiel**.

Nous retrouverons la même évolution lorsque nous examinerons le rôle de la mention manuscrite pour déterminer l'étendue de l'engagement de la caution, en particulier quant aux intérêts de la dette cautionnée.

B- Règles spécifiques

Les règles spécifiques applicables au cautionnement du crédit à la consommation, en revanche, ne suscitent aucune jurisprudence.

120 - Il s'agit des règles édictées en matière de cautionnement du **crédit à la consommation** ou du **crédit immobilier aux particuliers** (art L 313-7 et L 313-8 du Code de la consommation) et pour le cautionnement des **dettes de loyer** dans les baux d'habitation (art 22-1 L 6 juillet 1989 dans la rédaction de la loi du 21 juillet 1994). Dans les deux cas, la loi prévoit l'écriture par la caution d'une mention, à peine de nullité du contrat.

Ces textes n'ont, jusqu'à présent, soulevé aucun débat jurisprudentiel, du moins devant la cour de cassation : nous n'avons recensé aucun arrêt . Cela peut tenir à ce que, traditionnellement, le cautionnement des dettes de particuliers donne moins prise au contentieux que celui des dettes des entreprises. Mais, par ailleurs, on peut observer que les textes, en raison de leur extrême précision, ne donnent guère prise à la discussion: où la caution a écrit de sa main la mention prévue et le cautionnement est valable, ou elle a changé un mot et l'engagement est nul. Paradoxalement, ces textes, conçus pour assurer la protection de la caution en attirant son attention sur le sens de l'acte, se révèlent également très favorables à la sécurité du créancier, pour lequel un formalisme légal pointilleux est l'assurance d'une non-contestabilité de l'engagement. L'observation vaut cependant surtout pour les textes du droit de la consommation, où la loi prévoit au mot près la formule à écrire. En revanche, le texte en matière de bail, s'il impose certaines indications précises (le montant du loyer et les conditions de sa révision, le recopiage de l'alinéa de la loi relatif à la résiliation), exige aussi , de manière plus vague, que la caution écrive une mention "*exprimant de façon explicite et non équivoque la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte*"; cette formule, qui n'est que la reprise presque textuelle de la formule jurisprudentielle relative aux cautionnements illimités, laisse un certain pouvoir d'appréciation au juge et pourrait donc soulever certains contentieux.

Section 2 - L'étendue de l'obligation de la caution

Les débats sur l'étendue du cautionnement sont très nombreux devant la cour de cassation, même s'il est difficile d'en faire un comptage précis.

121 - Les débats sur l'étendue de l'engagement de la caution sont très nombreux dans la jurisprudence de la cour de cassation. Dans le Code civil, la question est appréhendée par trois textes. L'article 2013, qui est une application du caractère accessoire du cautionnement, pose que l'engagement de la caution ne peut être plus étendu que celui du débiteur principal: nous avons répertorié 64 arrêts utilisant ce texte. L'article 2015, qui exige que le cautionnement soit exprès, pose également "*qu'on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté*", ce qui semble commander une interprétation restrictive de l'engagement de la caution : abstraction faite des décisions qui sont relatives à l'exigence de la mention manuscrite (et qui combinent l'article 2015 avec l'article 1326), nous avons recensé 110 arrêts qui font application du seul article 2015. Enfin, il faut citer l'article 2016, qui prévoit que le "*cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette*" : ce texte est beaucoup moins souvent cité dans les arrêts (15 références), mais cela s'explique parce que, comme nous le verrons, la question des accessoires de la dette est aujourd'hui réglée par la cour de cassation sans référence à l'article 2016²².

Ces chiffres ne sont pas vraiment significatifs. D'une part, l'examen rapide des arrêts recensés révèle que de nombreux arrêts où l'un des articles précédents est cité ne sont pas relatifs à l'étendue du cautionnement, ces textes (et notamment l'article 2015) étant invoqués par les parties, et utilisés par la cour de cassation elle-même à propos de questions très diverses. D'autre part et à l'inverse, la question de l'étendue du cautionnement dépasse largement, nous le verrons, les trois textes précités. En particulier, les discussions sur la durée de l'engagement de la caution, pour le cautionnement de dettes futures et indéterminées, sont en général résolues sans référence aux textes du Code civil. Il est donc assez difficile de faire un comptage précis des arrêts relatifs à l'étendue du cautionnement.

²² Voir infra n° 147 et s

L'interprétation des contrats de cautionnement est largement contrôlée par la cour de cassation.

122 - La détermination de l'étendue exacte de l'engagement de la caution est une **question d'interprétation du contrat**. On en déduit habituellement que cette question relève, pour l'essentiel, du pouvoir souverain des juges du fond. Cette opinion doit cependant être nuancée. Une recherche assez approximative effectuée sur les 110 arrêts faisant référence à l'article 2015 et pas à l'article 1326 montre que 4 seulement font explicitement référence au pouvoir souverain des juges du fond²³ pour apprécier l'étendue du cautionnement ! Sur le même échantillonnage, on relève un nombre non négligeable d'arrêts de cassation (...), qui ne s'expliquent pas seulement par le contrôle de la dénaturation des clauses claires et précises, auquel la cour de cassation ne semble pas ici se livrer plus que dans le droit commun des contrats (5 cassations pour dénaturation seulement). Un examen superficiel des arrêts rendus sur l'article 2015 révèle que la cour, sur la question de l'étendue de l'engagement de la caution, contrôle très étroitement la motivation de la juridiction qui a rendu la décision frappée de pourvoi. Par ailleurs, nous allons voir que la cour de cassation a posé un certain nombre de règles qui viennent limiter le pouvoir des juges du fond d'apprécier l'étendue du cautionnement : ainsi la question de savoir si la caution est ou non tenue de payer les intérêts et autres accessoires de la dette est résolue aujourd'hui par l'application de règles formelles ; l'appréciation de la durée du cautionnement se fait à l'intérieur de cadres précis posés par la cour de cassation.

123 - Les questions qui viennent en discussion devant la cour de cassation au sujet de l'étendue du cautionnement se situent sur deux terrains bien différents : il s'agit parfois de savoir quelles sont les **dettes** qui sont couvertes par la caution - ou, dans la terminologie aujourd'hui bien admise, quelle est l'étendue de son obligation de couverture - (§1) ; dans d'autres cas, il s'agit de déterminer le montant de la **somme** que la caution aura à payer, c'est à dire le montant de son obligation de règlement (§2).

§1- La détermination des dettes couvertes

Dans les cautionnements à objet général,...

124 - La question de savoir quelles sont les dettes garanties par la caution ne se pose que dans les cautionnements qui portent sur des dettes futures, et encore indéterminées au moment où la caution s'engage. C'est le cas du cautionnement dit parfois "omnibus" par lequel le dirigeant social (ou toute autre personne) se porte caution de toutes les dettes dont sa société viendrait à être tenue envers une banque. Nous avons vu que ce type de cautionnement venait très souvent en discussion devant la cour de cassation.

Les débats portent alors soit sur la **nature** des dettes couvertes (A), soit, beaucoup plus souvent, sur la **durée** pendant laquelle elles sont couvertes (B).

²³ Une recherche de la présence du mot "souverain" ou des mots dérivés dans les arrêts contenant une référence à l'article 2015 et pas à l'article 1326 nous avait indiqué dans un premier temps 23 arrêts; mais la lecture de ces décisions a permis d'en éliminer la plupart, où il s'agit de l'appréciation souveraine des éléments de preuve.

A- Nature des dettes couvertes

... les clauses du cautionnement déterminent de manière souvent très large les dettes couvertes par la caution.

125 - Les clauses du contrat de cautionnement déterminent souvent de manière très large la nature des dettes couvertes par la caution : par exemple "*toutes sommes que le client peut à ce jour ou pourra devoir à l'avenir à la banque à raison de tous engagements, de toutes opérations et, d'une façon générale, de toutes obligations nées, directement ou indirectement, quelle qu'en soit la cause. C'est ainsi qu'il s'applique, l'énumération qui va suivre étant simplement indicative et non limitative, à toutes obligations résultant...*". De telles formules ne laissent pas beaucoup de place à la discussion ; par exemple, même si la dette du débiteur principal est née tout à fait par hasard, parce que le débiteur principal se trouve être le débiteur d'un autre client de la même banque et que, à ce titre, il se trouve dans la position de tiré d'une traite escomptée par la banque, ou de débiteur cédé par bordereau Dailly, la caution sera tenue de ces "engagements indirects". Il nous a été impossible de recenser de manière systématique les arrêts qui portent sur ce type de discussion, car la référence à l'article 2015 (texte qui sert habituellement de fondement aux discussions sur l'étendue du cautionnement) est trop peu discriminante.

B- Durée de l'engagement de la caution

Les cautionnements peuvent prendre fin par l'effet de certains événements.

126 - La jurisprudence est beaucoup plus facile à recenser sur les questions liées à la durée pendant laquelle la caution s'engage à couvrir les dettes du débiteur. Ce type de questions, là encore, ne se pose que pour les cautionnements de dettes futures et indéterminées : pour le cautionnement d'une dette déterminée, en effet, il est clair que la caution est tenue jusqu'au remboursement de la dette. En revanche, si le cautionnement garantit des dettes futures, il apparaît comme une sorte de contrat à exécution successive qui peut ou non être affecté d'un terme extinctif, et qui peut aussi, dans certains cas, prendre fin par l'effet d'une manifestation de volonté de la caution (résiliation unilatérale) ou de certains événements extérieurs (décès de la caution, fusion de la société débitrice...) : dans ces cas, le cautionnement ne sera pas anéanti, mais la caution ne garantira que le paiement des dettes nées antérieurement à la charge du débiteur. Ce type de questions n'est aucunement réglé dans le Code civil, puisque, comme il a été précédemment expliqué, les rédacteurs du Code n'ont absolument pas envisagé ces cautionnements de dettes futures et indéterminées. Le particularisme de ces cautionnements n'apparaît que de manière incidente dans l'article 48 de la loi du 1er mars 1984, qui impose aux établissements de crédit d'informer les cautions, entre autres sur la faculté de révocation dont elles disposent.

Les solutions sont différentes selon que le cautionnement est donné pour une durée indéterminée (a) ou avec un terme (b).

Lorsqu'ils sont donnés pour une durée indéterminée,...

a/ Cautionnements à durée indéterminée

127 - Il semble que, dans l'immense majorité des cas, aujourd'hui, les cautionnements de dettes futures sont donnés pour une durée indéterminée. Cela ne veut pas dire, bien entendu, que la caution soit engagée éternellement. Divers événements peuvent venir, *a posteriori*, limiter dans le temps l'engagement de la caution, en restreignant cet engagement aux dettes nées antérieurement.

... la caution peut résilier unilatéralement son engagement.

128 - 1°- Le principal événement à considérer est volontaire : c'est la **résiliation unilatérale** de son engagement par la caution, habituellement appelée **révocation du cautionnement**. Cette arme à la disposition de la caution suscite des débats relativement nourris devant la cour de cassation : nous avons relevé 72 arrêts relatifs au **domaine**, aux **formes** ou aux effets de la révocation.

Cette faculté de résiliation, qui à un domaine assez large...

129 - Quant au **domaine** de la révocation, la cour de cassation a eu l'occasion de rappeler que la révocation n'est possible que pour les cautionnements de dettes futures et indéterminées. Il n'est pas question de révoquer lorsque la caution s'engage pour la garantie d'une dette présente et déterminée (un prêt, un crédit-bail...) : dans ce cas, elle sera tenue jusqu'à complet paiement de cette dette (Civ1 7 juillet 1992 : Bull IV n° 262). Un arrêt récent précise que, pour un prêt, la résiliation est impossible même si les fonds n'ont pas encore été mis à la disposition de l'emprunteur (Civ1 27 juin 1995 : pourvoi n° 93-11-934).

Cependant, aux cautionnements de dettes indéterminées, il faut, pour la révocation, assimiler le cautionnement de contrats à exécution successive, qui font naître à la charge du débiteur des dettes au fur et à mesure de l'exécution : tel est le cas du cautionnement d'un bail. Si le bail cautionné est à durée indéterminée, la caution peut résilier à tout moment, ce qui signifie qu'elle ne sera pas tenue des loyers postérieurs : (Civ3 25 avril 1990: Bull III n° 101). Si le bail est à durée déterminée, en revanche, la caution est tenue pour la durée du bail (Civ1 4 octobre 1989: Bull I n° 303) ; mais, si elle s'est engagée elle-même sans limitation de durée, elle pourra résilier son engagement, cette résiliation ne prenant effet qu'à la fin du bail en cours. Ces solutions ont été consacrées, en matière de bail d'habitation, par la loi du 21 juillet 1994 qui a inséré un art 22-1 dans la loi du 6 juillet 1989.

... et dont les formes sont souvent réglementées contractuellement...

130 - La cour de cassation a aussi parfois l'occasion de se prononcer sur les **formes** de la révocation : elle rappelle constamment que la révocation suppose une manifestation de volonté expresse de la caution (les formes précises sont souvent prévues par les contrats, ce qui coupe généralement court à toute discussion). Un arrêt récent précise que, lorsqu'il existe plusieurs cautions solidaires, la révocation exercée par l'une n'a pas d'effet à l'égard des autres : la cour de cassation refuse ici de faire jouer la théorie de la représentation mutuelle des codébiteurs solidaires. (Civ1 13 juin 1995 : Bull. I n° 258).

... n'a pas pour effet de libérer la caution, mais seulement de limiter son engagement aux dettes antérieures...

131 - Si on considère maintenant les **effets** de la révocation, il est bien établi que la caution qui révoque n'est pas libérée de son obligation de payer à la place du débiteur; elle cesse simplement d'être tenue de couvrir les dettes naissant postérieurement à la révocation. Le cautionnement n'est pas éteint (sauf naturellement si toutes les dettes antérieures ont été réglées). La jurisprudence récente a précisé à plusieurs reprises que, ce qui compte, c'est la date de naissance de la créance, non son exigibilité : si le banquier a consenti, huit jours avant la révocation, un prêt remboursable en dix ans, la caution en sera tenue jusqu'à complet remboursement. Selon une formule très explicite de la cour de cassation, "*la caution qui s'est engagée à garantir sans détermination d'objet ni de durée, les obligations, contractées ou qui viendraient à l'être du débiteur envers le créancier, doit la garantie de toutes les obligations à durée déterminée convenues antérieurement à la résiliation unilatérale du cautionnement, quand bien même l'exécution de ces obligations se poursuivrait, en vertu des stipulations contractuelles, après la date de cette résiliation*" (Com 11 mai 1993 : Bull IV n° 178).

... ce qui suscite des difficultés particulières en cas de cautionnement d'un compte courant.

132 - La portée de ces principes a suscité de nombreuses discussions lorsque le cautionnement porte sur le solde débiteur d'un compte courant.

Il est certain que la caution qui révoque un tel cautionnement n'est pas tenue des aggravations du solde débiteur postérieures à sa révocation (ce sont des dettes postérieures qu'elle ne couvre plus) ; mais on s'est demandé si elle pouvait profiter des remises postérieures au crédit du compte, même si ces remises ont été ultérieurement effacées par de nouveaux débits. Depuis 1972, la cour de cassation admet que la caution profite des remises subséquentes : les aggravations survenues ultérieurement sont sans importance puisque ce sont des dettes contractées après la révocation. Cette solution est une de celles qui, dans les années 1970, ont marqué le recul de la théorie de l'indivisibilité du compte courant ; elle est constamment rappelée : depuis 10 ans, la cour de cassation a rendu au moins 11 arrêts sur cette seule question²⁴ (par exemple : Com 30 mars 1993: Bull IV n° 125).

Mais depuis 20 ans, les banques n'ont eu de cesse de trouver une parade à cette jurisprudence, et elles y sont finalement parvenues. Dans un arrêt du 12 février 1991 (Bull IV n°162), en effet, la chambre commerciale a validé la clause prévoyant que l'obligation de la caution s'étendrait à *"toute somme que dégagera le compte au moment de sa clôture, sans pouvoir excéder toutefois le montant de sa position débitrice à la date d'effet de sa révocation"* - ce qui revient à dire qu'on ne tient pas compte des remises intermédiaires : la cour considère que la révocation du cautionnement, dans un tel cas, est seulement une limitation du montant de son engagement, ce qui transforme subtilement le sens de cette révocation. Les banques ont peut-être un autre moyen de parer à la jurisprudence sur les remises subséquentes : c'est d'ouvrir un second compte au client, sur lequel on portera les remises au crédit, le compte cautionné restant au niveau du jour de la résiliation. Dans un arrêt récent du 28 juin 1994 (Bull IV n° 169), la cour de cassation semble valider cette pratique, mais dans un cas où l'ouverture du compte était antérieure à la résiliation du cautionnement, et en réservant le cas où cette ouverture aurait un caractère anormal.

Ces solutions sont très caractéristiques des adaptations des pratiques contractuelles en présence d'une jurisprudence favorable aux cautions. Il est probable que les clauses signalées, dont la portée est assez difficile à déterminer, vont susciter dans les prochaines années de nouveaux débats jurisprudentiels.

133 - 2°- Les mêmes problèmes se posent dans le cas où l'obligation de couverture de la caution se trouve limitée dans le temps par l'effet d'un événement extérieur indépendant de la volonté de la caution.

²⁴ Interrogation faite sur la présence dans les arrêts des mots : résiliation ou révocation, solde débiteur, remises. Ici encore, le comptage est assez difficile, car les formules utilisées peuvent être diverses d'un arrêt à l'autre.

Le décès de la caution de dettes futures et indéterminées a les mêmes effets que la résiliation.

134 - Il en est ainsi dans le cas du **décès de la caution**. Sur ce point, la jurisprudence est bien fixée depuis 1982, date à laquelle la cour de cassation a admis, contrairement à la solution antérieure, que le décès de la caution produit, à l'égard de ses héritiers, le même effet que la résiliation : les héritiers ne sont tenus que des dettes postérieures au décès (Com 29 juin 1982, Bull IV n° 258). Cet arrêt est un de ceux où la cour de cassation a mis le plus nettement en évidence la spécificité du cautionnement de dettes indéterminées. C'est en même temps un de ceux qui illustrent le mieux la manipulation habile des textes vieilliss du Code civil par la cour de cassation. L'article 2017, en effet, disposait à l'origine que "*Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte par corps, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée*" ("y" se rapportant évidemment à la contrainte par corps). La contrainte par corps ayant été supprimée en 1867, le texte devrait désormais se lire "*Les engagements des cautions passent à leurs héritiers*". Mais, pour justifier la distinction entre la couverture des dettes antérieures au décès et des dettes postérieures - distinction à laquelle les rédacteurs du Code ne pouvaient avoir pensé, la cour de cassation lit désormais le texte : "*Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée*", ce qui, grammaticalement, ne veut rien dire !

135 - La distinction entre les dettes antérieures et les dettes postérieures au décès a fait naître de nouveaux débats. Depuis 1986, nous avons relevé 10 arrêts sur l'application de l'article 2017.

S'agissant des **conditions d'application** de la nouvelle solution, la cour de cassation a eu ainsi l'occasion de préciser que les héritiers n'étaient pas tenus d'informer la banque du décès de la caution (Civ1 3 juin 1986: Bull I n° 147). Elle a également affirmé la nullité de la clause qui obligerait les héritiers à couvrir les dettes postérieures au décès de leur auteur, au nom de la prohibition des pactes sur succession future (Com 13 janvier 1987 : Bull IV n° 9).

S'agissant des **effets**, la cour de cassation transpose les solutions admises en matière de révocation. Plusieurs arrêts rappellent que, comme en cas de révocation, il ne faut pas confondre naissance de la dette et exigibilité : les héritiers de la caution garantissent le paiement de toutes les dettes nées avant le décès, même si elles ne deviennent exigibles qu'après (Com 16 janvier 1990, pourvoi n° 88. 10. 494, Civ1 20 juillet 1994 : Bull I n° 258). Mais, dans le cas particulier du cautionnement d'un compte courant, les héritiers profiteront des remises au crédit postérieures (Com 6 décembre 1988 : Bull IV n° 336 ; Civ1 24 janvier 1990 : Bull I n° 20).

Il en va de même en cas de disparition de la personnalité morale du débiteur ou du créancier.

136 - Les solutions sont les mêmes dans le cas d'une **disparition de la personnalité morale** de la société cautionnée. Le problème se pose principalement dans le cas où cette société est absorbée par une autre dans le cadre d'une opération de fusion. La cour de cassation pose que la caution de la société absorbée (débitrice) continue à couvrir les dettes nées antérieurement à la fusion, mais qu'elle est dégagée pour les dettes nées postérieurement à la charge de la société absorbante (solution posée par Com 25 octobre 1983 : Bull IV n° 274 et reprise au cours de notre période d'observation par Com 17 mai 1989: pourvoi n° 87 16 794). Un arrêt récent réserve cependant le cas de la fraude commise par le dirigeant qui procède à la fusion dans le seul but de limiter son engagement (Com 10 octobre 1995).

Les solutions sont les mêmes, *mutatis mutandis*, en cas de fusion par absorption de la société créancière (3 arrêts au cours de notre période d'observation : Com 20 janvier 1987 : Bull IV n° 20 ; Com 17 juillet 1990 : Bull IV n° 216 et Com 4 février 1992 : Bull IV n° 60, ce dernier arrêt étant assez ambigu).

En revanche, la cessation de fonction du dirigeant caution est normalement sans incidence.

137 - Une jurisprudence constante affirme depuis plus de 20 ans (solution posée par Com 8 novembre 1972) que la cessation de ses fonctions par le dirigeant caution est strictement sans incidence sur le cautionnement. Le dirigeant reste tenu non seulement des dettes contractées par sa société avant son départ, mais aussi des dettes postérieures. Libre à lui naturellement de résilier son cautionnement - la loi de 1984 impose d'ailleurs au banquier un rappel de cette faculté de résiliation même au dirigeant - mais s'il ne le fait pas il reste tenu. Il n'en irait autrement que si une clause spéciale du contrat de cautionnement avait lié la durée du cautionnement à celle de la direction de la société. La solution est répétée selon différentes formules : *"Attendu que la cessation de ses fonctions par un dirigeant social ne met pas fin aux obligations du cautionnement qu'il a contracté pour une durée indéterminée afin de garantir les dettes de la société, dès lors qu'il n'a pas fait de l'exercice de ses fonctions une condition de son engagement"* ; *"la durée de l'obligation de couverture des dettes contractées ultérieurement par le débiteur ne pouvait être limitée à celles des fonctions de dirigeant social qu'en vertu des stipulations de la convention"*

La cour de cassation a eu l'occasion de préciser que la solution vaut même si le dirigeant a notifié son départ au créancier, et qu'elle s'applique également pour la cession de ses parts par un associé.

Cette question de l'incidence de la cessation des fonctions du dirigeant social avait été abondamment discutée au cours des années 1970-1980²⁵. Puis elle avait été mise en sommeil. Elle est réapparue devant la cour de cassation en 1988, mais le maintien de la solution ferme de la cour de cassation semble avoir porté ses fruits, puisqu'après 10 arrêts rendus de 1988 à 1992, la question a aujourd'hui pratiquement disparu de la jurisprudence de la cour de cassation (un seul arrêt en 1994). Elle vient cependant de resurgir en 1995, mais à propos de la portée d'une clause liant l'engagement du dirigeant à la durée des fonctions, ce qui en fait un cautionnement à durée déterminée.

b/ Cautionnement à durée déterminée

Les solutions sont très incertaines pour les cautionnements à durée déterminée.

138 - Dans un certain nombre de cas, la caution fixe un terme à son engagement. Les difficultés qui apparaissent alors dans la jurisprudence de la cour de cassation concernent toutes la portée de cette limitation dans le temps. Comme dans le cas de la révocation ou du décès, la cour de cassation a été amenée à préciser à plusieurs reprises que la caution ne sera plus tenue des dettes qui naîtront après le terme stipulé, mais qu'elle ne sera pas libérée de toute obligation à ce moment ; la caution sera en effet, même après le terme, tenue de régler les sommes dues sur les dettes nées antérieurement, même d'ailleurs si ces sommes ne deviennent exigibles que postérieurement (voir en dernier lieu Com 28 février 1995 à propos d'un cautionnement limité explicitement dans le temps à la durée des fonctions du dirigeant caution ; la cour de cassation précise que dans ce cas l'engagement de la caution prend fin lors de la notification de cette cessation).

²⁵ Sur cette période, nous n'avons pu faire aucun comptage des arrêts rendus; la question était alors très discutée en doctrine.

Les solutions exposées à propos de la résiliation en cas de cautionnement du solde débiteur d'un compte courant sont également valables : la caution profite en principe des remises postérieures au terme de son engagement (Com 24 octobre 1989 : Bull IV n° 256), sauf clause contraire du contrat de cautionnement (Com 9 juin 1992 : Bull IV n° 227).

On ne note pas de jurisprudence sur le point de savoir si la fixation d'un terme laisse subsister les possibilités de cessation pour d'autres causes, et notamment la possibilité pour la caution de résilier unilatéralement avant le terme. Logiquement, s'agissant d'un engagement à durée déterminée, cette possibilité devrait être exclue, la fixation d'un terme apparaissant alors comme très désavantageuse pour la caution. Il semble que certains établissements de crédit l'aient compris et que ce type de cautionnements à durée déterminée se développe actuellement - ce qui pourrait susciter de nouveaux contentieux.

§2 - La détermination de la somme à payer

La détermination de la somme à payer par la caution suscite des discussions nombreuses, qui sont parfois liées aux règles applicables à l'obligation principale.

139 - A supposer connues la ou les dettes couvertes, va se poser la question de savoir quel montant on peut, sur ces dettes, demander à la caution.

Le montant du cautionnement peut être calqué exactement sur le montant de la dette ou des dettes du débiteur principal, soit plafonné par rapport à ce montant. En toute hypothèse, il ne peut être supérieur au montant dû par le débiteur principal (article 2013 CCiv). A partir de là, les discussions sur le montant dû par la caution peuvent provenir soit de contestations relatives à ce que doit le débiteur lui-même, soit de contestations directes sur l'étendue de l'engagement de garantie.

140 - Nous nous contenterons d'évoquer rapidement ici le premier type de discussions, qui ne mettent pas en oeuvre, à proprement parler, le droit du cautionnement.

Par exemple, pour échapper au paiement des intérêts de la dette, ou pour en limiter la charge, la caution peut prétendre que ces intérêts ne sont pas dus par le débiteur lui-même ou que le taux que le banquier prétend appliquer est excessif. On notera à cet égard qu'une partie notable de la jurisprudence qui s'est élaborée, en matière de prêt, sur le fondement de l'article 1907 CCiv (sur l'obligation pour le créancier de mentionner par écrit le taux d'intérêt, y compris dans le cadre de découvert bancaire) s'est développée à partir de procès où le créancier agissait, non contre le débiteur principal, mais contre la caution : une recherche superficielle montre que sur 97 arrêts où est utilisé l'article 1907 du Code civil, 28 mettent en cause une caution.

De même la caution peut, comme le débiteur lui-même, demander la réduction d'une clause pénale sur le fondement de l'article 1152 du Code civil. Encore qu'il soit difficile d'en faire un comptage exact, on peut observer qu'une partie non négligeable des arrêts rendus sur l'article 1152 (plus de 10%) le sont, non à l'initiative du débiteur lui-même, mais à l'initiative d'une caution.

Dans le même ordre d'idées, on relèvera les discussions relativement fréquentes (22 arrêts recensés) qui surgissent sur l'imputation des paiements effectués par le débiteur principal. La cour de cassation est amenée ainsi à faire application, pour déterminer ce que doit la caution, des articles 1254 et suivants du Code civil : à défaut de consentement du créancier, les paiements s'imputent d'abord sur les intérêts (art 1254 CCiv) ; lorsque le débiteur a plusieurs dettes également échues, les paiements s'imputent d'abord, en l'absence d'imputation expresse, sur la dette que le débiteur avait le plus intérêt à acquitter (art 1256 CCiv). Pour l'application de cette dernière règle, la cour de cassation estime que si le débiteur a plusieurs dettes dont une seule est cautionnée, c'est cette dernière que le débiteur a le plus d'intérêt à acquitter.

141 - Si on se limite aux discussions qui mettent en cause les règles du droit du cautionnement, on peut observer que les cautions tentent de limiter le montant de leur engagement, soit en discutant sur le **principal** de la dette (A), soit, plus souvent, en contestant leur obligation de couvrir les **accessoires** de la dette (B).

A - L'obligation de la caution au principal de la dette

Les discussions qui portent directement sur l'étendue de l'obligation de la caution peuvent être liées à une limitation de son obligation au principal de la dette.

142 - Les discussions portent ici presque toujours sur la portée des limitations de montant qui sont inscrites à l'acte de cautionnement. Il est extrêmement difficile de repérer les arrêts de la cour de cassation qui portent sur ce genre de débats. La connaissance approximative qu'on peut avoir des décisions des juridictions du fond, et quelques rares arrêts publiés de la cour de cassation donnent une idée des questions qui sont posées aux tribunaux à cet égard.

143 - Une première question apparaît lorsque une caution qui s'est engagée successivement par plusieurs actes, pour des montants différents, prétend que chaque nouveau cautionnement a opéré novation du précédent, de telle sorte qu'elle n'est engagée que dans la limite du dernier acte. Ce type d'argumentation n'a que peu de chances de prospérer compte tenu de la pratique actuelle du cautionnement bancaire, car il est généralement prévu dans chaque contrat de cautionnement que "*le présent cautionnement n'affecte et ne saurait affecter en aucune manière la nature et l'étendue de tous engagements et de toutes garanties réels ou personnels qui ont pu ou pourront être fournis, soit par la caution, soit par tous tiers et auxquels il s'ajoute ou s'ajoutera*". La cour de cassation a eu l'occasion de préciser qu'une telle clause liait la caution sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit reproduite dans la mention manuscrite (Com 3 janvier 1989 : Bull IV n° 2). En l'absence d'une telle clause, il appartiendrait aux juges du fond de rechercher quelle a été l'intention des parties. La novation ne se présument pas, les engagements doivent en général se cumuler.

144 - Une autre discussion peut surgir lorsque plusieurs cautions se sont engagées (généralement solidairement) par un même acte, pour un même montant. Lorsque la dette est supérieure au montant de chaque engagement, il s'agit de savoir si les deux cautionnements donnés couvrent le même montant (chacun pouvant être tenu pour la totalité mais sous déduction des paiements de l'autre), ou s'ils s'ajoutent l'un à l'autre. La cour de cassation ne semble pas avoir rendu de décision sur ce point, mais il semble raisonnable de penser que les engagements donnés pour un même montant ne se cumulent pas, à défaut de stipulation expresse.

La cour de cassation a en revanche approuvé des juges du fond d'avoir estimé que des engagements donnés dans un même acte, mais pour des montants différents, devaient s'ajouter les uns aux autres et non se recouvrir (Civ1 23 juin 1992 : Bull I n° 194).

145 - Lorsque les engagements des différentes cautions se recouvrent, la question se pose de savoir si elles sont tenues solidairement - de telle sorte que chacune des cautions peut être tenue de payer la totalité - ou conjointement - le créancier ne pouvant réclamer à chacun que sa part.

Comme on l'a déjà signalé, le cautionnement solidaire, qui exclut le bénéfice de division, est aujourd'hui devenu la règle, et la présence de clauses parfaitement claires exclut en général toute discussion. Par ailleurs, la cour de cassation a posé en 1978 que la caution réelle n'avait pas le bénéfice de division même si cela n'était pas stipulé expressément. On a déjà relevé que, sur l'ensemble de notre période d'investigation, l'existence d'un bénéfice de division n'avait été discutée que 28 fois, et admise que 3 fois !

.m.B - L'obligation de la caution aux accessoires de la dette

Mais, le plus souvent, elles concernent l'obligation aux accessoires, et notamment aux intérêts.

146 - L'essentiel des discussions relatives à l'étendue du cautionnement devant la cour de cassation porte sur le point de savoir si la caution garantit, outre le principal de la ou des dettes cautionnées, les intérêts et autres accessoires de ces dettes (dont on suppose qu'ils sont dus par le débiteur). Les débats sur cette question peuvent être liés aux stipulations du contrat (a) ou au comportement ultérieur du créancier, auquel la caution, pour se dégager du paiement des intérêts, reproche un manquement à son obligation d'information (b).

La cour de cassation a posé à ce sujet des règles complexes et fluctuantes...

a/ L'obligation aux accessoires et les stipulations du contrat

147 - L'article 2016 du Code civil dispose que "*le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette*". Dans l'interprétation traditionnelle qui en était donnée, ce texte signifiait que la caution qui ne limite pas explicitement l'étendue de son engagement est tenue de tout ce qui est dû par le débiteur, principal et accessoires. Certaines discussions pouvaient s'élever sur la notion d'accessoires de la dette (notamment à propos des clauses pénales contenues au contrat et des indemnités d'occupation dues par un locataire après expiration du bail) ; mais il ne faisait aucun doute en tout cas que la caution

était en principe tenue au paiement des intérêts de la dette garantie, au taux du contrat. Mais, depuis la fin des années 1980, la cour de cassation a considérablement limité la portée de l'article 2016, en feignant de croire que le "cautionnement indéfini" visé par le texte est seulement le cautionnement de dettes indéterminées donné sans limitation de montant. On a là un nouvel exemple de la manipulation des articles du Code civil par la cour de cassation, car il est évident que les rédacteurs du Code civil ne connaissaient pas ce type de cautionnement et que, pour eux, le cautionnement "indéfini" d'une obligation était simplement le cautionnement d'une dette non limité en montant.

148 - Si on est en présence d'un cautionnement de dettes indéterminées, illimité en montant, d'un **cautionnement non chiffré**, la solution est simple : la caution est bien tenue de tout ce que doit le débiteur. L'article 2016 trouve alors pleine application. En revanche, pour les **cautionnements chiffrés** (cautionnements d'une dette déterminée ou cautionnements de dettes indéterminées limités en montant), la cour de cassation fait jouer un rôle important à la mention manuscrite que, comme on l'a vu précédemment, la caution doit écrire dans l'acte et qui doit comporter la somme cautionnée en chiffres et en toutes lettres. C'est de ce que la caution écrit de sa main que va dépendre le montant qui peut lui être demandé.

Comme à propos des exigences formelles, dont elles constituent d'ailleurs le prolongement, les solutions qui découlent de cette interprétation sont marquées par une grande complexité, pour ne pas dire un certain byzantinisme. L'insécurité qui en résulte, et qui est de nature à alimenter le contentieux, est aggravé par le caractère évolutif des solutions, ainsi que par certaines divergences entre la 1ère chambre civile et la chambre commerciale.

On essaiera d'abord de résumer les solutions relatives aux intérêts, avant de présenter les solutions relatives aux autres accessoires.

1°/ Les intérêts

149 - Il faut distinguer deux questions : la caution est-elle ou non tenue aux intérêts ? si oui, à quel taux ? Sur ces deux points, il a été impossible d'effectuer un comptage précis des arrêts rendus, qui sont fondés sur les mêmes textes (articles 2015 et 1326 du Code civil) que ceux qui sont invoqués pour la preuve du cautionnement. On relèvera simplement que, sur les 167 arrêts de la 1ère chambre civile relatifs à la mention manuscrite, 27 aboutissent à supprimer ou à limiter la charge des intérêts pour la caution, alors qu'une telle solution n'est retenue par la chambre commerciale que dans 4 arrêts ! Cette disproportion tient pour l'essentiel au contenu même des règles qui, nous allons le voir, amènent à traiter plus sévèrement la caution dirigeant social que la caution profane ; mais elle peut s'expliquer aussi par certaines divergences entre les deux chambres quant aux règles posées.

... à la fois sur le point de savoir si la caution est ou non tenue aux intérêts...

150 - Sur le point de savoir si la caution est ou non tenue aux intérêts, la cour de cassation estime que, si la caution a simplement inscrit de sa main le montant de la somme en capital, elle n'est pas tenue des intérêts ni d'ailleurs des autres accessoires de la dette. Il faut préciser que la somme inscrite ne constitue pas seulement un plafonnement des sommes dues par la caution, elle exclut par principe la couverture des accessoires de la dette, même si la demande du créancier n'excède pas le montant en capital inscrit de la main de la caution (Civ1 10 janvier 1995). Pour que ces intérêts et autres accessoires soient dus, il faut soit que la caution l'ait expressément précisé dans l'acte (bon pour caution de la somme de ... F plus intérêts et autres accessoires). Cependant cette jurisprudence est actuellement en pleine évolution.

D'abord, conformément à la position de la cour de cassation sur les conséquences de l'absence ou de l'insuffisance de la mention manuscrite, il est maintenant admis que l'absence de mention des intérêts et accessoires n'exclut pas complètement que ceux-ci soient couverts. La mention incomplète peut valoir commencement de preuve par écrit, et peut être complétée par des éléments extrinsèques établissant la volonté qu'avait la caution de couvrir ces sommes : à cet égard, la qualité de la caution, jointe à la mention dans l'acte imprimé que les intérêts et autres accessoires sont couverts, sera déterminante. Cette position est admise tant par la chambre commerciale (Com 31 mai 1994 : Bull IV n° 190) que par la première chambre civile (Civ121 février 1995 : Bull I n° 90). On remarquera une fois de plus que la cour de cassation fait ici jouer aux règles probatoires un rôle qui n'est absolument pas le leur, puisqu'on est en présence d'une pure question d'interprétation d'un contrat et non de preuve.

Ensuite, il semble que la chambre commerciale soit en train d'abandonner le principe même de la solution. Si on rencontre encore des arrêts très récents qui excluent le paiement des intérêts par une caution qui ne l'avait pas expressément mentionné (Com 21 février 1995 : Bull IV n° 90 ; Com 24 octobre 1995 : Bull IV n° 249), on peut relever un autre arrêt où la même chambre estime qu'une caution, "*s'étant engagée à une somme d'un montant déterminé est tenue, par application de l'article 2016 du Code civil, des accessoires de cette somme*" (Com 23 mai 1995, pourvoi n° 93-15-078). La différence entre ces arrêts semble tenir à ce que, dans les premiers, la caution avait écrit qu'elle s'engageait à payer telle somme "en principal", alors que dans le dernier, elle avait simplement écrit qu'elle s'engageait à payer telle somme sans autre précision !

... et sur la question du taux d'intérêts applicable à la caution.

151 - L'opposition entre la première chambre civile et la chambre commerciale se retrouve sur la deuxième question, qui est de savoir quel est le taux des intérêts applicable à la caution. Jusqu'à une période récente, les deux chambres de la cour de cassation exigeaient, s'agissant des intérêts dus par le débiteur principal, que la caution en écrive le taux ; à défaut elle n'était tenue, elle, que des intérêts au taux légal. Cette jurisprudence est purement et simplement abandonnée par la chambre commerciale (Com 31 mai 1994 : Bull I n° 190) : pour cette chambre, la caution est tenue des intérêts au taux conventionnel dès lors que ce taux est indiqué dans l'acte, même si la caution ne l'a pas écrit de sa main. En revanche, dans son dernier arrêt publié sur la question, la chambre civile semble toujours exiger cette mention manuscrite du taux (Civ1 15 décembre 1993 : Bull I n° 367) - mais bien entendu, le banquier peut faire jouer ici, sur le taux comme sur le principe de la couverture des intérêts, l'idée de commencement de preuve par écrit.

La couverture par la caution des autres accessoires de la dette obéit aux mêmes principes.

2°/ Les autres accessoires

152 - La couverture par la caution des autres accessoires de la dette obéit aux mêmes principes que celle des intérêts. La caution ne peut en être tenue que si elle l'a indiqué de sa main ; il ne suffit pas que l'extension de son obligation aux accessoires ait été indiquée dans le corps imprimé ou dactylographié de l'acte (voir par exemple à propos d'une clause pénale et d'une indemnité de résiliation : Civ1 22 novembre 1994 : pourvoi n° 92-19-139). Mais, lorsque la mention manuscrite ne prévoit pas l'extension aux accessoires, elle pourra constituer un commencement de preuve par écrit de la volonté de la caution de s'y engager, la qualité de la caution pouvant à cet égard constituer un élément extrinsèque susceptible de compléter la mention irrégulière (voir par exemple : Com 6 juillet 1993, pourvoi n° 91-16-036)

Si la mention manuscrite en prévoit la couverture, encore faut-il déterminer ce qu'il convient de ranger dans la catégorie des "accessoires". Une jurisprudence constante y inclut les dommages-intérêts contractuels dont peut être tenu le débiteur principal, en particulier lorsqu'ils sont prévus par avance sous forme d'une clause pénale. En revanche, les obligations qui ne se rattachent pas directement au contrat garanti ne sont pas couvertes : il en va ainsi notamment de l'indemnité d'occupation dont peut être tenu un locataire qui se maintient dans les lieux après la cessation du bail.

Logiquement, si on transpose la solution relative au taux d'intérêts, la caution ne devrait être tenue des accessoires que si leur montant a été indiqué dans la mention manuscrite. Mais nous n'avons trouvé aucune décision sur ce point.

Les solutions sont beaucoup plus simples pour le cautionnement des crédits aux particuliers.

153 - A ces solutions jurisprudentielles pleines d'incertitudes, on opposera la solution beaucoup plus claire qu'impose, en matière de cautionnement du crédit à la consommation, l'article L 313-7 du Code de la consommation : la somme inscrite de la main de la caution est la somme maximum qu'on peut lui demander ; si le créancier veut pouvoir demander à la caution le paiement des intérêts et des autres accessoires, il doit les inclure dans cette somme. La solution est à la fois celle qui procure la meilleure information à la caution (plus qu'un taux, on lui indique une somme) et celle qui évite le plus les contestations.

Il faut par ailleurs tenir compte de la déchéance du droit aux intérêts qui sanctionne le manquement par le banquier à son obligation d'information (article 48 de la loi du 1er mars 1994).

b/ L'obligation aux accessoires et le comportement du créancier

154 - L'article 48 de la loi du 1er mars 1984, en matière de crédit aux entreprises, édicte à la charge des établissements de crédit bénéficiaires d'un cautionnement une **obligation d'information** périodique de la caution. La sanction de ce manquement étant la **déchéance des intérêts échus** depuis la date de la précédente information jusqu'à la suivante, dans les rapports entre le créancier et la caution, celle-ci peut y voir un moyen de limiter le montant des sommes qu'elle aura à payer.

Ce texte suscite une jurisprudence abondante...

Ce texte suscite depuis quelques années une jurisprudence abondante. Il est très souvent invoqué jusque devant la cour de cassation : nous avons relevé 70 affaires où le texte était invoqué, dont 59 où la cour de cassation a répondu (dans un sens où dans un autre) au moyen soulevé sur le fondement de ce texte. Ces chiffres sont considérables pour un texte récent qui ne règle qu'un point de détail. Ils illustrent bien la propension des cautions à plaider.

Les premières décisions rendues portaient sur l'application dans le temps du texte (9 décisions). Ce problème étant maintenant bien réglé (le texte s'applique même aux cautionnements donnés antérieurement), la cour de cassation rend actuellement des décisions qui viennent préciser les conditions d'application et les sanctions de cette obligation d'information.

... à la fois quant à ses conditions d'application, qui sont interprétées largement par la cour de cassation...

155 - S'agissant des **conditions d'application**, abstraction faite de l'élargissement du domaine de cette obligation d'information réalisé par la loi Madelin du 11 février 1994, lorsque le cautionnement est donné pour garantir les dettes d'une entreprise individuelle, les débats jurisprudentiels ont jusqu'ici porté sur les points suivants :

D'abord quelles sont les cautions qui en bénéficient ? La cour de cassation a estimé que l'obligation joue même à l'égard du dirigeant qui s'est engagé comme caution en connaissant parfaitement la situation (solution affirmée par Com 25 mai 1993 : Bull IV n° 203 et réitérée à plusieurs reprises depuis). Cette solution peut paraître absurde, mais d'une part la loi ne distingue pas, et d'autre part l'obligation d'information peut avoir son utilité pour le dirigeant, au moins en ce qui concerne le rappel de la faculté de résiliation.

Ensuite, quels sont les crédits dont le cautionnement donne lieu à l'obligation d'information ? Un arrêt a adopté une position restrictive en décidant que les dispositions de l'article 48 "*ne sont pas applicables en faveur de la caution du crédit-preneur qui s'acquitte de loyers*" (Com 30 novembre 1993 : Bull IV n° 435 - solution reprise en décembre 1995). C'est méconnaître complètement que le crédit-bail, s'il prend techniquement la forme d'un bail, n'en est pas moins aussi une opération de crédit (mais il est vrai que l'obligation d'information a peu d'intérêt dans le cadre du crédit-bail). En revanche, la cour de cassation a donné une interprétation large de la formule "crédit accordé sous la condition du cautionnement" : le texte a été déclaré applicable à un cautionnement qui n'avait pas été donné au départ du crédit, mais seulement pour son renouvellement (Com 11 avril 1995, Bull IV n° 119).

Enfin, quant à la durée de l'obligation, la cour de cassation, après avoir jugé à deux reprises le contraire (Com 18 avril 1989 : Bull IV n° 114 ; Civ1 17 novembre 1993 : I n° 328) estime maintenant qu'elle se maintient jusqu'à l'extinction de la dette, alors même que le banquier a introduit une instance contre la caution (Com 30 mars 1994 : Bull IV n° 123, solution constante depuis)

... et quant à ses effets.

156 - Quant aux effets du texte, il faut relever que la déchéance n'affecte que les intérêts conventionnels dus, au titre des obligations garanties, par le débiteur lui-même ; elle s'applique alors même pour les intérêts inscrits en compte courant - ce qui est une dérogation remarquable à l'effet novatoire de l'entrée en compte (Com 25 mai 1993 : Bull IV n° 203). Elle ne joue pas, en revanche, pour les intérêts légaux dont la caution est tenue à titre principal à compter de sa mise en demeure par le créancier (solution constante). Par ailleurs on relèvera un intéressant arrêt du 20 octobre 1992 (Bull IV n° 311) qui précise que la déchéance des intérêts, sanction spécifique prévue par le texte, n'exclut pas la responsabilité de droit commun dont peut être tenue la banque à raison de sa négligence. Cette solution est critiquée en doctrine.

Section 3- L'extinction de l'obligation de la caution

De nombreux débats portent sur les causes d'extinction du cautionnement...

157 - La caution, pour essayer de faire déclarer que son engagement est éteint, peut invoquer l'extinction de la dette principale - qui entraîne l'extinction du cautionnement par voie accessoire (§1). Elle peut aussi invoquer une cause d'extinction du cautionnement par voie principale (§2).

§1- L'extinction par voie accessoire

... tant par voie accessoire...

158 - Les causes d'extinction par voie accessoire suscitent peu de débats en dehors du contexte particulier des procédures collectives qui sera étudié plus loin²⁶.

Il faut distinguer deux situations procédurales.

La première est celle où le débiteur principal a lui-même, dans le procès qui l'opposait au créancier, soulevé des causes d'extinction de sa dette. Dans ce cas, ce qui a été jugé à l'égard du débiteur principal s'appliquera à la caution, cette extension de la chose jugée pouvant s'expliquer, soit par le caractère accessoire du cautionnement, soit, pour la caution solidaire, par la théorie de la représentation mutuelle des coobligés solidaires. En conséquence, s'il a été jugé que le débiteur était libéré, la caution le sera également ; à l'inverse, si la cause d'extinction invoquée par le débiteur n'a pas été admise, la caution ne pourra plus s'en prévaloir. Mais cela ne l'empêchera pas, bien entendu, d'invoquer d'autres causes d'extinction de la dette, ou d'invoquer des moyens de défense qui lui sont personnels.

²⁶ Voir infra n° 204 et s

La seconde situation est celle où c'est la caution qui invoque elle-même, en défense aux poursuites qui sont dirigées contre elle, une cause d'extinction de la dette principale. Il est bien admis en jurisprudence qu'elle peut le faire, par application de l'article 2036 du Code civil : ainsi, la caution peut demander la résolution du contrat liant le débiteur principal au créancier (Civ1 20 décembre 1988 : Bull I n° 368), opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur (Civ1 1er juin 1983 : Bull I n° 165), prétendre que la dette principale a été payée ou novée. Le débat portera alors sur des questions extérieures au droit du cautionnement : par exemple, la question de l'effet extinctif (ou novatoire) de l'entrée d'une créance en compte courant est très fréquemment discutée dans le cadre d'un procès entre le banquier et la caution qui garantissait le remboursement de cette créance (voir par exemple Com 12 mai 1987 : Bull IV n° 112).

§2- L'extinction par voie principale

... que par voie principale, sur le fondement de l'article 2037 du Code civil.

159 - Les discussions qui sont portées devant la cour de cassation portent quasi-exclusivement sur l'article 2037 du Code civil. Ce texte consacre ce qu'il est convenu d'appeler le "bénéfice de subrogation ou de cession d'actions" ; il 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*".

Ce texte est un de ceux qui sont le plus souvent invoqués par les cautions même s'il ne leur permet que rarement d'être déchargées.

160 - Ce texte a connu un renouveau d'actualité depuis que la loi du 1er mars 1984 a interdit les clauses contraires : parmi les divers bénéfices reconnus à la caution par le Code civil, c'est le seul qui soit aujourd'hui d'ordre public. Par ailleurs, les occasions de faire jouer ce texte sont d'autant plus fréquentes que, comme on l'a déjà signalé, le créancier prend souvent, en plus du cautionnement, une ou plusieurs garanties réelles.

Ces considérations expliquent le nombre élevé d'arrêts de la cour de cassation sur l'article 2037 : nous avons dénombré 131 arrêts sur 10 ans. Le nombre d'arrêts rendus croît brutalement à partir de 1989, ce qui peut apparaître comme la conséquence de la loi de 1984. A ce moment, du reste, de nombreuses décisions sont relatives au domaine d'application dans le temps de cette loi (26 décisions !) ; ce type de débats a aujourd'hui disparu, la cour de cassation ayant affirmé de manière nette que les clauses de renonciation à l'article 2037 restaient valables dans les contrats antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi.

Il faut signaler que, si l'article 2037 est fréquemment invoqué par les cautions, il ne leur permet d'obtenir leur décharge que de manière assez exceptionnelle, si on en juge d'après les arrêts de la cour de cassation : sur les 124 décisions recensées, nous n'en avons découvert que 17, soit un peu plus de 13%, où la décharge totale ou partielle de la caution était admise sur le fondement de ce texte, réputé être un des plus protecteurs des cautions !

Mise à part la question de la validité des clauses de renonciation, les arrêts portent surtout sur les deux conditions d'application du texte : la **perte de garanties**, et ensuite le **fait du créancier**.

A- Perte de garanties

La cour de cassation a eu l'occasion de préciser les diverses conditions d'application du texte (perte de garanties, fait du créancier).

Elle exige la perte de garanties particulières, mais à une conception large de la notion de garanties...

... et en l'absence de garanties perdues, la caution peut essayer de mettre en jeu la responsabilité du créancier.

161 - S'agissant de la première condition, la jurisprudence rappelle que l'application du texte suppose la **perte de garanties particulières**, d'autre part que ces **garanties doivent avoir existé au moment de l'engagement de la caution**, enfin qu'elles aient été efficaces.

a/ Notion de garanties

162 - Après une période de flottement dans les années 1970, la cour de cassation est revenue à une conception restrictive du texte qui en subordonne l'application à la **perte de garanties particulières** assortissant la créance, et l'écartant lorsque la caution se plaint seulement d'une aggravation de l'insolvabilité de son débiteur. La simple aggravation de l'insolvabilité du débiteur - la diminution du droit de gage général dont sont titulaires tous les créanciers - n'est pas en soi suffisante pour permettre à la caution d'obtenir sa décharge. Ce principe, bien acquis depuis 1984, est rappelé par trois arrêts au cours de notre période d'observation. Cependant, la portée de cette exigence doit être précisée à travers deux observations.

163 - D'une part, les garanties particulières dont il s'agit ne sont pas seulement les sûretés traditionnelles (hypothèque, gages et nantissements, autres cautionnements), mais tout type d'avantage dont dispose le créancier en plus de son droit de gage général, et qui le place dans une situation préférable aux autres en cas d'insolvabilité du débiteur, situation dont la caution aurait été susceptible de bénéficier par subrogation. C'est ainsi que la caution peut faire jouer l'article 2037 si le créancier a laissé perdre la situation de faveur dont il disposait à raison d'une action résolutoire (Civ1 17 février 1993 : Bull I n° 75), d'une clause de réserve de propriété (Com 11 juillet 1988 : Bull IV n° 237), d'un crédit-bail (en dernier lieu : Com 14 février 1995 : Bull IV n° 41).

164 - D'autre part, si la mise en jeu de l'article 2037 suppose la perte de garanties particulières, la caution n'est pas complètement désarmée, en l'absence de telles garanties, si le créancier par son comportement fautif, laisse s'aggraver la situation financière du débiteur, par exemple en accordant des délais inconsidérés, en octroyant de nouveaux crédits abusifs. En effet la caution, débiteur de secours, est aussi un créancier potentiel du débiteur et à ce titre, elle peut, comme n'importe quel créancier, mettre en jeu la responsabilité du banquier dispensateur de crédit. Cette mise en jeu nous est apparue à travers 6 arrêts dans la période d'observation. Il faut bien voir cependant que la procédure ne sera pas la même que sur le fondement de l'article 2037. Sur le plan procédural, plusieurs arrêts récents de la cour de cassation précisent que la caution qui allègue une faute du créancier génératrice de responsabilité doit le faire par voie de demande reconventionnelle en dommages-intérêts, et solliciter la compensation entre ce qu'elle doit au créancier et ces dommages-intérêts ; elle ne peut pas se contenter de demander sa décharge par voie d'exception (Com 16 décembre 1993 : Bull IV n° 20 ; Com 28 mars 1995, pourvoi n° 92-19-146).

Les garanties perdues doivent avoir existé, ou de moins avoir été prévues, du moment de l'engagement de la caution...

b/ Antériorité des sûretés

165 - Les garanties perdues doivent en principe avoir existé au moment de l'engagement de la caution, de telle sorte que la caution a pu les prendre en considération dans sa décision de s'engager. Ce fondement explique traditionnellement que la jurisprudence assimile aux garanties déjà prises au moment du cautionnement celles qui ont été prévues dès ce moment. Si les solutions sont bien acquises, leur application donne toujours lieu à des discussions, car il n'est pas toujours aisé de savoir si les sûretés perdues étaient ou non prévues lors de l'engagement de la caution : ce type de débats apparaît, au cours des dix dernières années, dans 10 arrêts de la cour de cassation, qui se contente de contrôler la motivation des décisions du fond.

L'exigence de l'antériorité des sûretés rend pratiquement l'article 2037 inapplicable lorsque le cautionnement porte sur des dettes futures et indéterminées : ces dettes n'étant pas connues au moment où la caution s'engage, on connaît encore moins les sûretés qui peuvent les assortir, et la caution est alors mal fondée à se plaindre de ce que le créancier n'ait pas pris de telles sûretés. C'est ce que souligne un arrêt de la chambre commerciale du 25 janvier 1994 (Bull IV n° 30), qui réserve le cas, bien rare en pratique, où la caution subordonnerait son engagement à la constitution de garanties complémentaires pour les prêts que la banque accorderait au débiteur principal.

... et la caution n'est déchargée que dans la mesure où les garanties auront été efficaces.

c/ Efficacité des sûretés

166 - Enfin, dans une dizaine d'arrêts, apparaît la question de l'efficacité des sûretés perdues : la caution ne peut prétendre être déchargée que si elle démontre que les garanties dont elle aurait profité par subrogation lui auraient permis d'obtenir son paiement. C'est souvent un obstacle à sa décharge.

Si la ou les sûretés ne couvraient qu'une partie de la dette, la caution n'obtiendra sa décharge qu'à due concurrence (Civ1 9 mai 1994 : Bull I n° 169).

B- Le fait du créancier

La décharge ne sera obtenue que si le créancier a commis une faute.

167 - La caution doit prouver que la perte des sûretés est due au fait du créancier. Cette question est celle qui vient le plus souvent devant la cour de cassation (31 arrêts). Il peut s'agir du fait d'avoir laissé perdre la garantie, soit par négligence (en omettant de procéder au renouvellement d'une inscription, en n'exerçant pas une action dans les délais de telle sorte qu'elle est perdue, en laissant vendre un bien gagé, en s'abstenant de demander au représentant des créanciers d'interjeter appel du jugement arrêtant le plan de redressement et imposant des remises), soit volontairement (on note plusieurs cas dans la jurisprudence récente où le créancier avait renoncé à une sûreté).

Mais, pour les sûretés non encore prises mais seulement prévues au jour de l'engagement de la caution, la faute du créancier consistera aussi, le plus souvent, non à les avoir laissé perdre, mais à ne pas les avoir prises, ou, selon une expression rencontrée dans un arrêt récent, de "n'avoir pas accompli les diligences nécessaires pour assurer l'efficacité de ces sûretés" : on rencontre plusieurs fois dans la jurisprudence récente des cas où le créancier a négligé d'accomplir les formalités de publicité d'un gage ou d'un nantissement.

La décharge sera écartée si la perte ou la non-constitution de la sûreté est due au fait du débiteur ou de la caution elle-même (Com 12 novembre 1991 : Bull IV n° 340). Un arrêt récent va jusqu'à exiger, pour l'application du texte, que cette perte ou cette non-constitution soit due au fait exclusif du créancier (Com 11 janvier 1994 : Bull IV n° 15). A partir de là, le dirigeant social qui, agissant au nom de la société débitrice, a consenti à la mainlevée de la sûreté, ne pourra pas ensuite s'en plaindre en tant que caution.

Section 4- La mise en oeuvre de l'obligation de la caution

168 - Les discussions sont ici centrées autour de deux questions : à quel moment le créancier peut-il demander le paiement à la caution ? Et sur quels biens peut-il se payer ?

§1- L'exigibilité de l'obligation

S'agissant de l'exigibilité de l'obligation de la caution, les débats jurisprudentiels portent surtout sur...

169 - Le principe est que la caution ne peut être poursuivie que si l'obligation principale est exigible (A) et que si le débiteur principal est défaillant (B).

A- Exigibilité de l'obligation principale

... l'incidence de la modification du terme initial de l'engagement garanti...

170 - Il est clair que la caution ne peut pas être poursuivie lorsque l'obligation principale n'est pas encore exigible. Par exemple on ne peut lui demander le paiement du solde débiteur d'un compte courant tant que ce compte n'est pas clôturé. C'est surtout dans le cadre des procédures collectives que ce principe suscité des difficultés²⁷

²⁷ Voir infra n° 195 et s

... **déchéance** du
terme...

171 - Le terme initialement fixé peut se trouver avancé, notamment en cas d'inexécution de ses obligations par le débiteur, lorsque le contrat principal contient une clause de déchéance du terme. La Cour de cassation a posé à plusieurs reprises qu'en dépit du caractère accessoire du cautionnement, cette déchéance du terme ne joue pas normalement à l'encontre de la caution, qui a entendu s'engager pour un terme plus éloigné (voir par exemple Civ1 30 octobre 1984 : Bull I n° 290). Selon les mêmes arrêts, il en va différemment, cependant, si la caution a expressément accepté, dans le contrat de cautionnement, que la déchéance du terme encourue par le débiteur principal lui soit étendue (Com 11 juillet 1988 : Bull IV n° 236). Or ce type de clause semble aujourd'hui être devenu de style dans les contrats de cautionnement bancaires, ce qui exclut généralement toute discussion. dans la période récente, nous n'avons relevé qu'un seul arrêt qui (à propos de la déchéance légale du terme liée à la liquidation judiciaire) rappelle le principe de non-extension, dans une affaire où, apparemment, le créancier avait négligé d'invoquer la clause contraire (Com 8 mars 1994 : Bull IV n° 9)

... ou **prorogation de**
terme. Les solutions
sont très nuancées.

172 - Il peut arriver aussi que le terme initialement fixé soit retardé, prorogé. Si on fait abstraction des solutions spécifiques aux procédures collectives²⁸, les incidences de cette prorogation du terme sont rarement discutées devant la cour de cassation.

La première question est de savoir si la caution peut invoquer la prorogation de terme. La réponse est certainement positive si la prorogation de terme est **octroyée volontairement** par le créancier : ce dernier, s'il accorde des délais au débiteur principal, ne peut prétendre poursuivre immédiatement la caution. En revanche, il est admis unanimement en doctrine que la caution ne bénéficie pas des **délais imposés au créancier par le juge**, qu'il s'agisse des délais de grâce octroyés sur le fondement de l'article 1244 du Code civil ou d'un texte spécial. A vrai dire, sur ce point qui est constamment affirmé en doctrine, il n'y a aucun arrêt de la cour de cassation. Là encore, la question est surtout discutée dans le contexte particulier des procédures collectives.

La seconde question suscitée par la prorogation de terme est de savoir si la caution peut s'en plaindre, au motif que les délais accordés au débiteur ont pu aggraver son insolvabilité. L'article 2039 du Code civil prévoit explicitement que la caution ne peut prétendre obtenir sa décharge sur ce fondement, la caution se voyant dans un tel cas octroyer un recours préventif contre le débiteur. Mais la solution peut être corrigée si l'octroi de délais répétés apparaît comme une faute du créancier, susceptible d'engager sa responsabilité. Par ailleurs, les clauses contraires, interdisant au créancier de consentir des délais au débiteur sans l'accord de la caution, sont possibles ; elles ne se rencontrent que dans les cautionnements souscrits au profit d'un particulier. La question est alors de savoir si le seul fait pour le créancier de ne pas poursuivre le débiteur à l'échéance peut être assimilé à l'octroi d'un délai, entraînant la libération de la caution. Cette question, qui a fait l'objet de plusieurs arrêts il y a une quinzaine d'années, se retrouve dans un seul arrêt de la période récente (Civ1 1er décembre 1993 : pourvoi n° 91-19-973).

²⁸ Voir infra n° 199

B- Défaillance du débiteur principal

173 - Cette exigence, qui résulte de la définition même du cautionnement, n'a pas le même sens selon que l'engagement est simple ou solidaire.

Dans le cautionnement simple, la caution a le bénéfice de discussion, qui lui permet d'imposer au créancier de poursuivre d'abord le débiteur principal. Comme on l'a déjà relevé, le bénéfice de discussion ne vient aujourd'hui presque jamais en débats devant la cour de cassation, et il est encore plus rarement admis (3 arrêts sur 10 ans), ce qui tient au fait que presque tous les cautionnements sont stipulés solidaires.

En revanche, dans le cautionnement solidaire, la seule exigence semble être la nécessité pour le créancier de demander d'abord le paiement au débiteur principal, sans qu'aucune forme particulière ne soit requise. Comme en pratique on n'imagine guère que le créancier s'adresse directement à la caution, ce point n'est jamais discuté.

§2- L'étendue du droit de poursuite

L'article 1415 du Code civil, qui limite l'étendue du droit de poursuite des créanciers lorsque la caution est mariée sous un régime de communauté suscite divers débats.

174 - Il s'agit ici de savoir quels biens le créancier peut saisir si la caution ne le paye pas volontairement. Les discussions sont toujours liées au contexte des régimes matrimoniaux. Avant la loi du 23 décembre 1985, il était admis que le cautionnement donné par le mari engageait les biens communs, sauf fraude de sa part. La loi de 1985 a complètement renouvelé la question puisque désormais l'article 1415 du Code civil dispose que "*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*".

Ce texte a déjà suscité une jurisprudence relativement abondante de la cour de cassation : celle-ci a rendu 14 arrêts sur l'article 1415, dont 11 concernent le cautionnement. Le contentieux devant la cour de cassation est apparu en 1991 et est en accroissement constant.

175 - La première question apparue devant la cour de cassation est celle du domaine d'application dans le temps du nouvel article 1415, qui, à elle seule, a suscité 5 arrêts. L'article 57 de la loi du 23 décembre 1985 prévoit à cet égard que le droit de poursuite des créanciers dont la créance était née avant l'entrée en vigueur de la loi restera déterminé par les dispositions antérieures. La cour de cassation a fait de ce texte une application défavorable aux cautions, en considérant que l'article 1415 nouveau ne s'appliquait qu'aux cautionnements postérieurs à son entrée en vigueur. Les cautionnements antérieurs engagent la communauté même si les dettes garanties ne sont nées, elles, que postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi (par exemple pour le solde débiteur d'un compte courant : Civ1 14 mai 1991 : Bull I n° 152 ; dans le même sens : Civ1 16 juin 1993, Com 20 décembre 1993). A fortiori, il en va de même pour les dettes nées avant mais devenues exigibles seulement après (Civ1 16 juin 1993, pourvoi n° 91-19-494).

176 - En dehors de cette question, la cour de cassation a dû rappeler à trois reprises le principe posé à des juges du fond qui l'avaient méconnu. En particulier, elle a été amenée à censurer un arrêt qui avait admis, contre toute évidence, que le texte concernait les rapports entre époux et non le droit de poursuite des créanciers sur les biens communs (Civ1 2 juillet 1991 : Bull I n°225). Un arrêt récent a précisé - ce qui était beaucoup moins évident - que la nécessité du consentement du conjoint valait aussi pour le cautionnement réel, alors même que le bien commun donné en garantie était soumis au principe de libre disposition par chacun des époux (Civ1 11 avril 1995 : Bull I n°165).

La cour de cassation n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer sur la question des formes du consentement du conjoint, qui commence à être débattue en doctrine.

Un arrêt précise la portée de la sanction en cas d'absence de consentement du conjoint : non seulement le créancier ne peut poursuivre les biens communs, mais il ne peut être autorisé à inscrire une hypothèque judiciaire sur un immeuble commun (Civ1 18 novembre 1992 : Bull I n° 280).

Section 5- Les recours de la caution

La question du recours de la caution n'occupe qu'une place marginale.

177 - Comme on a déjà eu l'occasion de le signaler, la question des recours n'occupe, au sein de l'important édifice jurisprudentiel sur le cautionnement, qu'une place marginale. Si on se limite aux arrêts qui font application des textes du Code civil concernant les recours, on peut recenser, en tout, 46 décisions où apparaît un recours de la caution contre le débiteur principal (§1), et 17 qui statuent sur un recours entre cautions (§2).

§1- Recours contre le débiteur

178 - Il faut ici distinguer les arrêts relatifs aux recours après paiement, fondé sur les articles 2028 à 2029 du Code civil (A), et ceux qui concernent les recours avant paiement de l'article 2032 (B).

A- Recours après paiement

Le recours après paiement de la caution contre le débiteur est un des domaines les plus stables du droit du cautionnement :

179 - Les arrêts recensés au cours des dix dernières années n'apportent aucune nouveauté jurisprudentielle ; nous sommes dans un des domaines les plus stables du droit du cautionnement, et il faut aller chercher l'essentiel des solutions dans la jurisprudence antérieure (que nous ne connaissons qu'à travers les arrêts publiés).

quelques arrêts seulement sont à noter tant sur le recours personnel...

180 - La caution bénéficie d'abord d'un **recours personnel** contre le débiteur. Ce recours, qui lui est accordé par l'article 2028, est fondé sur les relations qui unissent la caution au créancier (contrat ou gestion d'affaires). Il ne permet pas à la caution de bénéficier des garanties qui assortissaient la dette principale, puisque elle n'exerce pas alors l'action qui appartenait au créancier. Mais le recours personnel présente l'avantage pour la caution de lui permettre d'obtenir des sommes plus importantes que celles qu'elle pourrait récupérer par le recours subrogatoire : elle peut ainsi obtenir le paiement des intérêts ayant couru sur les sommes par elle versées, à compter de ce versement, et sans avoir besoin de mettre en demeure le débiteur. Elle peut aussi réclamer au débiteur le remboursement des frais qu'elle a exposés, et, éventuellement, de dommages-intérêts si elle subit un préjudice particulier du fait d'avoir payé.

Dans la jurisprudence récente, la seule solution notable est celle d'un arrêt de la 1^{ère} chambre civile du 17 novembre 1993 (Bull I n°334), qui estime que le recours personnel de la caution d'un crédit à la consommation contre le débiteur est soumis au délai de forclusion de l'article 27 de la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 (actuel art L 311-37 du Code de la consommation). Cette solution s'inscrit dans le cadre de l'interprétation large que la cour de cassation donne de ce texte, qui avait été à l'origine édicté pour protéger le créancier.

... que sur le recours subrogatoire...

181 - La caution a également un **recours subrogatoire** qui lui est reconnu par l'article 2029 du Code civil. L'avantage de ce recours par rapport au précédent est que la caution peut bénéficier des garanties de toutes sortes qui assortissaient la dette principale. La cour de cassation a précisé récemment que cette subrogation ne pouvait s'exercer qu'après le paiement (Civ1 30 mars 1994 : Bull I n° 122).

La cour de cassation a, dans l'ensemble, une interprétation extensive des droits susceptibles d'être transmis à la caution par subrogation. Elle a ainsi admis en 1983 que la caution pouvait exercer l'action en responsabilité qui appartenait au créancier contre un notaire ayant donné de mauvais renseignements sur la solvabilité du débiteur principal. Elle a également admis en 1988 (pour faire jouer l'article 2037) que le bénéfice de la réserve de propriété assortissant une créance de prix était transmis par subrogation à la caution. En revanche, elle a refusé en 1983 de faire profiter la caution des loyers d'un crédit-bail de l'engagement de reprise du matériel loué souscrit par le vendeur au profit du crédit-bailleur.

L'article 2030, qui prévoit que la caution de plusieurs codébiteurs solidaires a un recours contre chacun d'eux pour la totalité peut être considéré comme une application de l'article 2029. Ce texte assez inutile n'a fait l'objet d'aucune application dans la jurisprudence récente de la cour de cassation.

... et sur les causes
d'extinction de ces
recours.

182 - Les deux types de recours sont soumis à des causes d'extinction communes.

L'article 2031 prévoit la perte des recours dans diverses hypothèses où le paiement fait par la caution est fautif, et notamment dans le cas où la caution a payé sans avertir le débiteur, alors que celui-ci avait le moyen de faire déclarer la dette éteinte. L'hypothèse semble exceptionnelle, et on peut s'étonner de découvrir 7 arrêts de la cour de cassation où ce texte était invoqué. Il s'agit presque toujours de cas où la caution est une banque et où le débiteur essaie d'échapper au remboursement des sommes avancées par elle. L'argument tiré de l'article 2031, du reste, n'est jamais admis.

En dehors de ces cas expressément prévus par la loi, la cour de cassation a admis à deux reprises que la caution était privée de son recours lorsqu'elle s'était engagée avec une intention libérale à l'égard du débiteur, le cautionnement constituant alors une donation indirecte (en dernier lieu Civ1 17 novembre 1987 : Bull I n° 297).

Il faut enfin signaler que depuis longtemps, la cour de cassation admet la validité des clauses de non-concours, qui interdisent à la caution de recourir contre le débiteur principal tant que le créancier n'est pas complètement désintéressé. Ces clauses, qui constituent des extensions conventionnelles du principe "nul n'est censé subroger contre soi" consacré à l'article 1252, sont aujourd'hui de style dans les contrats de cautionnement signés au profit des banques. C'est une des causes qui explique la rareté des recours exercés par la caution contre le débiteur.

B- Recours avant paiement

Le régime des recours
avant paiement reste
assez mystérieux.

183 - L'article 2032 du Code civil permet à la caution de recourir contre le débiteur de manière préventive, même avant d'avoir payé, dans cinq cas qu'il est inutile d'énumérer ici. L'intérêt principal du texte est de fonder la possibilité pour la caution de déclarer sa créance contre le débiteur à la procédure collective ouverte contre lui, et nous le retrouverons à ce propos²⁹. En dehors de ce cas, le recours préventif suscite peu de contentieux.

Sans doute trouve-t-on, au cours des 10 dernières années, 29 arrêts où se trouve cité l'article 2032, mais ce chiffre est trompeur car, dans la plupart des cas, c'est le créancier qui tente d'invoquer ce texte. Cette utilisation du texte se rencontre notamment dans le cas où, n'ayant pas déclaré sa créance à la procédure collective et se voyant opposer l'extinction de celle-ci par application de l'article 53 de la loi de 1985³⁰, le créancier soutient, pour conserver ses droits contre la caution, que, l'article 2032 donnant à cette dernière de déclarer elle-même, elle ne peut se prévaloir du défaut de déclaration par le créancier ! Cette argumentation est systématiquement rejetée, la cour de cassation posant que l'article 2032, texte destiné à protéger la caution ne peut être invoqué contre elle.

Nous n'avons recensé que 9 cas où c'est la caution elle-même qui invoque l'article 2032 devant la cour de cassation, et dans 3 arrêts seulement le recours ne se ramène pas à la déclaration de la créance de la caution à la procédure collective ouverte contre le débiteur.

²⁹ Voir infra n° 212

³⁰ Voir infra n° 205 et s

184 - Ces trois arrêts permettent cependant de préciser certains traits du régime juridique du recours préventif, par ailleurs assez mystérieux. Un arrêt (Civ1 25 avril 1990 : pourvoi n° 88-17-810) permet à la caution, assignée par le créancier, d'appeler le débiteur principal en garantie, sur le fondement de l'article 2032-1°. Un autre arrêt (Com 20 février 1990 : pourvoi n° 88. 11. 724) admet que le recours préventif donne à la caution le droit de compenser sa créance, devenue exigible, avec les sommes dont elle serait par ailleurs redevable envers lui. Mais cet arrêt est en contradiction avec un autre rendu quelques jours plus tôt, selon lequel la caution ne peut, dans le cadre de son recours préventif contre la société débitrice en liquidation de biens, demander l'extension de la procédure aux dirigeants, faute d'avoir une créance certaine (Com 13 février 1990 : pourvoi n° 88-15-262).

§2- Recours contre les autres cautions

185 - L'article 2033, qui prévoit qu'en cas de pluralité de cautions, celle qui a payé a un recours contre les autres, apparaît cité dans 17 arrêts récents de la cour de cassation au cours des 10 dernières années, mais seuls 13 de ces arrêts concernent bien un recours entre cofidésusseurs.

Ces arrêts permettent de préciser le domaine d'application du texte (A) et le régime du recours qu'il institue (B)

A- Domaine d'application de l'article 2033 du code civil

Divers arrêts précisent le domaine d'application et le régime des recours entre cautions...

186 - L'article 2033 ne peut être invoqué qu'en cas de pluralité de cautions d'une même dette.

Il ne s'applique pas si on est en présence de cautions de dettes différentes, notamment de dettes contractées par un même débiteur envers des créanciers différents (Civ1 25 avril 1990 : Bull I n° 83). Le recours est exclu dans un tel cas.

Il ne s'applique pas non plus lorsque, par rapport à une même dette, les différents garants ne sont pas sur le même plan. Il faut ainsi distinguer le cofidésusseur du certificateur de caution - qui est une caution de la caution, considérée par rapport à lui comme le débiteur principal et ayant contre lui un recours pour la totalité tandis que la caution n'a pas de recours contre le certificateur (Com 11 juillet 1995, pourvoi n° 93-13-735 casse un arrêt qui avait confondu les deux situations). Il faut aussi distinguer le cofidésusseur, contre qui la caution qui a payé n'a de recours que pour sa "part et portion" de la sous-caution, qui garantit le recours de la caution contre le débiteur principal, et qui est en principe tenue pour la totalité (Civ1 28 janvier 1992 : Bull I n° 30). Cette dernière situation est particulièrement fréquente lorsque c'est une banque qui se porte caution de premier rang d'une société envers un créancier et demande pour se garantir un sous-cautionnement du dirigeant social.

B- Régime du recours de l'article 2033 du Code civil

a/ Règles applicables en l'absence de clauses

187 - Le texte précise que le recours de la caution qui a payé s'exerce "contre les autres cautions, chacune pour la part et portion". Cette formule implique que, à défaut de stipulation contraire, la caution doit diviser son recours entre les autres, même si elles se sont engagées solidairement (Civ1 10 janvier 1995 : Bull I n° 25).

Reste ensuite à savoir quelle est la part et portion de chacune des cautions. La cour de cassation pose qu'en principe, et à défaut de stipulation contraire, le partage de la dette s'effectue par parts viriles (Com 11 juin 1991 : Bull IV n° 215 ; Com 28 juin 1994 : n° 92-17-374). Des difficultés particulières ont surgi lorsqu'on est en présence de plusieurs cautions qui se sont engagées pour des montants différents à la garantie d'une même dette. La cour de cassation a posé en 1982 que la part de chacune doit être fixée en proportion de leur engagement initial ; mais le problème ne semble pas s'être reposé depuis.

... ainsi que la portée
des clauses dérogatoires
à l'article 2033

b/ Clauses dérogatoires à l'article 2033

188 - La cour de cassation affirme régulièrement qu'il est possible de déroger conventionnellement au principe de répartition par parts viriles (Com 11 juin 1991, précité ; Civ1 2 juillet 1991, pourvoi n° 90-11-558), jusqu'à faire supporter purement et simplement la totalité de la charge de la dette par une seule des cautions.

Dans ce dernier cas, on aboutit au même résultat que lorsqu'il y a une renonciation de la caution qui a payé au bénéfice de l'article 2033. Ces renonciations semblent être des clauses usuelles des contrats de cautionnement bancaires. La cour de cassation admet qu'une telle clause est valable sans qu'il soit besoin d'une stipulation manuscrite (Civ1 9 mai 1990 : Bull I n° 98). La portée en est différente selon les circonstances. Si on est en présence de deux cautions dont l'une a renoncé et l'autre pas au bénéfice du texte, celle qui a renoncé doit supporter la charge entière de la dette : elle n'a pas de recours contre l'autre si c'est elle qui paye ; à l'inverse, l'autre a un recours contre elle pour la totalité (Com 11 mars 1986 : pourvoi n° 84-16-476). Si toutes les cautions ont renoncé au bénéfice de l'article 2033, les renonciations s'annulent en quelque sorte et celle qui a payé a un recours contre l'autre pour sa part et portion (Com 19 octobre 1993 : pourvoi n° 91-19-075).

CHAPITRE II- LES SOLUTIONS SPECIFIQUES AUX PROCEDURES DE TRAITEMENT DES DIFFICULTES DES DEBITEURS

Le contexte des procédures collectives fait ressortir une certaine opposition entre le caractère accessoire du cautionnement et sa finalité de garantie.

189 - Le sort de la caution dans le cadre des procédures de traitement des difficultés financières du débiteur est une question cruciale du droit du cautionnement. D'une part, l'ouverture d'une telle procédure est le signe que le risque contre lequel le créancier voulait se prémunir s'est réalisé, et il est logique que le créancier qui sait qu'il ne sera pas payé, du moins immédiatement, par le débiteur principal, cherche à mettre en oeuvre le cautionnement. Mais d'autre part, ces procédures vont généralement se traduire par certains allègements des obligations du débiteur - délais de paiement ou remises - inspirées par le souci de favoriser son redressement financier : or, parce que le cautionnement a un caractère accessoire, ces allègements devraient normalement profiter à la caution, compromettant ainsi l'efficacité de la garantie pour le créancier. Il semble ainsi y avoir une opposition entre la structure de la sûreté et sa finalité.

Cette opposition est parfois réglée par les textes, mais, sur la plupart des questions, c'est à la jurisprudence qu'il a appartenu de rechercher l'équilibre entre le caractère accessoire du cautionnement et sa finalité de garantie. Devant la cour de cassation, seuls se sont posés jusqu'à maintenant les problèmes liés aux procédures du droit commercial (Section 1). Mais il faut s'attendre à ce que, dans les prochaines années, apparaissent des difficultés liées aux procédures de traitement du surendettement des particuliers (Section 2).

Section 1 - Les procédures du droit commercial

190 - Si la cour de cassation n'a pas encore eu à connaître des difficultés liées aux procédures de règlement amiable (Sous-section 1), une jurisprudence abondante s'est développée quant aux procédures judiciaires (Sous-section 2)

Sous-section 1 - Les procédures de règlement amiable

Les solutions sont très incertaines dans le cadre du règlement amiable des difficultés des entreprises.

191 - Des difficultés en matière de cautionnement peuvent naître lorsqu'est ouverte une procédure de règlement amiable instituée par les articles 35 à 38 de la loi du 1er mars 1984. Ces textes, qui ont été profondément modifiés par la loi du 10 juin 1994, permettent au tribunal de commerce (ou, pour une personne morale de droit privé non commerçante, au président du tribunal de grande instance) de nommer un conciliateur pour tenter de remédier aux difficultés d'une entreprise. Ce conciliateur est chargé de rechercher la conclusion d'un accord entre les créanciers. Cet accord peut comporter des délais ou des remises au profit de l'entreprise. Il "*suspend, pendant la durée de son exécution, toute action en justice, toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur*".

La question est alors de savoir si cet accord empêche les créanciers qui y ont consenti de poursuivre les cautions. Cette question était, dans l'état du texte antérieur à la réforme de 1994, très discutée en doctrine. Certains auteurs mettant en avant le caractère accessoire du cautionnement, soutenaient que le créancier qui avait accordé volontairement des délais ou des remises au débiteur ne pouvait poursuivre immédiatement et pour la totalité de la dette la caution. Une réponse ministérielle de 1994 est en ce sens (Rep min quest Labaune, JOAN 25 juillet 1994, p 3812). Mais une autre partie de la doctrine s'appuyait sur la finalité de la sûreté et sur le contexte particulier où les délais et les remises avaient été octroyés pour estimer qu'on devait déroger dans ce cas au caractère accessoire du cautionnement. Ils faisaient valoir en outre que l'extension à la caution des délais et des remises était de nature à dissuader les créanciers d'en accorder.

La question n'a fait l'objet, à notre connaissance, d'aucun arrêt de la cour de cassation.

La loi du 10 juin 1994 ne modifie pas les termes du débat.

192 - La loi du 11 juin 1994 apporte quelques éléments nouveaux qui ne devraient pas cependant modifier fondamentalement les termes du débat.

D'une part, l'article 36 de la loi de 1984, dans sa nouvelle rédaction, prévoit que le président du tribunal de commerce peut, à la demande du conciliateur, prononcer, pour la durée de la mission de ce dernier, la suspension des poursuites contre le débiteur. Il semble que cette suspension des poursuites, analogue à un délai de grâce, ne devrait pas bénéficier à la caution : la solution devrait être la même que celle qui a toujours été admise pour la suspension des poursuites résultant de l'ouverture d'une procédure collective. Il n'en va autrement, de manière curieuse, que pour le règlement amiable spécifique ouvert au profit d'un agriculteur (L n° 88-1202 du 30 décembre 1988 modifiée en 1994 et intégrée aux articles L 315-1 et suivants du Code rural). L'article 315-5 du Code rural prévoit en effet que la suspension des poursuites résultant désormais de l'ouverture du redressement judiciaire au profit des cautions personnes physiques³¹ est étendue à la suspension prononcée dans le cadre d'un règlement amiable. Cette distorsion est un signe du peu de cohérence des textes.

D'autre part, si le conciliateur parvient à un accord entre tous les créanciers, l'article 36 prévoit désormais que cet accord est homologué par le président du tribunal et déposé au greffe. Mais cette homologation ne change probablement pas la nature conventionnelle des délais et des remises accordés et le problème de leur extension aux cautions ne s'en trouve pas modifié.

Enfin, l'article 36 alinéa 8 prévoit que, lorsque certains créanciers n'ont pas consenti à l'accord, le juge peut leur imposer des délais de grâce sur le fondement de l'article 1244-1 du Code civil. Ces délais ne devraient pas bénéficier aux cautions.

³¹ Voir infra n° 199

Sous-section 2 - Les procédures judiciaires

Dans le cadre des procédures de redressement et de liquidation judiciaires...

193 - Il s'agit des procédures de redressement et de liquidation judiciaire de la loi du 25 janvier 1985, telle qu'elle a été modifiée par la loi du 10 juin 1994. Comme on l'a déjà signalé, la réforme de 1994, conçue dans un esprit de rééquilibrage au profit des créanciers, a, sur plusieurs points, des incidences sur les solutions applicables aux cautions.

On recensera les principales difficultés selon un plan chronologique, en examinant successivement les incidences sur le cautionnement de l'ouverture de la procédure (§1), puis de la procédure de déclaration et de vérification du passif (§2), enfin des différentes solutions de la procédure (§3).

§1 - Incidence de l'ouverture de la procédure

... se pose d'abord la question de l'incidence de l'ouverture de la procédure.

194 - L'ouverture de la procédure peut avoir une incidence sur l'exigibilité de l'obligation de la caution (A) et sur son étendue (B).

A - Incidence sur l'exigibilité de l'obligation de la caution

195 - Selon les cas, l'ouverture de la procédure entraînera ou non la déchéance du terme des obligations principales, ce qui aura des conséquences importantes sur les éventuelles cautions (a). Dans tous les cas, il y aura suspension des poursuites (b).

a/ Maintien ou déchéance du terme des obligations du débiteur

196 - Comme on l'a rappelé précédemment, le créancier ne peut pas prétendre agir contre la caution si l'engagement du débiteur principal n'est pas encore exigible, ce qui conduit à distinguer selon que le débiteur principal est mis en **redressement** ou en **liquidation judiciaire**.

L'ouverture de la procédure ne rend pas en principe les dettes cautionnées exigibles, et la caution ne peut donc être poursuivie pour leur paiement...

197 - Si le débiteur principal est mis en **redressement judiciaire**, on sait que, depuis la loi de 1985, il n'y a pas déchéance du terme à l'encontre du débiteur, toute clause contraire étant réputée non écrite (art 56 L). La dette du débiteur n'étant pas exigible, celle de la caution ne doit pas l'être non plus. La cour de cassation l'a affirmé à plusieurs reprises depuis 1985.

Des difficultés particulières ont cependant surgi sur deux points.

D'abord, la cour de cassation a eu l'occasion de se pencher sur la validité de la clause du contrat de cautionnement par laquelle le créancier se réserve la possibilité de poursuivre la caution dès l'ouverture du redressement judiciaire. La licéité de ces clauses avait été vivement discutée en doctrine, avec des arguments déjà rencontrés : contre, le caractère accessoire du cautionnement, pour, la réalisation du risque d'insolvabilité. La cour de cassation vient de prendre nettement position contre ces clauses: *"nonobstant toute clause contraire qui doit être réputée non écrite, la déchéance du terme qui n'est pas encourue par le débiteur principal en redressement judiciaire ne peut, au égard au caractère accessoire du cautionnement, être invoquée par la caution"* (Civ1 24 janvier 1995 : Bull I n° 51).

Ensuite, la cour de cassation a dû régler le cas particulier du cautionnement garantissant le solde débiteur d'un compte courant. En principe, si la caution garantit le paiement du solde débiteur d'un compte courant, le créancier ne peut agir contre elle qu'après la clôture dudit compte, car jusqu'à cette clôture, les sommes ne sont pas exigibles (c'est un des principes essentiels de fonctionnement du compte). On se demandait si elle jouait aussi dans le cas où le débiteur était mis en redressement judiciaire : dans ce cas, on le sait, la cour de cassation fait jouer depuis 1987 la règle de la continuation des contrats en cours, et impose donc au banquier de rester en relation de compte avec le client ; mais, d'un autre côté, l'interdiction des paiements des dettes antérieures au jugement d'ouverture impose de ne pas continuer le compte antérieur. Le banquier est donc amené à arrêter le compte antérieur, et à ouvrir un compte bis sur lequel il inscrira toutes les opérations nouvelles. Cet arrêt du compte peut-il être considéré comme une clôture ? La réponse est importante pour la caution, car si c'est une clôture, cela veut dire que le solde débiteur du compte est exigible et qu'on peut en demander le paiement à la caution. La cour de cassation vient de juger (Com 3 janvier 1995, Bull. IV N° 1) : que l'ouverture de la procédure collective ne rend pas le solde exigible et la caution ne peut pas être poursuivie immédiatement.

... sauf en cas de liquidation judiciaire

198 - Si le débiteur est mis en liquidation judiciaire - ce qui, depuis la loi de 1994, est possible dès l'ouverture de la procédure - il y a, en revanche, déchéance du terme contre le débiteur (art 160 L). Conformément aux principes qui ont été précédemment rappelés, la Cour de cassation considère qu'en dépit du caractère accessoire du cautionnement, cette déchéance du terme ne s'étend pas normalement à la caution, qui a entendu s'engager pour un terme plus éloigné. Il en va différemment cependant si la caution a expressément accepté, dans le contrat de cautionnement, que la déchéance du terme encourue par le débiteur principal lui soit étendue (solution rappelée à plusieurs reprises ces dernières années : Com 8 mars 1994 : Bull n° 96). Ce type de clause est aujourd'hui devenu de style dans les contrats de cautionnement bancaires, ce qui exclut généralement toute discussion : dans l'arrêt de 1994, le problème ne se posait que parce que le créancier n'avait pas allégué une telle clause.

Les cautions personnes physiques bénéficient désormais d'une suspension des poursuites.

b/ Suspension des poursuites

199 - Il était bien admis jusqu'à la loi de 1994 que la suspension des poursuites contre le débiteur ne profitait pas à la caution. La question était rarement posée à la cour de cassation qui n'a jamais varié quant à la réponse (Com 27 mars 1990: Bull IV n° 97 ; Com 16 février 1993: Bull IV n° 58). Cette solution est généralement expliquée par l'idée que la suspension des poursuites, comme le délai de grâce de droit commun, n'est pas un report du terme de l'obligation principale, mais un blocage des procédures d'exécution ; ne touchant pas la dette, elle ne doit pas être étendue à la caution.

La loi du 10 juin 1994 a cependant édicté dans l'article 55 de la loi de 1985 une solution favorable aux cautions personnes physiques : celles-ci bénéficient de plein droit d'une suspension des poursuites jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation judiciaire ; le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans. Les créanciers bénéficiaires de ces cautionnements peuvent cependant prendre des mesures conservatoires.

B- Incidence sur l'étendue de l'obligation

L'ouverture de la procédure entraîne aussi l'arrêt du cours des intérêts,

200 - Selon l'article 55 de la loi de 1985, le jugement d'ouverture du redressement judiciaire "*arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que de tous intérêts de retard et majorations dus par le débiteur, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus*". La question de savoir si cet arrêt du cours des intérêts contre le débiteur profite également à la caution a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle et législative remarquable.

mais, contrairement à ce qu'avait décidé la jurisprudence,...

a/ Solutions antérieures à la loi du 10 juin 1994

201 - La question a suscité, depuis quelques années, une jurisprudence relativement abondante de la cour de cassation : nous avons recensé 20 arrêts depuis 1990. Dans son premier arrêt rendu sur cette question (Com 13 novembre 1990 : Bull IV n° 277), la cour de cassation admettait que la caution bénéficiait de l'arrêt du cours des intérêts lié à l'ouverture d'un redressement ou d'une liquidation judiciaire; le même arrêt avait été jusqu'à considérer que les intérêts légaux cessaient, à partir de cette ouverture, de courir contre la caution alors même qu'elle avait été mise en demeure. Cette dernière solution était certainement erronée et elle avait été très vite abandonnée, la cour de cassation distinguant à juste titre entre les intérêts dus par le débiteur et les intérêts dus par la caution elle-même à titre personnel (Com 11 mai 1993 : Bull IV n° 182 ; Com 22 mars 1994: Bull IV n° 122). En revanche l'extension à la caution de l'arrêt du cours des intérêts pouvait apparaître comme une conséquence inéluctable du caractère accessoire du cautionnement, même si certains auteurs pouvaient trouver paradoxal que la caution profite d'un allègement de dette lié à l'insolvabilité du débiteur, c'est à dire précisément au risque qu'elle devait garantir.

... la loi de 1994 a prévu que cet arrêt ne bénéficiait pas à la caution.

b/ Incidences de la loi du 10 juin 1994

202 - Le législateur de 1994 a condamné la jurisprudence de 1990 (nouvel article 55 alinéa 1 in fine L 1985). Cependant, il faut relever que cette nouvelle disposition n'est applicable qu'aux cautionnements souscrits à compter de la publication de la loi (soit le 11 juin 1994). Pour les cautions qui se sont engagées antérieurement, la solution jurisprudentielle antérieure continue à s'appliquer (plusieurs arrêts inédits rendus en 1995 vont toujours dans le même sens). Par ailleurs, les cautions personnes physiques trouvent désormais une compensation dans la suspension des actions contre elles jusqu'au jugement arrêtant le plan de redressement ou prononçant la liquidation.

§2 - Incidence de la déclaration et de la vérification du passif

203 - Les incidences sur la caution de cette procédure se situent sur deux plans. La caution est à la fois intéressée par la procédure de déclaration (A) et par ses résultats (B).

A - La caution et la procédure de déclaration

204 - Une jurisprudence abondante et constante considère que le créancier bénéficiaire d'un cautionnement doit déclarer sa créance pour conserver son action contre la caution (a). Mais cela n'empêche pas la caution de déclarer elle-même sa créance (b).

Le créancier bénéficiaire d'un cautionnement doit déclarer sa créance contre le débiteur, à peine de perdre ses droits contre la caution. Cete solution, déduite du caractère accessoire du cautionnement suscite une jurisprudence abondante...

a/ Le créancier doit déclarer sa créance

205 - Avant la loi de 1985 la question se posait dans le seul cas du règlement judiciaire, où l'article 41 de la loi de 1967 prévoyait que le défaut de production entraînait l'extinction de la créance. Il s'agissait alors de savoir si le créancier qui avait omis de produire dans ce cas conservait son action contre la caution.

Au début des années 1970, le problème avait été posé à la cour de cassation sur le terrain de l'article 2037, la caution prétendant que le créancier, en omettant de produire, avait empêché l'exercice de son recours subrogatoire ; mais la cour de cassation avait, à plusieurs reprises, refusé d'appliquer l'article 2037 dans un tel cas, au motif que la caution, ayant la faculté de produire elle-même à la procédure sur le fondement de l'article 2032-2° ne pouvait reprocher au créancier de ne pas l'avoir fait. Mais, finalement, en 1984 la cour devait admettre la décharge de la caution en cas de défaut de production au règlement judiciaire sur le fondement de l'article 2036 qui permet à la caution d'opposer au créancier les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette.

Le défaut de production, entraînant l'extinction de la dette garantie, devait entraîner du même coup l'extinction de l'obligation, par essence accessoire, de la caution. Du même coup, la cour de cassation avait écarté l'argument tiré de l'article 2032, en observant que ce texte, édicté dans l'intérêt de la caution, ne pouvait se retourner contre elle. La solution fut régulièrement confirmée par la suite pour les procédures relevant de la loi de 1967.

206 - Depuis la loi de 1985, le problème présente un intérêt pratique accru puisque désormais l'extinction des créances non déclarées est affirmée par l'article 53 alinéa 3 de manière générale, aussi bien en cas de liquidation judiciaire que de redressement judiciaire. La question de savoir si cette extinction doit profiter à la caution a été, au lendemain de la loi de 1985, une des plus discutées en doctrine : la contradiction entre le caractère accessoire de l'engagement et la finalité de garantie du cautionnement apparaît en effet ici de manière éclatante. La cour de cassation a choisi de faire prévaloir le caractère accessoire du cautionnement. Un arrêt de la chambre commerciale du 17 juillet 1990 (Bull IV n° 214) a affirmé d'une manière générale que le créancier qui n'a pas déclaré sa créance et qui n'a pas obtenu de relevé de forclusion peut se voir opposer cette extinction, considérée comme une exception inhérente à la dette, par la caution qui est ainsi libérée.

207 - Actuellement, l'extinction du cautionnement pour défaut de déclaration de la créance garantie constitue la cause d'extinction du cautionnement la plus souvent invoquée devant la cour de cassation après l'article 2037 CCiv. Nous avons recensé 47 arrêts sur cette question depuis 1990. Et il faut souligner que c'est l'argument qui réussit le plus souvent aux cautions devant la cour de cassation : sur ces 47 arrêts, nous en avons relevé 35 qui admettent effectivement la décharge de la caution. Il s'agit en effet d'une cause d'extinction relativement facile à mettre en oeuvre, qui ne prête guère à discussion dès lors que la caution établit que le créancier n'a pas déclaré. S'il est un point où on peut bien dire que la jurisprudence de la cour de cassation est favorable aux cautions, c'est bien celui-ci. Et la jurisprudence récente le montre bien, à la fois en ce qui concerne le domaine d'application de la solution, qu'en ce qui concerne sa portée.

... tant en ce qui concerne son domaine d'application, très largement défini...

208 - 1°/ Domaine d'application de la solution

La solution s'applique aussi bien en cas de liquidation judiciaire que dans le cadre du redressement judiciaire. Un arrêt de la chambre commerciale du 8 mars 1994 précise qu'elle vaut aussi bien pour la seconde déclaration requise par l'article 80 alinéa 3 de la loi en cas de liquidation judiciaire ouverte après inexécution du plan de redressement.

209 - La solution s'applique à toutes les variétés de cautionnement, qu'il soit simple ou solidaire. Un arrêt récent (Com 25 octobre 1994 : Bull IV n° 312) précise que la solution s'applique à l'aval des effets de commerce, analysé à juste titre comme une variété de cautionnement solidaire.

En revanche, plusieurs arrêts remarquables de 1993 ont posé que le codébiteur solidaire, débiteur non accessoire, ne pouvait pas se prévaloir de l'extinction de la dette d'un autre codébiteur pour défaut de déclaration (Com 19 janvier 1993 : Bull IV n° 25; Civ1 17 novembre 1993 : Bull I n° 335). Cette solution était prévisible, et qui fait ressortir l'intérêt qu'il pourrait y avoir pour un créancier (et le danger pour le garant) à utiliser la solidarité à la place du cautionnement : c'est un point que nous retrouverons en examinant les sûretés de substitution³².

210 - Le point le plus discuté aujourd'hui est de savoir si l'extinction liée au défaut de déclaration s'applique aux garanties financières organisées par la loi au bénéfice des clients de certaines professions. Sur ce point, la jurisprudence de la cour de cassation est particulièrement mal fixée. Statuant à propos de la garantie financière affectée au remboursement des fonds perçus par les conseils juridiques, la chambre commerciale avait d'abord estimé que le client perdait le bénéfice de cette garantie s'il ne déclarait pas sa créance à la procédure ouverte contre le conseil (Com 1er octobre 1991, pourvoi n° 90.10. 567) ; mais ultérieurement, la chambre commerciale devait juger que cette garantie ne s'éteignait que pour les causes énumérées limitativement par le texte spécial la régissant (Com 5 octobre 1993 : Bull IV n° 311). Malheureusement, la 1ère chambre civile devait suivre l'évolution exactement inverse: après avoir refusé d'appliquer l'extinction pour défaut de déclaration (à vérifier), cette chambre a jugé à plusieurs reprises en 1995, à propos de la garantie financière des agents immobiliers, que cette garantie financière n'est pas une action directe, et qu'elle doit être soumise, pour son extinction, aux règles du droit commun du cautionnement (Civ1 10 janvier 1995: Bull I n° 278 Civ1 27 juin 1995 : Bull I n° 17). On a là un exemple caractéristique de la versatilité de la jurisprudence et d'une divergence entre la 1ère chambre civile et la chambre commerciale.

... que sa portée exacte.

2°/Portée de la solution

211 - Bien qu'il ne se trouve pas dans notre échantillonnage car trop récent, il faut signaler un arrêt de la chambre commerciale du 5 décembre 1995 (Bull IV n° 277), qui estime que l'extinction du cautionnement pour défaut de déclaration peut être invoquée par la caution même si elle a déjà été condamnée au paiement avant que la forclusion ne soit acquise contre le créancier. Selon la cour de cassation, la chose jugée ne fait pas obstacle à ce que la caution invoque une cause d'extinction postérieure au jugement.

³² Voir infra n° 231

**La caution elle-même
peut déclarer sa créance**

b/ La caution peut déclarer sa créance

212 - Nous avons recensé 6 arrêts où on voit une caution se prévaloir de l'article 2032 du Code civil pour procéder elle-même, avant d'avoir payé, à la déclaration de sa créance potentielle contre le débiteur. La cour de cassation admet cette possibilité de déclaration, alors même que le créancier a lui-même déclaré ; en effet, la créance déclarée est une créance personnelle d'indemnité, distincte de celle du créancier dont la caution bénéficie par subrogation (Com 29 octobre 1991 : Bull IV n° 316). Cette déclaration permettra seule à la caution de conserver sa créance personnelle-intérêts de retard, frais, éventuellement dommages-intérêts - dont elle ne pourrait pas bénéficier par subrogation, et qui n'est pas en conséquence préservée par la déclaration que fait le créancier.

A l'inverse, cette déclaration ne peut nuire à la caution : le créancier qui n'aurait pas lui-même déclaré ne peut tirer argument de ce que la caution a déclaré sa créance, et ainsi conservé son recours contre le débiteur : cette déclaration ne conserve que le recours personnel de la caution, il n'a pas pour effet d'empêcher l'extinction de la créance (Com 14 février 1995)

B- La caution et les décisions sur le passif

**Les décisions sur le
passif ont autorité
de chose jugée à l'égard
de la caution.**

213 - Une jurisprudence importante (environ 60 décisions), constante et donnant rarement lieu à publication, affirme que les décisions d'admission au passif des créances contre le débiteur ont autorité de chose jugée à l'égard de la caution qui en garantit le paiement, tant en ce qui concerne l'existence que le montant de ces créances (par exemple : Civ1 14 février 1990: Bull I n° 42 ; Com 19 janvier 1993 : Bull IV n° 23). Le fondement de la solution est discuté : certains y voient une application de l'idée de représentation mutuelle liée à la solidarité (ce qui exclurait la solution pour la caution simple) ; d'autres y voient plutôt une conséquence du caractère accessoire du cautionnement. Son opportunité, compte tenu du contexte procédural des décisions d'admission, est parfois contestée.

La rigueur de la solution pour la caution est tempérée par un certain nombre de correctifs.

D'abord, la caution est considérée comme un tiers intéressé au sens de l'article 103 de la loi de 1985. A ce titre, elle est admise à former des réclamations contre l'état des créances (Com 3 mai 1994 : Bull IV n° 161). Ensuite, un arrêt a admis que la caution pouvait écarter l'autorité de chose jugée attachée à la décision d'admission si elle établissait la fraude du créancier (Civ1 14 février 1990, précité).

Enfin, l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'à ce que doit le débiteur principal : elle n'empêche évidemment pas la cour de cassation de faire valoir les exceptions qui lui sont propres (irrégularité de la mention manuscrite, article 2037, etc...).

§3 - Incidence des différentes solutions de la procédure

A - Le plan de continuation

La caution ne bénéficie pas du plan de continuation...

214 - Dans le cadre du plan de continuation, le débiteur peut obtenir des délais ou des remises de dettes. L'article 64 de la loi de 1985 prévoit expressément que la caution solidaire ne peut pas s'en prévaloir. Cette solution, qui semble contraire au caractère accessoire du cautionnement, s'explique par l'idée que le risque d'insolvabilité, contre lequel le créancier voulait se protéger en prenant une caution, est précisément réalisé. Elles peut aussi s'expliquer par l'idée que les délais et remises ne touchent pas la dette elle-même, mais qu'ils constituent une faveur faite au débiteur: ils constituent des exceptions "purement personnelles au débiteur" au sens de l'art 2036 CCiv. Ce texte a donné lieu à 7 arrêts de la cour de cassation.

La cour de cassation n'a pas eu l'occasion de préciser si cette solution, prévue pour la seule caution solidaire, s'applique aussi au cautionnement simple - dont le caractère exceptionnel a déjà été souligné.

En revanche, la cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que la solution de l'article 64 vaut non seulement pour les délais imposées par le tribunal, mais aussi aux délais et aux remises qui ont été consentis dans le cadre du plan de redressement par les créanciers (Com 17 novembre 1992 : Bull IV n° 355 ; Com 17 mai 1994 : Bull IV n° 177 ; Com 17 janvier 1995 : pourvoi n° 91-18-569), ces délais et remises participant du caractère judiciaire du plan.

B - La cession de l'entreprise

215 - Le sort de la caution en cas de cession de l'entreprise a suscité 5 arrêts de la cour de cassation. En cas de cession, les obligations de la caution sont en principe maintenues (a) et elles vont très souvent devenir immédiatement exigibles (b).

... en revanche sa situation peut être affectée par le plan de cession...

a/ Maintien des obligations de la caution

216 - Le maintien des obligations de la caution ne souffre pas de discussion pour les dettes résultant de contrats qui ne sont pas repris par le cessionnaire, et qui restent intégralement à la charge du débiteur : ainsi a-t-il été jugé pour un prêt non compris dans le plan de cession (Com 3 mai 1994).

En revanche on s'était demandé ce qu'il advenait des dettes résultant de contrats cédés au repreneur par application de l'article 86 de la loi de 1985.

La cour de cassation a jugé à plusieurs reprises que cette cession, en raison de son caractère judiciaire, n'emportait pas novation des dettes nées des contrats cédés à la charge du débiteur en redressement judiciaire: ce débiteur restant tenu des dettes nées antérieurement à la cession, la caution en reste également tenue (Com 12 octobre 1993 : Bull IV n° 333; Com 14 juin 1994 : pourvoi n° 92-13-101). Un arrêt récent précise qu'il en va ainsi même si le créancier a accepté des délais et des remises pour le paiement de ces dettes antérieures (Com 14 février 1995: pourvoi n° 93-11-030).

En revanche, selon les mêmes arrêts, la caution cesse d'être tenue pour les dettes nées à la charge du repreneur postérieurement à la cession : la solution est la même que dans le cas de résiliation, de décès, ou de fusion de la société débitrice.

b/ Exigibilité des obligations de la caution

217 - Le jugement qui arrête le plan de cession totale de l'entreprise rend exigibles les dettes non échues. La cour de cassation n'a pas eu l'occasion de préciser ce qu'il advient alors de l'obligation des cautions, mais rationnellement la solution doit être la même que dans le cas de liquidation : l'obligation de la caution ne deviendra elle-même exigible que si cela a été prévu dans le contrat de cautionnement.

C- La liquidation judiciaire

... ainsi que par la liquidation. Dans ce cas, la caution restetenuue, même en cas de clôture pour insuffisance d'actif.

a/ Maintien des obligations de la caution

218 - On se demandait si la solution admise en 1984, et réitérée en 1990 pour le défaut de déclaration de la créance pouvait être transposée, par analogie, au cas prévu par l'article 169 de la loi en cas de clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif : ce texte prévoit que dans un tel cas les créanciers ne recouvrent pas l'exercice de leurs droits contre le débiteur. Ne fallait-il pas admettre que, la créance étant éteinte, la caution devait se trouver déchargée ? Dans un arrêt du 8 juin 1993 (Bull IV n° 230), la cour de cassation en a jugé autrement : le créancier peut continuer à poursuivre la caution et cette solution a été reprise en 1994 et en 1995. Sur le plan technique, la cour justifie sa solution par l'idée que les créances contre le débiteur ne sont pas éteintes, le texte faisant seulement obstacle aux poursuites. Sur le plan de la politique juridique, la chambre commerciale a sans doute été sensible à l'idée, exprimée par de nombreux auteurs, que la clôture pour insuffisance d'actif - c'est à dire l'insolvabilité démontrée du débiteur - était précisément le risque contre lequel la caution avait voulu se prémunir en prenant une caution, et qu'il serait paradoxal de le priver de son cautionnement précisément dans ce cas.

La solution apparaissait cependant bien dure pour la caution, qui, privée de tout recours subrogatoire, devait supporter définitivement la charge de la dette, alors même que plus tard le débiteur reviendrait à meilleure fortune. Le législateur, dans la réforme du 10 juin 1994, tout en consacrant implicitement la solution de l'arrêt de 1993, a voulu porter remède à cette injustice, en ajoutant à l'article 169 un alinéa ainsi rédigé : *"Toutefois, la caution ou le coobligé qui a payé à la place du débiteur peut poursuivre celui-ci"*. Le texte retire beaucoup de sa portée à l'extinction des poursuites, et montre clairement l'inconvénient qu'il y a, pour le débiteur personne physique, à avoir une caution.

b/ Exigibilité des obligations de la caution

219 - On rappellera que le jugement de liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues et permet donc au créancier de poursuivre immédiatement la caution, dès lors que cela a été prévu dans le contrat de cautionnement³³.

³³ Voir supra n° 198

Section 2 - Les procédures de traitement du surendettement des particuliers

Il n'existe actuellement aucune jurisprudence sur l'incidence des procédures de traitement du surendettement des particuliers.

220 - La mise en place, par la loi du 31 décembre 1989, de procédures dites "collectives" de traitement des situations de surendettement non professionnel des personnes physiques (art L 331-1 et suivants du code de la consommation), a immédiatement paru soulever, pour les cautions, des difficultés du même ordre - encore que moins complexes - que celles qui ont été relevées dans le cadre des procédures commerciales. Le débiteur surendetté va en effet bénéficier, dans le cadre de ces procédures, de délais de paiement et parfois de remises (réduction du taux d'intérêt, remise d'une partie du capital), dont l'extension à la caution, commandée par le caractère accessoire du cautionnement, est de nature à compromettre l'efficacité de cette sûreté pour le créancier. Jusqu'à maintenant, on ne peut signaler aucun arrêt de la cour de cassation sur ces questions, mais un certain nombre de décisions de cours d'appel ont fait l'objet de publication, et il est probable que la cour de cassation aura à connaître du problème dans les années à venir.

La loi du 8 février 1995 qui a profondément modifié ces procédures ne contient, pas plus que la loi de 1989, aucune disposition relative à l'incidence des mesures prises sur le cautionnement. Cette loi complique même un peu le problème, car elle obscurcit la démarcation entre les **mesures consenties** par les créanciers (§1), et les **mesures imposées** (§2), qui pouvait jusque là servir de critère de solution quant aux cautions.

§1 - Les mesures consenties par les créanciers

221 - Il s'agit des mesures du plan de règlement amiable élaboré sous l'égide de la commission administrative de traitement du surendettement (art L 331-6 CCons). L'opinion généralement admise en doctrine est que les délais et remises accordés par les créanciers devraient profiter aux cautions. Le débat est exactement le même que pour le règlement amiable des dettes des entreprises³⁴. Nous ne connaissons aucune décision sur le sujet.

§2 - Les mesures imposées au créancier

222 - Jusqu'à la réforme de 1995, à défaut d'accord entre le débiteur et ses créanciers, le juge pouvait imposer des mesures de redressement. Cette solution judiciaire se retrouve dans la loi nouvelle (A), mais il faut y ajouter une solution intermédiaire, celle des mesures recommandées par la commission, dont la portée est encore plus douteuse vis à vis des cautions (B)

³⁴ Voir supra n° 191 et s

³⁵ Les solutions de substitution du cautionnement, JCP 1990, I, 3427 ; voir aussi JJ Daigre, les substituts du cautionnement de la lettre à la garantie, la revanche de la liberté, Cah. dr. entrepr. 1992 n° 6 p. 8

A - Les mesures décidées par le juge de l'exécution

223 - Ce sont les mesures prononcées par le juge qui statue sur la contestation des mesures recommandées par la commission (art L 332-2 CCons). Le juge a, dans la nouvelle version du texte, exactement les mêmes pouvoirs que ceux dont il disposait sur le fondement de l'article 12 de la loi de 1989, dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire civil. La doctrine était alors très divisée quant à l'incidence des délais, réductions de taux d'intérêt et remise de capital ordonnées par le juge sur le fondement de ce texte. Certains auteurs, mettant en avant le caractère accessoire du cautionnement, pensaient qu'il fallait étendre, en l'absence de texte, le bénéfice de ces mesures à la caution ; mais d'autres, invoquant la nécessité de protéger le créancier contre le risque de défaillance du débiteur, estimaient qu'il fallait transposer la solution de l'article 64 de la loi du 25 janvier 1985. Plusieurs cours d'appel ont rendu des arrêts dans ce sens. Le problème se pose exactement de la même manière dans le droit nouveau.

B - Les mesures recommandées par la commission

224 - C'est la principale originalité du nouveau texte : à défaut d'accord entre le débiteur et ses créanciers sur les mesures de redressement, la commission peut recommander des mesures ; ces mesures, si elles ne sont pas contestées, seront rendues exécutoires par le juge de l'exécution (art L 331-7 et L 332-1 CCons). Du point de vue des cautions, la nature juridique de ces mesures "recommandées" est importante : faut-il y voir des mesures imposées par le juge - auquel cas le débat précédemment invoqué devrait être transposé - ou faut-il y voir des mesures tacitement acceptées par les parties, dès lors qu'elles ne contestent pas les recommandations de la commission, auquel cas ces mesures profiteraient également aux cautions ?

DEUXIÈME PARTIE -

LE DÉVELOPPEMENT DES SURETÉS PERSONNELLES DE SUBSTITUTION

Depuis quelques années se développent en pratique des sûretés personnelles de substitution au cautionnement.

225 - Il semble que, depuis quelques années, le risque élevé de contentieux lié au cautionnement, l'incertitude des solutions jurisprudentielles, tout autant que l'idée répandue selon laquelle ces solutions sont excessivement protectrices des cautions, aient incité certains créanciers - et notamment des établissements de crédit - à rechercher d'autres formules de garanties personnelles, destinées à éviter les inconvénients réels ou supposés du cautionnement. Les créanciers essaient principalement d'échapper à ce qui, à leur yeux, constitue la principale faiblesse du cautionnement, à savoir son caractère accessoire, qui est à la fois générateur d'un risque élevé de contestation - la caution pouvant discuter aussi bien sur le terrain de la dette principale que sur celui de son propre engagement - et de solutions défavorables au créancier - notamment en cas de procédure collective ouverte contre le débiteur principal.

Ce phénomène dont il est difficile de mesurer l'ampleur...

226 - La réalité de ce phénomène des sûretés de substitution - pour transposer une formule de P. Simler³⁵ - n'est pas douteuse, même s'il est impossible d'en mesurer l'ampleur. Au delà de la connaissance personnelle que nous avons pu avoir de divers actes mettant en place de telles garanties, l'existence en est attestée par un certain nombre de décisions de justice, émanant tant des juridictions du fond que de la cour de cassation, qui ont eu à statuer sur leur validité ou sur leurs effets. Il est clair cependant que, si on considère les seules décisions dont nous pouvons avoir une connaissance exhaustive, celles de la cour de cassation, le contentieux généré par ces garanties de substitution n'a rien à voir, quantitativement, avec celui que nous avons observé en matière de cautionnement. La propension des garants personnels à essayer de se dégager de leur engagement ou d'en limiter la portée ne devant guère varier selon la technique de garantie utilisée, on peut sans doute en déduire que l'utilisation des sûretés personnelles de substitution est encore une pratique balbutiante.

... soulève un problème de politique juridique : peut-on au nom de la liberté contractuelle, permettre aux créanciers de tourner les contraintes du droit du cautionnement.

227 - Il nous apparaît cependant important d'en faire ici un recensement, dans la mesure où ces sûretés soulèvent toutes, à des degrés divers, le même **problème de politique juridique** : quelle marge de liberté doit être laissée aux parties de sortir du modèle unique de sûreté personnelle proposé par la loi - le cautionnement - et d'échapper à ses contraintes ?

De prime abord, nous sommes dans un domaine où la **liberté contractuelle** est toute puissante. C'est un des avantages le plus souvent souligné des sûretés personnelles sur les sûretés réelles : alors que ces dernières sont en nombre limité comme les droits réels sur lesquels elles s'appuient, il est normalement possible de créer autant de formules d'engagements personnels que l'imagination des parties peut en concevoir, sous la seule limite de l'ordre public général. Cette liberté de créer de nouvelles formes de sûretés personnelles paraît d'autant plus contestable qu'elle peut souvent s'appuyer sur des mécanismes prévus par la loi, notamment par le Code civil : solidarité passive, délégation, promesse de porte-fort, stipulation pour autrui, assurance. Mais, en dehors même de ces techniques nommées (généralement très souples), le principe de la liberté contractuelle paraît suffisant pour justifier l'invention par les rédacteurs de contrats de garanties nouvelles : c'est à l'abri de ce principe que se sont développées les lettres d'intention utilisées dans le contexte des groupes de sociétés, et surtout les garanties à première demande du commerce international, qui servent parfois aujourd'hui à garantie des opérations de crédit interne. C'est aussi en s'appuyant sur le principe de la liberté contractuelle que certains auteurs voudraient aujourd'hui ressusciter une formule de garantie personnelle connue en droit romain sous le nom de *constitut*.³⁶ On notera à ce propos que la doctrine dominante aujourd'hui, sensible à la nécessité de protéger suffisamment les intérêts des créanciers pour renforcer la sécurité du crédit, est plutôt favorable au développement de ces garanties de substitution, et s'attache surtout à rechercher les formules les plus avantageuses pour leurs bénéficiaires.

³⁵ Les solutions de substitution du cautionnement, JCP 1990, I, 3427 ; voir aussi JJ Daigre, les substituts du cautionnement de la lettre à la garantie, la revanche de la liberté, Cah. dr. entrepr. 1992 n° 6 p. 8

³⁶ P. Smiler et P. Delebecque, Droit civil, les sûretés, la publicité foncière. Dalloz 2ème ed 1995 n° 10 qui voient une trace de ce type de garantie dans quelques arrêts récents de cours d'appel.

D'un autre côté cependant, on sent bien qu'on ne peut aller jusqu'au bout de la liberté contractuelle dans ce domaine. Le droit du cautionnement est aujourd'hui marqué par un certain nombre de **règles protectrices des cautions**, qui font partie de ce qu'on appelle habituellement l'ordre public de protection: formalisme, obligations d'information, sanctions frappant le créancier qui compromet l'efficacité des recours de la caution... Peut-on permettre aux créanciers - qui sont souvent en situation de force - d'échapper à ces règles protectrices en recourant à des techniques parallèles dont la finalité économique est exactement la même que celle du cautionnement sans être soumis au même encadrement législatif ?

La jurisprudence n'est peut être pas apte à résoudre seule ce problème.

228 - Les tribunaux disposent d'un certain nombre d'armes pour lutter contre certains comportements anormaux des créanciers. Ils peuvent, sur le fondement de l'article 12 NCPC, requalifier certains actes qui, substantiellement, ne sont rien d'autres que des cautionnements qui auraient été désignés sous un autre nom dans le seul but d'éviter l'application des règles du cautionnement. Ils peuvent aussi, dans certains cas exceptionnels, faire application de la notion de fraude à la loi. Surtout, il faut observer que, dans de nombreux cas, l'application des règles du droit commun des contrats pourra assurer au garant une protection similaire à celle qu'il aurait dans le cadre du cautionnement: règles de forme déduites de l'article 1326 du Code civil, articles 1134 al 3 et 1135 du même code d'où le juge peut déduire des obligations non écrites sanctionnées par la responsabilité contractuelle de droit commun...

Il n'est pas sûr cependant que ces ressources suffisent à régler toutes les difficultés générées par les garanties de substitution, comme nous allons le voir en entrant dans le détail des principales techniques actuellement utilisées. Nous reprendrons ici la distinction suggérée précédemment entre les sûretés qui reposent sur l'utilisation de **techniques prévues par la loi (TITRE I)**, et celles qui se présentent comme des **garanties innomées**, reposant sur la seule liberté contractuelle (TITRE II).

TITRE PREMIER - SURETÉS REPOSANT SUR DES TECHNIQUES PRÉVUES PAR LA LOI

Parmi les sûretés reposant sur des techniques prévues par la loi outre les différentes formes d'assurance...

229 - Nous nous contenterons d'évoquer rapidement l'utilisation qui peut être faite de la technique de l'assurance pour garantir le remboursement d'un crédit. Cette utilisation revêt deux formes bien différentes.

L'assurance-crédit, dans laquelle le créancier s'assure contre le risque d'inexécution des obligations de ses débiteurs, est surtout pratiquée dans le contexte du commerce international, où les polices sont délivrées par la COFACE, et où elle présente un particularisme accusé. Dans les relations juridiques internes, l'assurance-crédit - qui semble peu utilisée - apparaît comme un mode de protection global d'un créancier (notamment un fournisseur) contre le risque d'insolvabilité de l'ensemble de ses débiteurs, ce qui exclut de l'utiliser au coup par coup comme un substitut du cautionnement.

L'autre type d'assurance utilisée pour garantie des crédits est, elle, très fréquente : il s'agit de l'assurance décès ou invalidité qui assortit nombre de crédits bancaires : en cas de décès ou d'invalidité de l'emprunteur (ou du dirigeant de la société emprunteuse), la compagnie d'assurance rembourse directement l'établissement de crédit, libérant du même coup l'emprunteur ou ses héritiers. Il s'agit d'une technique fondamentalement différente du cautionnement, qui n'est pas utilisée à sa place, mais en complément. Elle soulève de multiples difficultés trop spécifiques pour être envisagées ici.

230 - Nous nous intéresserons en revanche à trois techniques générales du droit des obligations qui pourraient facilement être - et qui sont parfois déjà - utilisées à la place du cautionnement, pour donner au créancier une sécurité plus grande que cette sûreté traditionnelle. Il s'agit de la solidarité passive (CHAPITRE I), de la délégation (CHAPITRE II), et enfin de la promesse de porte-fort (CHAPITRE III).

CHAPITRE I - LA SOLIDARITÉ PASSIVE

... on rencontre d'abord la solidarité passive parfois utilisée dans des cas où un seul des codébiteurs solidaires est intéressé à la dette.

231 - La solidarité passive est un mécanisme de garantie personnelle prévu par le Code civil aux articles 1200 et suivants, parmi les modalités des obligations. Le contexte normal d'utilisation de la solidarité est celui où, dès le départ, plusieurs personnes sont débitrices envers le créancier. La solidarité déroge au principe selon lequel la dette doit se diviser entre les codébiteurs : le créancier peut alors demander le paiement de la totalité de la dette à chaque codébiteur, sauf à celui qui a payé à se retourner contre le ou les autres pour récupérer ce qui excède sa part. Chaque codébiteur apparaît ainsi, vis à vis du créancier, comme le garant des autres. La grande différence de la solidarité avec le cautionnement est qu'il n'existe pas un débiteur principal et un garant : chaque codébiteur, étant intéressé à la dette, est à la fois débiteur principal (pour sa part) et garant (pour la part des autres). Cela explique que l'engagement de chaque codébiteur ne soit pas un engagement accessoire : même si un des codébiteurs est libéré envers le créancier, les autres peuvent continuer à être tenu, selon les distinctions complexes posées par l'article 1208 CCiv. Cette différence est particulièrement bien illustrée si l'un des débiteurs est en redressement ou en liquidation judiciaire, et que le créancier omet de déclarer sa créance à la procédure : la cour de cassation a admis à plusieurs reprises en 1993 et 1994 que ce défaut de déclaration, entraînant l'extinction de la dette d'un des codébiteurs, n'empêchait pas le créancier de poursuivre le ou les autres - alors que, comme on l'a vu précédemment, une caution aurait été libérée³⁷.

Cette utilisation prévue explicitement par l'article 1216 du Code civil...

232 - L'utilisation de la solidarité comme sûreté de substitution au cautionnement n'a été que récemment envisagée par la doctrine universitaire, qui a redécouvert un article quasiment oublié du Code civil, l'article 1216. Ce texte dispose :

" Si l'affaire pour la quelle la dette a été contractée solidairement ne concernait que l'un des coobligés solidaires, celui-ci serait tenu de toute la dette vis à vis des autres codébiteurs, qui ne seraient considérés par rapport à lui que comme ses cautions "

Ce texte montre que la solidarité peut être utilisée dans des cas où, au départ, tous les codébiteurs solidaires ne sont pas intéressés à la dette. La solidarité peut alors jouer exactement le même rôle que le cautionnement. Au lieu, par exemple, qu'une personne emprunte seule de l'argent en étant cautionnée par un tiers, on peut très bien concevoir que les deux personnes empruntent solidairement la somme d'argent qui sera utilisée au profit exclusif de l'une d'entre elles. L'article 1216 n'envisage cette situation que sur le seul plan des recours entre codébiteurs solidaires : le codébiteur intéressé devrait supporter seul la charge de la dette, les autres n'étant *" considérés par rapport à lui que comme ses cautions "*. Mais le texte semble bien indiquer, a contrario, que, par rapport au créancier, les codébiteurs, même non intéressés, devraient être considérés comme de véritables débiteurs solidaires, et non simplement comme des cautions - ce qui serait évidemment beaucoup plus avantageux.

³⁷ voir supra n° 205 et s

pourrait susciter de nombreuses difficultés qui ne sont guère apparues jusque là en jurisprudence.

233 - La cour de cassation a eu l'occasion de faire application à plusieurs reprises de l'article 1216 à un cas de solidarité légale (solidarité de l'auteur d'une fraude fiscale et de son complice) ou à l'obligation in solidum des coauteurs d'un même dommage, pour dire que, dans les rapports des codébiteurs entre eux, un seul peut être définitivement tenu. Mais on note aussi, au cours des dix dernières années, 10 arrêts (dont un seul est publié: Civ1 21 juillet 1987 : Bull I n° 249) où l'article 1216 est appliqué à propos d'engagements solidaires conventionnels, dans des cas où la solidarité apparaît bien comme une garantie de substitution au cautionnement. Il s'agit, soit d'emprunts contractés solidairement par plusieurs personnes et utilisés exclusivement par une seule d'entre elles, soit, dans deux décisions, d'engagements pris par un gérant de société envers un prêteur "tant en son nom personnel qu'au nom de la société", ce qui aboutit à engager solidairement à la fois le dirigeant et la personne morale (Com 12 juillet 1994 : pourvoi n° 92. 16. 182, Com 17 juillet 1990 : pourvoi n° 88. 11. 839). Ces deux dernières décisions sont particulièrement intéressantes, car elles montrent bien l'utilisation qui pourrait être faite de la solidarité dans un contexte où, habituellement, on utilise le cautionnement.

234 - Ces arrêts, cependant, nous apprennent peu de choses sur le régime de cet engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette. Dans presque tous les cas, en effet, la question posée est celle de l'étendue du recours du codébiteur qui a payé : la constatation que l'emprunt a été fait dans l'intérêt exclusif d'un des codébiteurs a pour effet, soit de lui fermer tout recours si c'est lui qui a payé, soit d'ouvrir à l'autre un recours pour la totalité - ce qui est l'application directe de l'article 1216. Les arrêts ne nous apprennent rien en revanche sur le régime de l'action du créancier contre le codébiteur non intéressé à la dette. Il faudra donc attendre d'autres développements jurisprudentiels pour savoir si la cour de cassation traitera ce codébiteur comme un véritable débiteur solidaire - tenu à titre principal, non accessoire, ne pouvant se prévaloir ni de l'article 2037, ni de l'obligation d'information - ou si la circonstance que ce codébiteur n'était en réalité qu'un simple garant n'amènera pas à transposer certains des mécanismes de protection du cautionnement. On est ici au coeur de la problématique générale des sûretés de substitution.

CHAPITRE II - LA DÉLÉGATION

Les praticiens utilisent aussi parfois la technique de la délégation imparfaite, qui permet à un créancier d'acquiescer un deuxième débiteur sans perdre le premier.

235 - Technique qui remonte au droit romain, la délégation n'est prévue que de manière incidente dans le Code civil, qui n'en régleme, dans l'article 1275, qu'un aspect particulier à propos de la novation :

"La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier un autre débiteur qui s'oblige envers le créancier, n'opère point de novation, si le créancier n'a expressément déclaré qu'il entendait décharger son débiteur qui a fait la délégation".

Dans l'opinion dominante, la délégation est une opération neutre, qui peut ou non se greffer sur des rapports préexistants entre les parties : une personne (le délégant) demande à une autre (le délégué) de s'engager envers une troisième (le délégataire). Selon les rapports existant au départ entre les parties, la délégation peut avoir de multiples utilisations. Elle peut notamment être utilisée comme mode de transfert d'une créance (si le délégant est, au départ, créancier du délégué, il demande à celui-ci de payer sa dette non pas à lui, mais à un tiers ; tout se passe comme si le délégant avait cédé au délégataire sa créance contre le délégué ; c'est à ce titre que la délégation a été parfois proposée pour expliquer le mécanisme de la lettre de change. Elle peut aussi (et c'est sans doute son utilisation la plus traditionnelle, celle qui apparaît dans l'article 1275) être utilisée comme moyen de "transmettre" une dette (le délégant est ici un débiteur qui donne à son créancier - le délégataire - un nouveau débiteur qui s'oblige à sa place (ex : le vendeur d'un immeuble acheté à crédit s'entend avec le banquier prêteur et l'acquéreur pour que ce soit ce dernier qui assure désormais les charges du remboursement). Mais, toujours dans l'hypothèse où le délégant est débiteur du délégataire, la délégation peut aussi être utilisée comme sûreté personnelle - et c'est à ce titre qu'elle nous intéresse ici.

236 - Il résulte en effet de l'article 1275 qu'à défaut de stipulation contraire, **la délégation n'opère pas novation** de la dette préexistante entre le délégant et le délégataire : le délégant, qui donne à son créancier un nouveau créancier, reste obligé envers lui. Cette délégation est dite simple ou imparfaite, par opposition à la délégation novatoire ou parfaite, dans laquelle le délégataire décharge expressément son débiteur primitif. On peut donc concevoir que le débiteur principal délègue à son créancier un tiers qui va jouer le rôle de garant. L'inconvénient de cette formule par rapport au cautionnement est que c'est normalement au délégué, qui devient débiteur de premier rang, de rembourser le créancier délégataire. Mais, pour mieux calquer la situation sur le cautionnement, on peut imaginer le montage suivant : le créancier fait crédit à la personne à qui on veut faire jouer le rôle de garant ; celui-ci reverse ensuite les fonds au véritable débiteur, et le délègue au créancier.

L'avantage principal de la délégation par rapport au cautionnement est dans son **caractère non accessoire**. Il est en effet admis traditionnellement que **le délégué ne peut opposer au délégataire ni les exceptions qu'il aurait pu opposer au délégant, ni même les exceptions tirées du rapport entre le délégant et le délégataire** : en clair cela signifie que le garant délégué ne pourrait pas opposer au créancier l'absence ou l'extinction de la dette garantie. La portée et les conditions de l'inopposabilité des exceptions sont cependant discutées actuellement en doctrine, et donnent lieu à une divergence de jurisprudence entre la chambre commerciale et la première chambre civile de la cour de cassation. Mais, en toute hypothèse, la question ne se pose pas dans le cas où le crédit est d'abord fait au délégant, qui apparaît comme débiteur principal : il est clair que ce délégant, contre qui le créancier se retournerait en cas d'insolvabilité du débiteur délégué, ne pourrait opposer les exceptions tirées du rapport entre ce dernier et le délégataire.

Cette technique est notamment utilisée dans le contexte des prêts consentis à un dirigeant social pour le compte de sa société.

237 - Dans la jurisprudence récente de la cour de cassation, nous n'avons relevé aucun arrêt qui soit relatif à une telle utilisation de la délégation. Les arrêts rendus concernent surtout des cas où le déléguant fait reprendre par son débiteur une dette qu'il a envers le délégataire - la délégation permettant d'éteindre par un seul paiement les deux dettes. Mais on sait que certains établissements de crédit, au lieu de faire cautionner par le dirigeant social les prêts faits à la société, prêtent au dirigeant, qui est ainsi engagé directement, et qui délègue ensuite la société (à qui les fonds sont reversés par le mécanisme de l'apport en compte courant) au remboursement de l'emprunt. Cette pratique est attestée par deux questions écrites de parlementaires relatives aux incidences fiscales d'un tel montage. Il s'agissait de savoir si la société pouvait déduire intégralement les intérêts versés sans se voir appliquer les limites à la déductibilité des intérêts de comptes courants versés aux dirigeants (art 39-1-3° et 212 CGI). En réponse à une première question écrite (Sénat 14 octobre 1993, n° 3138), le Ministre du budget avait estimé qu'il convenait *"de s'en tenir à la seule qualité de la personne envers laquelle la société est juridiquement débitrice"* et que *"il ne saurait être dérogé à ce principe dans le cas où le prêt, reversé dans la caisse sociale, a été consenti personnellement à un dirigeant par un établissement financier : dans cette hypothèse, en effet, la société n'a en droit, de dette qu'à l'égard de l'établissement financier, et cela alors même qu'en pratique les intérêts dus à cet établissement lui seraient directement réglés par la société conformément à la technique de la délégation imparfaite"* ; en conséquence, tout devait se passer comme si la société payait les intérêts au dirigeant, véritable débiteur de l'emprunt, et non à l'établissement de crédit, d'où l'application des limites à la déductibilité prévues par le Code général des impôts. Mais ultérieurement, en réponse à une seconde question écrite (n° 5331 : JO sénat Q, 12 janvier 1995, p 89), l'administration admis que la société, déléguée, était devenue la véritable débitrice des sommes à rembourser envers la banque, d'où la possibilité de procéder à la déduction intégrale des intérêts.

L'obstacle fiscal étant ainsi levé, on peut penser que cette utilisation de la délégation comme substitut du cautionnement pour garantir les crédits accordés aux sociétés est appelé à se développer. Restera alors à en préciser les effets sur le plan du droit civil : comme dans le cas de la solidarité, la question principale est de savoir si le garant, en situation apparente de débiteur principal, sera privé de toutes les protections que lui accorde le droit du cautionnement.

CHAPITRE III - LA PROMESSE DE PORTE-FORT

On pourrait également songer à utiliser la promesse de porte fort.

238 - Certains auteurs ont proposé l'utilisation de la promesse de porte-fort pour faire naître à la charge du garant une obligation principale, qui ne serait pas affectée par les exceptions touchant la dette garantie.

On sait que ce mécanisme consiste pour une personne à promettre à son cocontractant le fait d'un tiers. Traditionnellement ce fait promis consiste dans la ratification par le tiers d'un contrat qui, en principe, ne l'engage pas. Et c'est cette utilisation qui a été envisagée par les rédacteurs du Code civil, dans l'article 1120, où la promesse de porte-fort est malencontreusement présentée comme une limite au principe de l'effet relatif des contrats : en réalité le porte-fort n'engage pas le tiers dans le contrat; il s'engage personnellement à ce que le tiers ratifie le contrat ; et, si le tiers ne ratifie pas, seul le porte-fort sera responsable.

Mais rien n'interdit, semble-t-il, d'utiliser également la promesse de porte-fort dans une hypothèse où le tiers serait déjà personnellement débiteur du bénéficiaire de la promesse. Le fait promis serait alors l'exécution de l'engagement du débiteur, le porte-fort apparaissant comme un garant de cette exécution. L'intérêt de cette solution par rapport au cautionnement serait, une fois de plus, dans le caractère non accessoire de l'engagement du garant : le porte-fort, en effet, ne serait pas tenu de payer la dette du débiteur principal ; il serait personnellement responsable si le débiteur n'exécutait pas, et ceci quelle que soit la cause de cette inexécution. A partir de là on pourrait concevoir que le porte-fort soit tenu dans des cas où la dette principale serait nulle ou éteinte, dès lors qu'il aurait accepté ce risque au départ. Du reste, une analyse doctrinale traditionnelle voit dans l'article 2012 alinéa 2 du Code civil, qui permet de "cautionner" la dette d'un incapable, une application de la promesse de porte-fort: la soi-disant caution serait en réalité un porte-fort qui serait responsable si le débiteur soulevait son incapacité pour échapper au paiement.

Nous ignorons complètement si cette formule de la promesse de porte-fort est actuellement utilisée en pratique. La jurisprudence de la cour de cassation, en tout cas, n'en révèle aucune trace. Cependant, on peut se demander si la pratique des lettres d'intention, généralement présentées comme des garanties *sui generis*, ne peut pas, dans certains cas, être analysée comme une utilisation de l'article 1120 CCiv³⁸.

TITRE SECOND - LES SURETÉS INNOMÉES

On a vu également le développement de sûretés innomées.

239 - Nous parlons ici de sûretés innomées dans la mesure où il s'agit de mécanismes qui ne se rattachent pas de manière explicite à une technique connue, nommée par la loi. Leur force semble tenir exclusivement au principe de la liberté contractuelle. Cela n'exclut pas cependant qu'une analyse doctrinale approfondie ne puisse les ramener à des mécanismes connus et réglementés par la loi - ce qui peut être une manière d'en légitimer davantage l'utilisation, et d'en définir le régime. C'est ainsi que les **garanties à première demande** (CHAPITRE I), qui constituent les principales de ces sûretés innomées, ont pu être analysées comme une variété de cautionnement, ou comme une application de la délégation. C'est ainsi de même que les **lettres d'intention** (CHAPITRE II) ont pu être ramenées à une promesse de porte-fort. Notre propos n'est pas ici d'entrer dans ces débats doctrinaux - dont l'utilité n'est pas douteuse - mais simplement de rendre compte de la pratique de ces garanties de substitution au cautionnement, et des problèmes qu'elles soulèvent, tels qu'on peut les apercevoir à travers le prisme déformant de la jurisprudence de la cour de cassation.

³⁸ Voir infra n° 257

CHAPITRE I - LES GARANTIES A PREMIÈRE DEMANDE

Le mécanisme le plus important est celui des garanties à première demande.

240 - Les garanties à première demande (dites aussi garanties autonomes ou indépendantes) sont des sûretés personnelles dans lesquelles le garant s'engage de manière indépendante, non accessoire par rapport au débiteur principal, de sorte qu'il ne peut pas opposer au créancier les exceptions que le débiteur pourrait faire valoir.

Ces garanties se sont surtout développées dans le contexte des relations commerciales internationales, où elles sont essentiellement utilisées pour assurer la bonne exécution des obligations d'un vendeur de marchandises ou d'un entrepreneur. Mais elles commencent actuellement à être utilisées dans le cadre d'opérations de crédit internes. Un rappel rapide de l'utilisation des garanties dans le contexte international (Section 1), est nécessaire pour comprendre leur utilisation actuelle dans les relations internes (Section 2).

Section 1 - Les garanties autonomes dans les relations commerciales internationales

241 - On fera d'abord une rapide présentation du mécanisme, avant d'exposer les principales solutions jurisprudentielles

§1 - Présentation du mécanisme

Ces garanties se sont d'abord développées dans le commerce international...

242 - Les entreprises françaises qui désirent obtenir des marchés de travaux ou de fournitures à l'étranger - notamment dans les pays du Moyen-Orient ou en Amérique du Sud - se voient, depuis une vingtaine d'années, réclamer par leur cocontractant des garanties liées aux différentes phases du marché (garantie de soumission qui garantit que l'entrepreneur donnera suite à son offre, garantie de bonne exécution qui couvre la bonne exécution des opérations contractuelles, garantie de restitution d'acompte qui jouera si le marché est interrompu pour garantir la restitution des acomptes versés à l'entrepreneur). Ces diverses garanties pourraient être fournies sous la forme de dépôts de fonds auprès du maître de l'ouvrage ou d'une banque agissant pour son compte. En cas de mauvaise exécution, le bénéficiaire pourrait saisir ces fonds. Mais cette forme de garantie, qui procure une sécurité très forte au bénéficiaire, entraîne une immobilisation de liquidités fâcheuse pour l'entrepreneur. C'est pourquoi, dans la pratique, les dépôts de garantie sont systématiquement remplacés par des garanties personnelles données par des établissements bancaires. L'entrepreneur (donneur d'ordre) demande à sa banque (garante) de s'engager envers son contractant étranger (bénéficiaire) à lui payer une certaine somme d'argent au cas où le marché ne serait pas correctement exécuté. En pratique il y a presque toujours intervention de deux banques : la garantie est donnée par une banque du pays du bénéficiaire, la banque du donneur d'ordre jouant le rôle de contre-garante (c'est-à-dire qu'elle s'engage à indemniser la banque garante pour le cas où le bénéficiaire ferait appel à la garantie).

243 - A première vue, l'opération ressemble beaucoup à un cautionnement : tout se passe comme si la banque garante cautionnait l'exécution des obligations du donneur d'ordre envers le bénéficiaire. Et la banque contre-garante joue le rôle d'une sous-caution. Cependant, il existe avec le cautionnement une différence importante : la garantie souscrite par la banque a un caractère **non accessoire**, elle est **indépendante, autonome** par rapport au contrat commercial de base.

Cette indépendance présente, dans la pratique, des degrés différents. Dans certains cas, la banque garante s'engage à payer le bénéficiaire sur la seule production de documents établissant l'inexécution par le donneur d'ordre de ses obligations, et sans pouvoir discuter au fond le bien-fondé de la demande. L'autonomie de l'engagement du garant est alors du même ordre que celle qu'on rencontre dans le crédit documentaire. Mais, dans la plupart des cas, cette autonomie est beaucoup plus grande : la banque garante (tout comme la banque contre-garante) s'engage à payer le bénéficiaire **à première demande** de sa part, sans que le bénéficiaire ait à apporter la moindre justification du bien-fondé de sa demande, ni que le garant puisse opposer une quelconque contestation. Par exemple, il ne peut pas vérifier que le donneur d'ordre a effectivement mal exécuté ses obligations, ni que le bénéficiaire s'est comporté normalement.

La raison d'être de cette indépendance est que le bénéficiaire veut être garanti aussi efficacement que si le donneur d'ordre lui avait remis un dépôt de garantie : il ne veut pas que son paiement soit retardé par des contestations (peut-être injustifiées) sur le bien-fondé de son appel en garantie. Bien entendu, si *a posteriori* cet appel en garantie se révélait infondé, le bénéficiaire devrait théoriquement rembourser ce qu'il a reçu à tort. Mais ce serait alors au donneur d'ordre, après avoir remboursé la banque garante, à prendre l'initiative du recours contre le bénéficiaire.

§2 - Solutions jurisprudentielles

... où elles ont suscité d'importants débats jurisprudentiels.

244 - Les garanties autonomes ont suscité, depuis qu'elles sont apparues en France, un **contentieux relativement abondant**, même s'il est sans commune mesure avec celui que suscite le cautionnement. Pour s'en tenir aux dix dernières années, et aux seules décisions relatives aux garanties données dans le commerce international, nous avons relevé **50** arrêts de la cour de cassation.

Ce contentieux est **très différent de celui qu'on peut observer en matière de cautionnement**. Il est tout à fait exceptionnel que le garant (qui est toujours un établissement de crédit), cherche spontanément à échapper à son engagement. C'est presque toujours le donneur d'ordre (débité principal de l'obligation garantie) qui, pour éviter d'avoir ensuite à la rembourser, essaie d'empêcher la banque garante de payer, en prétendant que l'appel à la garantie n'est pas fondé. De manière plus marginale se développe aussi un contentieux des recours : soit que le donneur d'ordre refuse de rembourser la banque en prétendant qu'elle a payé à tort, soit qu'après avoir remboursé, il se retourne contre le bénéficiaire en soutenant que celui-ci a reçu un paiement indu.

La validité du mécanisme ayant été très tôt admise, ...

245 - Lorsque les garanties autonomes sont apparues en France, la doctrine s'est interrogée sur leur validité. On pouvait d'abord se demander si ces garanties ne constituaient pas une dérogation illicite au caractère accessoire du cautionnement, lequel est de l'essence de cette sûreté. Mais cette objection pouvait facilement être tournée en admettant que les garanties autonomes étaient une sûreté distincte du cautionnement, créée de toutes pièces par la pratique, et qu'elles n'avaient donc aucune raison d'obéir aux règles édictées par la loi pour cette sûreté. On pouvait aussi se demander si les garanties n'étaient pas contraires à l'article 1131 du Code civil, qui exige que tout contrat ait une cause : dans la mesure où le garant peut être tenu de payer même si le donneur d'ordre ne doit rien, ne peut-on dire que son engagement est sans cause ? Mais on peut répondre que l'engagement du garant n'est pas vraiment sans cause : cette cause est incontestablement dans le contrat commercial de base qui lie le bénéficiaire de la garantie et le donneur d'ordre. Simplement, l'engagement du garant est temporairement détaché de sa cause pour assurer la rigueur de son exécution, la cause réapparaissant au niveau du recours contre le bénéficiaire.

Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation française ne s'est pas laissée convaincre par les arguments hostiles aux garanties autonomes. Dans deux importants arrêts du 20 décembre 1982 (Bull IV n° 417), elle a admis la validité des garanties autonomes, considérées comme des sûretés distinctes du cautionnement. Cette solution s'imposait du reste pour des raisons économiques : refuser d'admettre la validité des garanties aurait été gravement préjudiciable aux intérêts des exportateurs français qui auraient eu plus de mal à trouver des marchés.

... les débats se sont déplacés...

246 - A la suite de ces arrêts, les tribunaux français, et la cour de cassation ont eu à connaître de nombreuses difficultés relatives à la qualification (A) et au régime juridique (B) des garanties à première demande.

A- Qualification de garantie à première demande

... sur le terrain de la qualification...

247 - Un grand nombre d'arrêts de la cour de cassation font apparaître une difficulté de qualification : pour échapper au régime draconien de la garantie à première demande, le donneur d'ordre tente de soutenir que l'engagement pris est en réalité un cautionnement. La cour de cassation, qui contrôle la qualification a eu l'occasion de poser à cet égard un certain nombre de règles : l'idée essentielle, qui est directement déduite de l'article 12 du Nouveau code de procédure civile, est que la dénomination de l'engagement n'est pas déterminante. Il importe peu que les parties aient parlé de cautionnement, s'il apparaît que l'engagement pris est autonome par rapport à la dette garantie. En revanche, même si les parties ont utilisé le terme de garantie autonome ou à première demande, l'engagement sera requalifié en cautionnement si le prétendu "garant" a la possibilité d'invoquer les exceptions tirées du contrat principal. Dans les relations

internationales, où la garantie est généralement donnée pour garantir une obligation de faire et où le garant s'engage au paiement d'une somme d'argent (c'est à dire à autre chose que le débiteur principal), l'autonomie de l'engagement paraît pouvoir être déduite de l'inopposabilité des exceptions tirées du contrat principal. Mais nous verrons que l'utilisation, dans les relations internes, des garanties à première demande pour garantir des crédits, a amené la cour de cassation à poser d'autres critères.

B- Régime juridique des garanties

... et sur celui de leur régime juridique.

248 - Dans le contexte international, une fois admise la validité de principe du mécanisme, la cour de cassation n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur les **conditions de validité** de l'engagement du garant. En particulier, on ne relève aucun arrêt sur les formes applicables à cet engagement : cela s'explique aisément dans la mesure où, dans le commerce international, les garanties autonomes sont toujours données par des banques, qui sont des commerçants auxquels l'article 1326 du Code civil n'est pas applicable. On n'a pas jusqu'à présent rencontré non plus à propos des garanties les difficultés suscitées par le cautionnement pendant la période d'attente (révocation, incidence des événements extérieurs...), car les garanties sont toujours données pour couvrir l'exécution d'obligations déterminées. L'essentiel des difficultés apparues dans la jurisprudence de la cour de cassation se concentrent sur deux points: les conditions de l'obligation au paiement du garant (a) et les recours après paiement (b).

La cour de cassation a précisé la portée de l'inopposabilité des exceptions,...

a) Les conditions de l'obligation au paiement

249 - La cour de cassation a posé à plusieurs reprises le **principe** selon lequel le garant, tenu à **titre autonome, non accessoire**, doit payer sans pouvoir opposer les exceptions tirées du contrat principal passé entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre. Cette **inopposabilité des exceptions** s'impose au donneur d'ordre comme au garant : le donneur d'ordre n'a aucun moyen d'empêcher le garant de payer. En particulier, selon la jurisprudence, le garant est tenu de payer même si le donneur d'ordre prétend qu'il a bien exécuté le contrat, ou que l'inexécution est imputable à un cas de force majeure, ou même à une faute du bénéficiaire, ou encore que le contrat commercial est nul ou résolu.

... tempérée par la notion de fraude ou d'abus manifeste.

250 - Il existe cependant une limite à cette indépendance de la garantie. La Cour de cassation admet que le donneur d'ordre peut s'opposer au paiement, et que le garant, non seulement peut, mais doit refuser de payer, dans le cas où l'appel à la garantie procède d'une fraude ou d'un abus manifestes de la part du bénéficiaire (notion introduite par Com 20 janvier 1987 : Bull IV n° 19). L'hypothèse est qu'il est évident, sans qu'il y ait besoin de se livrer à aucune recherche, que le bénéficiaire n'a pas droit à la garantie : par exemple, si le donneur d'ordre peut produire un jugement établissant la résolution du contrat aux torts du bénéficiaire, ou encore un écrit signé par celui-ci reconnaissant que le contrat a été bien exécuté. Dans ce cas, en effet, il n'y a aucune raison de payer puisqu'on sait d'avance que la contestation du donneur d'ordre est fondée. Il s'agira cependant de situations tout à fait exceptionnelles. Elles le seront d'autant plus que, dans l'immense majorité des cas, le paiement sera effectué par la banque du pays du bénéficiaire, banque garante de premier rang, avant que le donneur d'ordre ait eu le temps d'intervenir pour empêcher le paiement par sa propre banque, contre-garante, il devra faire état non seulement d'une fraude ou abus manifeste du bénéficiaire, mais aussi de la complicité du garant de premier rang (Com 10 janvier 1989 : Bull IV n° 9).

Elle a également précisé les conditions des recours après paiement.

b/ Les recours après paiement

251 - La cour de cassation n'a pas eu l'occasion de connaître de litiges nés du recours de la banque garante contre le donneur d'ordre : celui-ci doit rembourser sans pouvoir opposer aucune exception. En revanche, la cour de cassation a précisé les conditions du recours que le donneur d'ordre peut exercer a posteriori contre le bénéficiaire : ce recours est ouvert dès lors que l'appel à la garantie était infondé, sans qu'il soit nécessaire de démontrer que l'abus ou la fraude était manifeste (Com 7 juin 1994: Bull IV n° 202). La question se pose rarement dans les relations internationales dans la mesure où, pour les exportateurs français, la COFACE accepte de couvrir le risque d'appel abusif à la garantie par les clients étrangers.

.m. Section 2 - Les garanties à première demande dans les relations internes

Les garanties à première demande se sont plus récemment répandues comme garanties d'opérations de crédit internes...

252 - La pratique des garanties à première demande a maintenant largement débordé le contexte du commerce international. Ces garanties sont maintenant utilisées dans le cadre d'opérations purement internes. Les arrêts rendus par la cour de cassation en témoignent : sur les 70 décisions recensées pour les 10 dernières années, nous en avons découvert 18 qui concernent des affaires ne comportant aucun élément d'extranéité (7 seulement de ces arrêts ont fait l'objet d'une publication au Bulletin).

Ces arrêts révèlent deux types d'utilisations bien différentes des garanties à première demande.

Dans 7 des affaires soumises à la cour de cassation, le garant à première demande était une banque, qui s'engageait pour garantir la bonne exécution d'un marché ou le paiement d'un prix. Il s'agit là d'une utilisation analogue à celle du commerce international, la garantie à première demande apparaissant davantage comme un substitut à un dépôt de garantie que comme un mécanisme utilisé à la place du cautionnement. Les problèmes posés sont les mêmes que ceux qui ont été précédemment rencontrés.

Mais, dans les 11 autres arrêts, on découvre une utilisation tout à fait différente de la garantie à première demande. Il s'agit de garanties données par une personne physique (généralement un dirigeant ou associé de l'entreprise débitrice) au profit soit d'un établissement de crédit (souvent spécialisée dans le crédit-bail) soit d'une autre entreprise (par exemple garantie des obligations d'un concessionnaire au profit du concédant). La garantie apparaît alors clairement comme une **sûreté de substitution au cautionnement**. On retrouve alors le même type de contentieux que dans le cautionnement : ce n'est pas le débiteur qui agit contre le garant pour l'empêcher de payer, c'est le garant qui, spontanément, essaie d'échapper à son engagement ou d'en limiter la portée, exactement comme le ferait une caution.

253 - La plupart des arrêts sont centrés sur le problème de la **qualification** de l'opération. S'agit-il bien d'une garantie autonome ou n'est-ce pas un simple cautionnement improprement appelé garantie à première demande par les parties ? La cour de cassation a ici posé plusieurs règles. D'une part, elle a estimé que l'existence dans l'acte imprimé ou dactylographié d'une mention de paiement "à première demande et sans contestation" n'est pas suffisante pour entraîner la qualification de garantie autonome, dès lors que le prétendu garant a écrit de sa main une mention indiquant qu'il se portait caution solidaire (Com 8 juin 1993 : Bull IV n° 225). D'autre part et surtout, dans un important arrêt du 13 décembre 1994 (Bull IV n° 375), la chambre commerciale a estimé que, dès lors que le "garant" s'engageait à payer les sommes dues par le débiteur principal, serait-ce à première demande, l'acte devait être analysé comme un cautionnement. La qualification de garantie ne devrait être admise que si l'objet de l'obligation du garant était défini sans référence à l'obligation du débiteur principal. Ce critère rend sans doute très difficile l'utilisation des garanties autonomes pour garantir des crédits, notamment des crédits déterminés. Mais il faut noter que, dans la même affaire, la cour de cassation a implicitement refusé de condamner au nom de la théorie de la fraude à la loi, qui était soulevée par le pourvoi, l'utilisation des garanties à première demande à la place du cautionnement.

... ce qui a amené une réaction plutôt défavorable de la cour de cassation.

254 - Dans les cas où la qualification de garantie à première demande a été admise (ou n'a pas été discutée), la cour de cassation a apporté quelques précisions sur le régime de cette sûreté, lorsqu'elle est donnée par une personne physique à la place du cautionnement. Un arrêt remarqué du 10 janvier 1995 (Bull IV n° 13) applique à la garantie les mêmes règles de forme qu'au cautionnement, avec la même distinction entre le garant profane et le dirigeant social. Les règles sur les vices du consentement semblent également jouer de la même manière pour la garantie et pour le cautionnement, puisqu'il s'agit de règles générales du droit des contrats. Reste à savoir comment réagira la cour de cassation lorsqu'un garant invoquera des règles spécifiques au contrat de cautionnement, comme l'article 2037 du Code civil ou l'article 48 de la loi du 1er mars 1984.

Logiquement, ces règles ne devraient pas s'appliquer à la garantie autonome, mais la solution sera-t-elle tenable au regard des impératifs de protection des garants ? Reste également à savoir quel sera le sort de la garantie autonome lorsque le créancier aura omis de déclarer sa créance à la procédure collective ouverte contre le débiteur principal. De prime abord, ce défaut de déclaration devrait être sans incidence sur l'obligation du garant, mais, dès lors que l'extinction de la dette principale n'est pas sérieusement contestable, on pourrait songer à invoquer la notion d'abus manifeste pour permettre au garant d'échapper à son obligation. Les solutions sont loin d'être évidentes en la matière, en raison de l'ambiguïté de la nature juridique de la garantie à première demande.

CHAPITRE II - LES LETTRES D'INTENTION

Les lettres d'intention se sont surtout développées dans le contexte des groupes de sociétés.

255 - Le terme de «lettres d'intention» est utilisé dans le langage juridique dans des contextes très différents. Il peut servir à désigner des engagements de principe qui sont pris par une partie au cours de la négociation d'un contrat. En droit des sûretés, l'expression désigne, très différemment, une garantie, donnée sous la forme d'une lettre, par laquelle une personne fait connaître à un créancier son intention de soutenir le débiteur dans l'exécution de son engagement. Il serait sans doute préférable de parler ici de lettres de confort ou de parrainage, mais c'est l'expression «lettres d'intention» qui est plutôt retenue par la jurisprudence française.

Les lettres d'intention se sont surtout développées dans le contexte des groupes de sociétés. Lorsqu'une société membre du groupe demande un crédit à une banque, celle-ci va lui demander de fournir une garantie émanant d'un autre membre, spécialement de la société-mère. Cette garantie peut naturellement être fournie sous la forme d'un cautionnement classique, mais, parfois, la société garante préférera adresser à la banque une lettre d'intention. Elle espère ainsi être tenue de manière moins rigoureuse que dans le cadre d'un cautionnement tout en rassurant suffisamment le créancier. Par ailleurs, les dirigeants de la société garante peuvent voir dans l'utilisation de la lettre d'intention un moyen d'échapper aux contraintes de l'article 98 de la loi de 1966 qui exige l'autorisation du conseil d'administration pour les cautionnements, avals et garanties donnés par une société anonyme.

Elles ont suscité de nombreux arrêts de la cour de cassation...

256 - La jurisprudence de la cour de cassation permet de prendre conscience du développement de ce type de garanties, sans qu'il soit possible bien sûr d'en mesurer l'importance quantitative dans la pratique contractuelle. Nous avons recensé au départ 43 arrêts où il est fait état, soit d'une lettre d'intention (40 occurrences), soit d'une lettre de confort (8 occurrences³⁹). Mais, après lecture, nous avons éliminé 22 décisions où ces termes sont utilisées dans un sens non pertinent pour notre propos (engagement de passer un contrat par exemple). En définitive, nous avons retenu 21 arrêts où il est bien question d'une lettre d'intention émise comme garantie.

L'examen de ces arrêts confirme que cette formule est presque exclusivement utilisée dans le contexte des groupes de société, pour faire garantir par une société membre du groupe des crédits accordés à une autre société. Seuls trois arrêts sont relatifs à des lettres d'intention émises par une personne physique.

Il ressort de ces arrêts que, selon la cour de cassation, la portée de l'engagement du garant peut être très différente d'un cas à l'autre (Section 1). Le régime juridique de cet engagement dépend alors de la portée que les parties ont voulu lui donner (Section 2).

Section 1- Portée de l'engagement du garant

... tant en ce qui concerne la portée de l'engagement qu'elle font naître...

257 - La Cour de cassation a clairement affirmé (Com 21 décembre 1987: Bull IV n° 281), qu'on ne peut pas donner des lettres d'intention une analyse juridique unique : tout dépend des circonstances et des termes employés, à partir desquels on pourra déduire la volonté des parties.

Dans certains cas, la lettre d'intention contiendra une simple promesse morale, un engagement d'honneur ne liant pas juridiquement son auteur. Dans d'autres cas, les plus nombreux, la lettre d'intention fera naître un véritable engagement juridique, mais cet engagement peut lui-même avoir une portée variable. Si l'auteur de la lettre s'est engagé à payer à la place du débiteur, il ne s'agit de rien d'autre qu'un cautionnement qui ne dit pas son nom et que le juge pourra naturellement requalifier, pour lui faire produire tous les effets du cautionnement. Mais, le plus souvent, l'auteur de la lettre ne s'engagera pas directement à payer : il s'obligera par exemple à «faire en sorte que la société débitrice puisse satisfaire à ses obligations», ou encore à lui apporter des capitaux si elle est en difficulté. Dans ces hypothèses,

³⁹ Les deux termes sont parfois utilisées dans la même décision.

⁴⁰ Cabrillac et Mouly op. cit. n° 34. 1.

la lettre d'intention est une sûreté originale faisant naître à la charge du garant une obligation de faire, dont l'inexécution entraînerait sa condamnation à des dommages-intérêts. Selon la manière dont la lettre est rédigée, cette obligation peut apparaître comme une obligation de moyens ou comme une obligation de résultat. Dans ce dernier cas, elle peut sans doute s'analyser comme une promesse de porte-fort : l'auteur de la lettre promet l'exécution de l'obligation par le débiteur principal ; à défaut de cette exécution (si le tiers ne "tient pas l'engagement" art 1120 CCiv), le garant est responsable.

Dans la plus grande partie des affaires portées devant la cour de cassation, la question discutée est précisément celle de l'existence de l'engagement de l'auteur de la lettre (3 arrêts) ou, surtout, celle de sa portée (9 arrêts) : il s'agit de savoir si la lettre est un véritable cautionnement qui ne dit pas son nom, si elle fait naître une obligation de moyens ou une obligation de résultat. Cette question relève très largement du pouvoir d'appréciation des juges du fond, mais la cour de cassation contrôle la motivation des décisions.

Section 2 - Régime juridique

... que leur régime
juridique, sur lequel
demeurent de
nombreuses
incertitudes.

258 - La seule question discutée devant la cour de cassation est celle de savoir si les lettres d'intention émises au nom d'une société anonyme sont soumises à l'autorisation du conseil d'administration conformément à l'article 98 de la loi de 1966. On relève 7 arrêts sur cette question. La cour de cassation estime que l'autorisation est nécessaire si la lettre d'intention est un véritable cautionnement, mais aussi si elle fait naître à la charge de la société émettrice une obligation de résultat. En revanche, plusieurs arrêts semblent considérer que la lettre faisant naître une simple obligation de moyens ne serait pas une "garantie" au sens de l'article 98. Mais la distinction n'est pas si claire dans les arrêts les plus récents (voir par exemple : Com 8 novembre 1994 : Bull IV n° 330).

La cour de cassation n'a pas eu l'occasion jusqu'à maintenant de poser d'autres règles. Là encore, il faudra attendre pour connaître les solutions sur de nombreux points, en dehors du cas où la lettre est requalifiée en cautionnement : application de l'article 1326 CCiv, de l'article 2037, incidence du défaut de déclaration de la créance garantie...

CONCLUSION

259 - Notre objectif, en rédigeant cette étude, était principalement de vérifier la pertinence des affirmations doctrinales fréquentes sur la "crise" du cautionnement, de mesurer l'importance de cette crise, et d'en mettre en évidence les diverses manifestations. Parvenu au terme de ce travail, nous pensons avoir montré que le droit du cautionnement est effectivement **un droit profondément perturbé**. L'efficacité de cette sûreté pour les créanciers est aujourd'hui largement compromise par un **contentieux abondant et souvent très artificiel**. Régi par un **droit commun vieilli et lacunaire**, que viennent mal compléter des **textes spéciaux très éclatés**, le cautionnement suscite des **solutions jurisprudentielles marquées par une certaine instabilité et une complexité parfois byzantine**. Les créanciers, qui sont généralement en situation de force, et qui ont la maîtrise de la rédaction des actes, essaient sans cesse de limiter la portée des règles protectrices des cautions posées par la loi et la jurisprudence. Faute de pouvoir le faire de manière suffisante à leurs yeux en restant sur le terrain du cautionnement, ils imaginent aujourd'hui de **nouvelles formules de garantie personnelle** beaucoup plus contraignantes pour le garant.

260 - Devant ce constat, on est évidemment tenté de conclure qu'une **intervention législative** s'impose, pour essayer de remettre de l'ordre dans une matière qui a été profondément bouleversée depuis une vingtaine d'années.

La question ne nous était pas posée explicitement, et il est clair que nous ne formulerons à ce sujet aucune proposition précise. Si, à notre avis, une réforme législative d'ensemble est souhaitable, elle ne saurait être entreprise à la légère. Comme on l'a déjà relevé, il est extrêmement difficile de trouver un équilibre satisfaisant entre le souci légitime de protéger les cautions et autres garants contre les excès de certains créanciers et la préoccupation non moins essentielle d'assurer aux créanciers une sécurité suffisante contre la défaillance de leurs débiteurs. C'est pourquoi, à l'évidence, une réforme ne saurait être entreprise sans une consultation des différents acteurs (établissements de crédit, entreprises, associations de consommateurs...), ni sans une prise en compte de l'opinion des différents courants de la doctrine universitaire spécialisée. Une attention particulière devrait être donnée, dans la préparation d'une éventuelle intervention législative, aux enseignements du droit comparé, et notamment aux effets qu'ont produit, dans les pays qui y ont procédé, les réformes récentes du droit du cautionnement.

Nous nous contenterons ici, pour ouvrir la discussion, et dans le prolongement direct des constatations qui ont été faites tout au long de ce rapport, d'évoquer, de manière non exhaustive, un certain nombre de questions qui devraient être posées dans l'optique d'une éventuelle réforme. Ces questions s'orientent autour de deux axes, de deux terrains possibles d'intervention du législateur.

261 - Le premier terrain est celui du **droit du cautionnement lui-même**.

La question première est à notre avis celle de la place respective, dans une réforme, des textes de droit commun, applicables quelles que soient les cautions et les obligations garanties, et des textes spéciaux à certains cautionnements. Et, dans le prolongement, il conviendrait de réfléchir aux critères de différenciation des règles : faut-il, comme dans le droit actuel, s'en tenir à la seule distinction fondée sur les débiteurs des dettes garanties (dettes de l'entreprise/dettes des particuliers), ou ne doit-on pas introduire d'autres distinctions, qui sont déjà largement consacrées en jurisprudence (distinction selon la qualité de la caution, et, surtout, distinction entre le cautionnement d'une dette déterminée et le cautionnement de dettes indéterminées).

Abstraction faite de ces éventuelles différenciations de régime, il faudrait sans doute repenser la conception actuelle du cautionnement comme une sûreté essentiellement accessoire, dans laquelle la caution est toujours tenue exactement de la même manière que le débiteur principal. Ne faudrait-il pas avoir de ce caractère accessoire une conception moins rigide, notamment dans le contexte du droit des procédures collectives ? Dans la continuité de correctifs déjà existants, on pourrait sans doute renforcer quelque peu l'efficacité de la garantie procurée par le cautionnement sans grand dommage pour les cautions dont le recours est de toute façon largement illusoire dans le contexte de ces procédures.

Pour le reste, il ne nous apparaît pas possible de dresser ici une liste des points sur lesquels un texte serait nécessaire, soit pour combler les lacunes actuelles, soit pour corriger certaines solutions : domaine et effets de la résiliation unilatérale ? obligation d'information ? Il nous semble clair cependant que le minimum serait un texte clair et précis sur les formes du contrat de cautionnement mettre fin au contentieux irritant que suscitent actuellement les incertitudes jurisprudentielles. A cet égard, on peut souligner qu'un formalisme bien conçu, et protecteur des cautions (pouvant aller jusqu'à l'instauration d'un droit de repentir) n'irait pas nécessairement contre les intérêts des créanciers qui auraient au contraire tout à gagner à l'instauration de solutions rigides limitant les possibilités de contestation.

262 - En parallèle avec une réforme du droit du cautionnement lui-même, il serait indispensable de réfléchir aux **rapports du cautionnement et des autres sûretés personnelles**. Comme on l'a déjà souligné, la question de savoir si on peut laisser aux créanciers une liberté contractuelle totale leur permettant de tourner les contraintes du droit du cautionnement par le recours à des garanties de substitution est un problème crucial de politique législative. Pour notre part, nous pensons qu'une nouvelle réglementation du cautionnement n'aurait pas grande utilité si on permettait aux acteurs de s'en évader à leur guise. On peut cependant douter qu'il soit souhaitable de réglementer les différentes sûretés de substitution de manière contraignante, voire d'interdire leur utilisation dans certaines circonstances. Une telle manière de procéder, dangereuse pour le crédit, pourrait être complètement inefficace dans la mesure où elle n'empêcherait jamais les acteurs d'imaginer d'autres formules qui, à leur tour, échapperaient aux contraintes. Ne serait-il pas plus judicieux,

comme cela a déjà été suggéré en doctrine⁴⁰, de concevoir une sorte de droit commun, de régime primaire⁴¹ impératif applicable à toutes les sûretés personnelles ? Une telle formule permettrait d'assurer à tous les garants personnels, quelle que soit la nature de leur engagement, un minimum de protection (formalisme, faculté de résiliation, obligation d'information...), tout en laissant aux créanciers un véritable choix de la sûreté personnelle la plus appropriée à la situation.

Débarassées de l'attrait trompeur qui est actuellement le leur comme moyen d'échapper aux inconvénients du cautionnement, les sûretés de substitution ne devraient plus être utilisées que pour des raisons positives, dans des hypothèses où leur particularisme se justifie vraiment. Le cautionnement, quant à lui, appuyé à la fois sur la force de la tradition et sur une réglementation modernisée, retrouverait sans doute le lustre qu'il a perdu depuis un grand nombre d'années.

⁴⁰ Cabrillac et Mouly op. cit. n° 34. 1.

⁴¹ L'expression est utilisée à la fois par MM. Cabrillac et Mouly op. cit. et par P. Simler et P. Delebecque (op. cit. n° 10) qui relèvent que dans le droit actuel existent déjà certains traits de ce régime primaire. (Notamment l'art. 98 de la loi de 1966, qui vise les "cautions avales et garanties").

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

I- Ouvrages généraux de droit des sûretés

- M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, Litec, 3ème ed 1995
P. Malaurie et L. Aynès, Les sûretés, la publicité foncière, Cujas, 7ème ed 1995-1996
G. Marty, P. Raynaud, P. Jestaz, Les sûretés, la publicité foncière, Sirey, 2ème ed 1987
H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t III, 1er vol, Sûretés, publicité foncière, Montchrestien, 6ème ed 1988, par V. Ranouil
P. Simler et P. Delebecque, Droit civil, Les sûretés, la publicité foncière, Dalloz, 2ème ed 1995
P. Théry, Sûretés et publicité foncière, coll Droit fondamental, PUF, 1988

II- Ouvrages spécialisés sur le cautionnement et les autres garanties personnelles

- P. Ancel, Le cautionnement des dettes de l'entreprise, Dalloz 1989
L. Aynès, Le cautionnement, coll. Connaissance du droit, Dalloz 1991
P. Bouteiller, Le cautionnement, aspects généraux et pratiques bancaires, Ed de l'Épargne, 1986
C. Mouly, Les causes d'extinction du cautionnement, Litec 1979
A. Prüm, Les garanties à première demande, Litec, 1994
P. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, Litec 1991

III- Quelques articles de réflexion générale

- JJ Daigre, Les substituts du cautionnement : de la lettre à la garantie, la revanche de la liberté, Cah dr de l'entreprise, 1992, n° 6
C. Mouly, Pour la liberté des garanties personnelles, Banque 1987, p 1166
P. Simler, Les solutions de substitution au cautionnement, JCP 1990, I, 3427
R. Tendler, Le cautionnement, reine éphémère des sûretés, D 1981, p 129
J. Terray, Le cautionnement, une institution en danger, JCP 1987, I, 3295