HAL open science

Les garanties indemnitaires

Emmanuel Netter

▶ To cite this version:

Emmanuel Netter. Les garanties indemnitaires. Droit. Université de Strasbourg, 2010. Français. NNT : . tel-01623401

HAL Id: tel-01623401
https://amu.hal.science/tel-01623401

Submitted on 27 Oct 2017

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 - ShareAlike 4.0 International License

UNIVERSITÉ DE STRASBOURG
École doctorale Droit, Sciences politiques et Histoire

Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé, mention droit des affaires
présentée et soutenue publiquement le 17 mai 2010 par

Emmanuel NETTER

Les garanties indemnitaires

sous la direction de M. Nicolas RONTCHEVSKY

devant un jury composé de :

Monsieur Jean-Pierre SORTAIS
Professeur émérite de l'Université de Lausanne

Monsieur Philippe SIMLER
Professeur émérite de l'Université de Strasbourg,
Doyen honoraire de la Faculté de Droit, de sciences politiques et de gestion de Strasbourg

Monsieur Philippe DELEBECQUE
Professeur à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

Madame Isabelle RIASSETTO
Professeur à l'Université du Luxembourg

Monsieur Nicolas RONTCHEVSKY
Professeur à l'Université de Strasbourg
Directeur de thèse

LES GARANTIES INDEMNITAIRES

Le Code de la propriété intellectuelle n'autorisant, aux termes de l'article L. 122-5, 2° et 3° a) d'une part que les « copies ou reproductions strictement réservées à l'usage privé du copiste et non destinées à une utilisation collective » et, d'autre part, que les analyses et les courtes citations dans un but d'exemple et d'illustration, « toute représentation ou reproduction intégrale ou partielle faite sans le consentement de l'auteur ou de ses ayants droit ou ayants cause est illicite » (art. L. 122-4).

Cette représentation ou reproduction, par quelque procédé que ce soit, constituerait donc une contrefaçon sanctionnée par les articles L. 335-2 et suivants du Code de la propriété intellectuelle.

© PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE – PUAM – 2014
3, AVENUE ROBERT SCHUMAN – 13628 AIX-EN-PROVENCE CEDEX

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

COLLECTION DE L'INSTITUT DE DROIT DES AFFAIRES

Emmanuel NETTER

LES GARANTIES INDEMNITAIRES

Préface

Nicolas RONTCHEVSKY
Professeur à l'Université de Strasbourg

Prix de thèse de l'Université de Strasbourg

Ouvrage publié avec le soutien du
Centre de Droit Privé et de Sciences Criminelles d'Amiens

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
- 2014 -

PRÉFACE

Le droit des sûretés personnelles est une matière complexe, en perpétuelle évolution, qui a suscité des travaux, et en particulier des thèses, de grande qualité. La thèse de doctorat de Monsieur Emmanuel Netter sur *Les garanties indemnitaires* (soutenue à la Faculté de droit de l'Université de Strasbourg le 17 mai 2010 devant un jury composé de Mme Isabelle Riassetto et de MM. Jean-Pierre Sortais, Philippe Simler et Philippe Delebecque et du soussigné) s'inscrit dans cette lignée. A cet égard, il convient de souligner d'emblée que le pavillon ne recouvre pas toute la marchandise. L'intérêt de l'ouvrage va bien au-delà, en effet, d'une étude des figures retenues par les promoteurs des garanties indemnitaires (porte-fort d'exécution et lettre d'intention, désormais consacrée par l'article 2322 du Code civil), distinguant celles-ci du cautionnement et des garanties autonomes, car l'auteur propose une véritable réorganisation du paysage des sûretés personnelles en droit français.

Dans une première partie conceptuelle, l'auteur s'attache ainsi à renouveler l'analyse traditionnelle des garanties indemnitaires, en démontrant de manière rigoureuse ses insuffisances et en critiquant certaines solutions contestables retenues par la Cour de cassation (et notamment l'étonnant arrêt de la chambre commerciale du 13 décembre 2005, *Bull. civ*. IV, n° 256, appliquant au porte-fort d'exécution le régime du cautionnement). Prenant appui sur des investigations historiques, sur le droit comparé (et en particulier l'article 111 du Code des obligations suisse et la doctrine à ce sujet) et les travaux de Christian Mouly, l'auteur développe le rapprochement entre assurance et sûreté personnelle pour distinguer, au sein des garanties indemnitaires, les *garanties comportementales* (se rattachant au droit commun des obligations de faire ou de ne pas faire) et les *garanties reposant sur une couverture de risque*, dont relève le cautionnement, analysé en un porte-fort appliqué au risque de crédit.

L'exercice n'est pas purement académique car l'auteur met en exergue, dans une seconde partie, son impact sur la pratique en exposant le régime juridique des qualifications préalablement retenues. Après avoir exposé l'intégralité du régime du contrat de garantie indemnitaire (formation, exécution et extinction), en proposant chemin faisant différentes distinctions (notamment entre garant intégré et non intégré), l'auteur en présente les applications concrètes majeures, et d'abord la *garantie professionnelle du risque de crédit*, mécanisme à vocation générale au sein duquel sont rapprochés le cautionnement bancaire et l'assurance-crédit, pourtant traditionnellement considérés comme irréductibles. Les garanties indemnitaires par couverture peuvent cependant aussi accueillir d'autres figures, considérées jusqu'alors comme *sui generis* (et en particulier les garanties financières professionnelles, le ducroire d'intermédiaire et la garantie universelle du risque locatif).

L'étude peut ainsi s'achever par une audacieuse proposition de refonte du titre du Code civil consacré aux sûretés personnelles qui, outre des dispositions communes, s'organiserait autour, d'une part, des garanties comportementales et,

d'autre part, des garanties par couverture (dont la règlementation est inspirée en partie du droit des assurances). Une telle démonstration (déconstruction-reconstruction de la matière), fondée sur des analyses rigoureuses et une parfaite maîtrise des concepts (de risque et de garantie notamment), étayée par une très vaste culture juridique, rappelle que la construction du droit des sûretés personnelles a été enrichie par les contributions des meilleurs esprits. M. Emmanuel Netter fait désormais partie de leur cercle.

Aussi son bel ouvrage a-t-il été honoré du prix de thèse de l'Université de Strasbourg et lui a ouvert la voie d'une carrière universitaire qui lui permettra de poursuivre ses réflexions et travaux en droit des sûretés et dans bien d'autres domaines.

Nicolas RONTCHEVSKY
Professeur à l'Université de Strasbourg

REMERCIEMENTS

Merci à ma famille, à ma compagne et aux quelques amis qui m'ont prodigué, durant ces années de recherche, soutien, écoute et affection. Chacun de vous est, à sa manière, un co-auteur de ce texte. Je vous suis immensément reconnaissant.

Merci à M. le Professeur Nicolas Rontchevsky, pour sa disponibilité, son sang-froid, sa rigueur intellectuelle. Travailler sous votre direction fut un privilège.

Merci à Mme le Professeur Isabelle Riassetto, à MM. les Professeurs Philippe Delebecque, Philippe Simler et Jean-Pierre Sortais, qui m'ont fait le grand honneur d'accepter de participer au jury.

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

A. J.	Actualité jurisprudentielle
Adde	Ajouter
ADJI	Actualité juridique droit immobilier
Al.	Alinéa
Alii	Autres
Art.	Article
Ass. plén.	Arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
ATF	Recueil des arrêts du Tribunal fédéral suisse
Bull. Ass. plén.	Bulletin de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ., I, II, ou III	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Première, Deuxième ou Troisième chambre civile
Bull. civ., IV	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre commerciale
Bull. civ., V	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre sociale
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, Chambre criminelle
Bull. Joly Entr. Diff.	Bulletin Joly entreprises en difficulté
Bull. Joly Soc.	Bulletin Joly sociétés
C. assur.	Code des assurances
C. com.	Code de commerce
C. conso.	Code de la consommation
CA	Cour d'appel
Cah. dr. de l'entreprise	Cahiers du droit de de l'entreprise
Cass. 1re, 2e, ou 3e civ.	Arrêt de la Première, Deuxième ou Troisième chambre civile de la Cour de cassation
Cass. com.	Arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. req.	Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de cassation
CCC	Contrats, concurrence, consommation
CCH	Code de la construction et de l'habitation
Cep.	Cependant

Cf.	Conférez
Chron.	Chronique
CMF	Code monétaire et financier
Coll.	Collection
Concl.	Conclusions
Constr.-urb.	Construction - Urbanisme
D.	Recueil Dalloz
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Direction
DP	Dalloz périodique
Dr. et Patr.	Droit et Patrimoine
Dr. famille	Droit de la famille
Dr. sociétés	Droit des sociétés
Éd.	Éditions
Ex.	Exemple
Fasc.	Fascicule
FF-DBF	Forum financier – Droit bancaire et financier (revue belge)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Ibid.	Au même endroit
In	Dans
Infra	Ci-dessous
Inst. Just.	Institutes de Justinien
IR	Informations rapides
J.T.	Journal des tribunaux (revue belge)
JCP G, E, N ou CI	Juris-classeur périodique (Semaine juridique) édition générale, entreprise, notariale ou commerce et industrie
Jur.	Jurisprudence
LEDC	L'essentiel Droit des contrats
Loc. cit.	À l'endroit précité
LPA	Les Petites Affiches
N°	Numéro
Not.	Notamment
Obs.	Observations
Op. cit.	Ouvrage précité
P.	Page(s)
Pas. lux.	Pasicrisie luxembourgeoise
Préc.	Précité

Préf.	Préface
Rappr.	Rapprochez
RCA	Responsabilité civile et assurances
RCDIP	Revue critique de Droit international privé
RD. banc. et bourse	Revue du Droit bancaire et de la bourse
RDAI	Revue de Droit des affaires internationales
RDBF	Revue de Droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de Droit immobilier
Rev. huissiers	Revue des huissiers de justice
Rev. proc. coll.	Revue des procédures collectives
Rev. sociétés	Revue des sociétés
RGAT	Revue générale des assurances terrestres
RGDA	Revue générale du Droit des assurances
RIDC	Revue internationale de Droit comparé
R.J. com.	Revue de jurisprudence commerciale
RJDA	Revue de jurisprudence de Droit des affaires
RJPF	Revue juridique personnes et famille
RLDC	Revue Lamy Droit civil
RRD	Revenue régionale de Droit (revue belge)
RTD. civ.	Revue trimestrielle de Droit civil
RTD. com.	Revue trimestrielle de Droit commercial
S.	Recueil Sirey
s.	Et suivant(e)s
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
Ss.	Sous
Supra	Ci-dessus
T.	Tome
T. com.	Tribunal de commerce
V.	Voyez
V°	*Verbo* (mot)

SOMMAIRE

Introduction générale

PREMIÈRE PARTIE
CONCEPT DE GARANTIE INDEMNITAIRE

Titre I - Les limites de l'analyse fondée sur la responsabilité contractuelle

Chapitre I - L'originalité revendiquée : l'obligation de faire ou de ne pas faire du garant

Chapitre II - L'originalité contestée : l'assimilation au cautionnement

Titre II - Les apports de l'analyse fondée sur la courverture de risque

Chapitre I - L'idée du rapprochement entre assurance et sûretés personnelles

Chapitre II - La mise en œuvre du rapprochement entre assurances et sûretés personnelles

SECONDE PARTIE
PRATIQUES DES GARANTIES INDEMNITAIRES

Titre I - Régime juridique

Chapitre I - Formation

Chapitre II - Exécution

Chapitre III - Extinction

Titre II - Applications

Chapitre I - Mécanisme à vocation générale : la garantie professionnelle du risque de crédit

Chapitre II - Mécanismes à vocation particulière

Conclusion générale

INTRODUCTION GÉNÉRALE

> « Législateurs, les hommes ne traitent ensemble que dans l'espoir légitime que leurs engagements respectifs seront exécutés ; et toute transaction serait bientôt suspendue si une confiance mutuelle ne rapprochait pas les citoyens pour leur commun intérêt. Celui qui ne nous inspire pas cette confiance sera-t-il donc absolument exclu de l'avantage de contracter avec nous ? Non, législateurs, la garantie qu'il ne nous offre pas, nous pouvons la recevoir d'un autre qui, le connaissant mieux peut-être, ou par tout autre motif, consent à s'engager pour lui ».
>
> J.-B. TREILHARD, *Présentation au Corps Législatif du titre V du livre III du projet de Code civil*, le 3 février 1804, *in* P.-A. FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, 1836, t. 15, p. 37.

1. Confiance et nouvelles formes de sûretés personnelles – Créer un climat de confiance propice aux échanges économiques, entre opérateurs disposant d'une information imparfaite, est un objectif aussi fondamental que difficile à atteindre. Le constat dressé en 1804 n'a rien perdu de sa force, bien au contraire. La grave crise financière ayant débuté en 2007, et qui a culminé à la fin de l'année 2008, à la suite de la faillite de la banque *Lehman Brothers*, produit toujours ses effets à l'heure actuelle[1]. Une ère de la défiance et du soupçon s'est ouverte, provoquant un net ralentissement des opérations de crédit[2].

Si le pire a sans doute été évité, c'est entre autres parce qu'on a suivi le conseil de Treilhard. L'arsenal mis en place pour restaurer la confiance comprenait en effet, outre la mise en place d'importants plans d'aide au secteur financier[3], et

---

[1] Ces événements ont été comparés à ceux de 1929 : V. par ex. D. COHEN, *La prospérité du vice. Une introduction inquiète à l'économie*, Albin Michel, 2009, p. 256 s. ; B. EICHENGREEN et K. H. O'ROURKE, « A Tale of Two Depressions », article consultable sur www.voxeu.org ; J. E. STIGLITZ, *Le triomphe de la cupidité*, éd. Les Liens qui Libèrent, 2010. Le nombre de chômeurs a augmenté, à l'échelle de la planète de 34 millions (*Global employment trends*, rapport de l'Organisation Internationale du Travail, janvier 2010, p. 9, téléchargeable sur www.ilo.org). D'après l'Organisation des Nations Unies, entre 47 et 84 millions de personnes dans le monde sont restées pauvres ou sont tombées dans l'extrême pauvreté en raison de la crise (*Situation et perspectives de l'économie mondiale, 2010, Résumé*, p. 4, téléchargeable sur www.un.org).

[2] En France, le crédit au secteur privé non financier a vu son taux de croissance annuel passer de plus de 12 % début 2008 à environ 1 % fin 2009 (*Le crédit au secteur privé en France*, Chiffres Banque de France, consultables sur www.banque-france.fr, rubrique « statistiques et enquêtes »).

[3] Les États-Unis, pays dont on ne peut pas dire qu'il se distingue par une tradition d'interventionnisme économique, ont procédé aux nationalisations de Fannie Mae et Freddie Mac, renfloué massivement la société AIG, et voté un plan de « sauvetage des actifs à problèmes » (*Troubled Asset Relief Program*) de

d'une politique monétaire très accommodante[4], le recours à des garantie personnelles. Tout d'abord, une garantie des prêts interbancaires par les États, pour que reprenne la circulation de monnaie entre les composantes du système financier[5]. Ensuite, un renforcement de la garantie des dépôts bancaires, pour éviter un phénomène de « ruée sur les guichets ». Cette dernière est assumée, en France, par le Fonds de garantie des dépôts, personne morale de droit privé[6], dont le rôle est, selon le Code monétaire et financier, « d'indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts ou autres fonds remboursables »[7]. Il a ainsi été décidé que le plafond d'indemnisation serait augmenté[8].

L'intervention des États et des fonds de garantie a été comparée à une forme d'assurance[9]. Il est certain, en tout cas, que les textes régissant le Fonds français n'évoquent pas un cautionnement : il n'est pas question de se substituer au débiteur principal – la banque –, mais bien d'indemniser ses créanciers – les déposants. Or, si l'on en croit une partie de la doctrine contemporaine, un tel type d'engagement n'est nullement l'apanage des autorités publiques ou des fonds de garantie. Une nouvelle variété de sûretés personnelles devrait prendre place en droit français, et pourrait servir à conforter tout type de créance : les « garanties indemnitaires ». Elles constitueraient ainsi une alternative au cautionnement, dont de nombreuses études menées depuis trente ans laissent penser qu'il est en grande difficulté.

2. Les atteintes persistantes à l'efficacité du cautionnement – Jusqu'alors, l'engagement de caution, dont l'article 2288 du Code civil dispose qu'il est celui par lequel le garant « se soumet envers le créancier à satisfaire à [l'obligation principale], si le débiteur n'y satisfait pas lui-même », semblait combler les attentes de la pratique. À la simplicité apparente du concept – le garant est débiteur d'une obligation identique à celle du débiteur principal – répondait une

700 milliards de dollars sous la présidence de M. Bush, qui fut suivi d'autres mesures sous la présidence de M. Obama (J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, p. 76).

[4] La Réserve Fédérale Américaine est passée d'un taux directeur de 5,25 % en septembre 2007 à une fourchette comprise entre 0 et 0,25 % en décembre 2008 ; la BCE a diminué son principal taux de refinancement de 4,25 à 1,25 % en avril 2009 (J.-C. BRICONGNE, « Face à la crise financière, les banques centrales et les États sont intervenus massivement », *L'économie française, comptes et dossiers, édition 2009*, CD-ROM réalisé en partenariat par le journal Le Monde et l'INSEE, p. 16).

[5] V. par ex. la déclaration finale du sommet des pays de la zone Euro, le 12 octobre 2008, consultable sur http://europa.eu.

[6] Art. L. 312-9 CMF.

[7] Art. L. 312-4 CMF.

[8] En effet, le règlement intérieur du fonds (consultable sur www.garantiedesdepots.fr) prévoit pour l'instant que la garantie est plafonnée à 70 000 euros, mais une directive n° 2009/14/CE du Parlement européen et du Conseil a décidé de relever le niveau de garantie, pour l'ensemble des pays de l'Union, à la somme de 100 000 euros, à l'échéance du 31 décembre 2010. Le premier considérant de cette directive expose qu'il s'agit de « rétablir la confiance dans le secteur financier ».

[9] Aux États-Unis, le nom même du fonds de garantie, la *Federal Deposit Insurance Corporation,* évoque l'assurance (V. J. E. STIGLITZ, *op. cit.*, p. 151 s.). En France, un amendement n° I-48 à la loi de finances 2010, déposé par MM. CARREZ, Rapporteur général au nom de la Commission des finances de l'Assemblée Nationale, et MIGAUD, Président de cette Commission, prévoyait une taxe exceptionnelle du secteur bancaire pour les motifs suivants : « L'État ayant joué le rôle **d'assureur de dernier ressort** au cours de la crise bancaire de l'automne 2009, il est normal qu'il reçoive la contrepartie de cette couverture exceptionnelle en faveur de l'intérêt général » (souligné par nous). Cet amendement avait dans un premier temps été adopté par l'Assemblée. Une nouvelle délibération est intervenue, un député ayant affirmé s'être « trompé » dans son vote (V. la dépêche AFP du 26 oct. 2009). L'amendement fut alors rejeté.

simplicité de régime – un caractère « accessoire » que la doctrine présente comme « une interconnexion étroite et de tous les instants entre l'obligation du débiteur et celle de la caution »[10].

La soutenance, au début des années 1980, d'une thèse consacrée aux « sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé »[11] était pourtant un signe qui ne trompait pas : le climat était en train de changer. La position du cautionnement s'affaiblit si rapidement que, quelques années après, il était déjà décrit comme « une institution en danger »[12], et que l'on se mettait à rechercher des « solutions de substitution »[13]. Depuis, le constat de ce que cette sûreté est « en crise » est devenu si répandu qu'il n'est pas nécessaire d'y revenir longuement[14]. Deux séries de considérations peuvent rebuter les créanciers, qu'il convient de distinguer.

Tout d'abord, celles qui tiennent à la nature même du cautionnement : le garant s'engageant de manière accessoire à l'obligation principale, il ne peut être tenu plus durement et, en principe, son engagement est du même type que celui du débiteur principal : payer s'il doit payer, faire la même chose que lui s'il doit faire, etc.[15]

Ensuite, les considérations qui peuvent être qualifiées de circonstancielles : durant les dernières décennies, de nombreuses mesures adoucissant le sort des cautions ont été adoptées, qui ne doivent rien au caractère accessoire, mais relèvent de faveurs consenties par le législateur. Cela n'a, à vrai dire, rien de surprenant. L'histoire du cautionnement, ainsi qu'il a été souvent relevé, est celle d'une tension permanente entre les intérêts du garant et ceux du créancier ; l'opinion publique ou le pouvoir politique considèrent, tour à tour, que l'on est trop sévère avec les cautions, puis que l'on se préoccupe bien peu des intérêts des créanciers : le balancier oscille d'un côté, puis de l'autre[16]. Cette alternance de cycles se retrouve bien évidemment dans d'autres branches du droit, chaque fois qu'il existe une tension entre deux valeurs ou deux intérêts concurrents[17]. Les réformes de ces dernières années vont dans un sens très clair, favorable aux cautions[18].

À cette crise d'efficacité, désormais bien connue, s'ajoute un phénomène plus récent : une crise d'identité.

---

[10] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6e édition, 2012, n° 47.

[11] P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse Dijon, 1982.

[12] J. TERRAY, « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP G*, 1987, II, 3295.

[13] P. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP G*, 1990, I, 3247.

[14] V. par ex. M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, LGDJ, 2006, n° 1 ; F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. P. SIMLER, LGDJ, 1998, Bibliothèque de droit privé, t. 294, n° 4.

[15] Cette question fait toutefois l'objet d'une controverse : V. *infra*, n° 243 s.

[16] L. AYNÈS et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 7e édition, 2013, n° 103 ; M. BOURASSIN, *loc. cit.* ; P. SIMLER, *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, Litec, 4e édition, 2008, n° 4.

[17] Le droit pénal, pour prendre ce seul exemple, alterne ainsi, au fil du temps, entre « sévérité de la répression » et « considération du délinquant » (J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, 18e éd., Cujas, 2008, n° 113).

[18] Ces mesures seront décrites au cours de l'étude, not. *infra*, n° 173 s.

3. Les atteintes nouvelles à l'identité du cautionnement – Contestée comme insuffisamment efficace et rigoureuse, la sûreté personnelle de référence est aujourd'hui prise en tenaille par l'ouverture d'un nouveau front. La Cour de cassation a en effet décidé de remettre en cause, pour des raisons qui restent difficiles à saisir, un élément qui participe de l'essence même de cette garantie : son caractère accessoire. L'article 2290 alinéa premier du Code civil résume cette idée maîtresse : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ». Ce principe clair semblait toutefois contrarié par l'article 2313 alinéa 2 du même Code, selon lequel : « [La caution] ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur ». Dès les premiers interprètes du Code civil, la doctrine arbitra ce conflit en faveur de la première disposition, en interprétant la seconde d'une manière si restrictive qu'elle aboutissait quasiment à l'effacer : la caution doit pouvoir opposer toutes les exceptions, qu'elles soient inhérentes à la dette ou personnelles au débiteur principal. Quant à la jurisprudence, elle préféra malmener les qualifications plutôt que les textes, en qualifiant toute exception rencontrée d'inhérente à la dette.

Le caractère accessoire triompha donc sans discussion durant plus de deux siècles. Jusqu'à un arrêt du 8 juin 2007, rendu par une Chambre mixte de la Cour de cassation, qui décida que le dol dont avait été victime le débiteur principal était bien une exception personnelle[19]. Puisque la Cour mettait fin à sa politique de distorsion des qualifications et que, contrairement à la doctrine, elle n'était pas décidée à détourner son regard de la règle énoncée à l'article 2313 alinéa 2, la conséquence était inévitable : la caution ne put se prévaloir de la nullité relative du contrat principal ; le débiteur principal, disparu depuis, à l'issue d'une procédure de liquidation, ne pouvait rien faire pour elle ; il fallait payer le créancier, qui n'avait pourtant obtenu la conclusion de cette convention que grâce à des manœuvres.

Certains feront peut-être valoir que, en privant la caution d'une partie des exceptions dont elle jouissait jusqu'à présent, la Cour de cassation a durci le régime de la sûreté. N'est-ce pas précisément ce qui était réclamé ? La réponse est certainement négative. Car le principal effet de cette jurisprudence est d'ouvrir une période d'incertitude en ce qui concerne les effets précis d'un cautionnement. Un éminent spécialiste semblait tout à coup ne plus reconnaître l'institution, se demandant : « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? »[20]. Le caractère accessoire, ou plutôt une certaine forme d'accessoire particulièrement vigoureuse, était pourtant son principe même de fonctionnement. Dans ces conditions, est-il encore possible de susciter la confiance ?

4. Qu'est-ce que la confiance ? – La fable d'Ésope, « Le renard et le bouc », dont La Fontaine a donné ensuite sa propre version, illustre à merveille l'importance de la confiance. Ces deux animaux se trouvent au fond d'un puits. Si le bouc prend appui sur le mur et tend ses cornes, le renard lui explique qu'il pourra

[19] Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, pourvoi n° 03-15602 : *Bull. ch. mixte*, n° 5 ; *JCP G*, 2007, II, 10138, note P. SIMLER ; *JCP N*, 2007, p. 1226, note S. PIEDELIÈVRE ; *D.*, 2007, p. 1782, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.*, 2007, p. 2201, note D. HOUTCIEFF ; *RDBF*, juill.-août 2007, n° 145, obs. A. CERLES ; *RTD. com.*, 2007, p. 585, obs. D. LEGEAIS ; *RDC*, avr. 2007, p. 1226, obs. D. HOUTCIEFF ; *RDC*, 2008, p. 702, obs. C. GRIMALDI ; *RTD. civ.*, 2008, p. 331; obs. P. CROCQ ; *CCC*, nov. 2007, p. 17, note L. LEVENEUR. Sur cet arrêt, V. *infra*, n° 577 s.

[20] P. SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », *in Mélanges Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 497

s'appuyer sur lui pour sortir ; après quoi, il lui prêtera main-forte – ou patte-forte ? – à son tour. Le bouc accorde sa confiance au renard, qui la trahit : il s'en va sans se préoccuper de son sauveur. Le bouc était trop naïf, diront certains. Mais si aucun des deux animaux ne prend de risque, ils restent tous les deux au fond du puits, pour leur plus grand malheur[21]. De même, si les agents économiques n'ont pas confiance les uns dans les autres, il n'y aura aucune transaction à crédit. Dans ces conditions, tout le monde perd.

Une analyse célèbre de la confiance y voit « un mécanisme de réduction de la complexité sociale »[22]. Un agent doit prendre une décision, mais il ne maîtrise pas tous les paramètres lui permettant de déterminer à l'avance, avec certitude, si l'action qu'il projette sera couronnée de succès. Il va considérer que l'information dont il dispose lui suffit pour accorder sa confiance à l'autre partie de manière raisonnable. La confiance est donc un mélange « de savoir et de non-savoir »[23]. Un opérateur économique qui n'a plus confiance en ses partenaires potentiels attendra de disposer sur eux d'une information complète, ce qui sera souvent long et difficile – donc coûteux – voire impossible[24].

Une bonne garantie personnelle doit agir comme une courroie transmettant la confiance qu'inspire le garant au débiteur principal. Le résultat diminue l'incertitude du créancier, la quantité de « non-savoir » devient suffisamment faible pour être négligée. Le cautionnement actuel remplit mal cette fonction. Il est aujourd'hui difficile d'identifier les contours précis du mécanisme, et la caution peut user de divers moyens pour retarder ou refuser son paiement. Il est par exemple devenu possible d'exciper de quelques fautes dans les mentions manuscrites que toute caution personne physique doit recopier, à la main, lorsqu'elle s'engage envers un créancier professionnel, pour échapper à son engagement[25]. Lorsque le renard peut quitter le puits en laissant mourir le bouc, la confiance disparaît. Il est alors nécessaire de réagir.

5. Les réactions envisageables – Face à la perte d'attractivité du cautionnement, les créanciers à la recherche de sécurité peuvent tout d'abord songer à se tourner vers les sûretés réelles. En 2003, un groupe de travail constitué autour de M. Michel Grimaldi a été constitué, qui élabora un avant-projet de réforme de l'ensemble du droit des sûretés[26]. Le Gouvernement fut cependant habilité à réformer par voie d'ordonnance le seul droit des sûretés réelles, la réforme du cautionnement étant considérée comme si sensible qu'elle méritait un véritable débat parlementaire ; moyennant quoi, elle n'a pas encore eu lieu, alors qu'elle eût été, on

[21] Pour une analyse de cette fable au regard des théories d'Adam Smith, de Saint Thomas d'Aquin, et de la théorie des jeux, V. S. ROBIN et B. RUFIEUX, « L'économiste au fond du puits : l'expérimentation de la confiance », *in La confiance. Approches économiques et sociologiques*, Gaëtan Morin éditeur, 1999, p. 75 s.

[22] N. LUHMANN, *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica, 2006.

[23] G. SIMMEL, *Sociologie. Études sur les formes de la socialisation*, PUF, 1999, p. 355. La confiance repose donc sur une part de raisonnement, de cognition, ce qui la distingue de la foi, un autre ressort qui permet d'agir malgré l'inconnu : G. ORIGGI, *Qu'est-ce que la confiance ?*, éd. Vrin, 2007, p. 11.

[24] E. MACKAAY et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2e éd., 2008, n° 1376 s.

[25] V. *infra*, n° 179.

[26] V. le rapport remis au Garde des sceaux en mars 2005, sur www.ladocumentationfrancaise.fr. *Adde* la présentation du rapport par le groupe de travail, *Dr. et Patr.*, sept. 2005, p. 49, not. M. GRIMALDI, « Orientations générales de la réforme », p. 50 et P. SIMLER, « Les sûretés personnelles », p. 55.

l'aura compris, fort bienvenue[27]. L'ordonnance du 23 mars 2006 modernisa et améliora fortement le droit des sûretés réelles, qui fut transféré, avec un droit du cautionnement resté inchangé, au sein d'un livre IV du Code civil[28]. La seule modification apportée par ce texte au droit des sûretés personnelles fut l'introduction, dans le Code, de deux figures issues de la pratique : les garanties autonomes et les lettres d'intention.

Par ailleurs, des textes ultérieurs décidèrent de la mise en place, en droit français, de la fiducie[29]. Cette technique, qui repose sur un transfert de propriété, peut être employée à plusieurs fins, et notamment comme sûreté réelle : « Il s'agit pour le débiteur de transférer la propriété d'un ou plusieurs de ses biens (ou droits) en garantie des avances ou des crédits qui lui sont consentis, le créancier prenant l'engagement de rétrocéder, dans la mesure de son remboursement, le ou les biens formant l'objet de la sûreté »[30].

Le nouveau panorama des sûretés réelles issu de ces réformes semble donc offrir des outils variés et modernes de garantie des créances. Dans ces conditions, pourquoi ne pas tout simplement délaisser les sûretés personnelles, au premier rang desquelles le cautionnement, au profit des sûretés réelles ? Les choses ne sont pas si simples. Ces deux types de garanties présentent des avantages et des inconvénients différents ; ils ne sont pas interchangeables, mais complémentaires[31]. Les sûretés réelles nécessitent un système de publicité, elles coûtent cher – cette deuxième faiblesse étant la conséquence directe de la première –, elles entraînent parfois – pas toujours – dépossession de la chose sur laquelle est concédé le droit réel accessoire, et il peut être difficile d'adapter le montant de la garantie au montant du crédit conforté.

Si le remède aux faiblesses du cautionnement ne peut se trouver entièrement dans le recours à des sûretés réelles, ne peut-il venir... du cautionnement lui-même ? Il s'agirait de sortir du cycle de clémence vis-à-vis des garants actuellement engagé, pour revenir à davantage de sévérité. Cette idée appelle deux remarques. La première est que, les mêmes causes entraînant les mêmes effets que par le passé, la rigueur imposée à certains garants fragiles – notamment les cautions parentales, fraternelles, amicales – risque d'indisposer l'opinion, ce qui déclenchera un nouveau mouvement en sens inverse. Comment sortir de cette redoutable dialectique ? La réponse est certainement à chercher du côté des professionnels de la garantie. Lorsqu'ils sont amenés à payer, personne ne s'émeut de leur sort, et eux-mêmes n'ont aucune raison de se plaindre, puisqu'ils ont été rémunérés pour cela. Leur intervention croissante a donc un coût, mais elle semble aller dans le sens de

[27] P. SIMLER, « Une réforme à venir : la réforme du cautionnement », *in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, ss. la dir. d'Y. PICOD et P. CROCQ, EJT, coll. Droit et procédures, 2006, p. 41.

[28] Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés.

[29] Le texte fondateur, en la matière est une loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie. Des modifications sont intervenues ensuite, à l'occasion de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (art. 18), puis de l'ordonnance n° 2009-112 du 30 janvier 2009 portant diverses mesures relatives à la fiducie, qui fut elle-même ratifiée par une loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures (art. 138). La fiducie est régie par les articles 2011 et suivants du Code civil.

[30] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 665. V. les travaux fondateurs de C. WITZ, *La fiducie en droit privé français*, préf. D. SCHMIDT, Economica, 1981, spéc. p. 137 s.

[31] V. par ex. la comparaison « sûretés personnelles *versus* sûretés réelles » chez M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *Droit des sûretés*, Dalloz, coll. Sirey Université, 2e éd., 2010, n° 34 s.

l'histoire, ainsi que l'étude le soulignera. La deuxième remarque est que l'on aura beau durcir le cautionnement, il restera toujours un cautionnement. Il ne sera donc jamais possible de pousser très loin sa rigueur. Surtout, si le garant veut s'engager d'une manière radicalement différente du débiteur principal – pas seulement du point de vue de la quantité ou de la rigueur, mais dans le type même d'obligation qu'il contracte – cela n'est pas possible : une caution accède à l'obligation même du débiteur principal.

S'en tenir au cautionnement, c'est donc accepter une certaine pauvreté dans les manières de s'engager proposées aux garants personnels. Praticiens et auteurs n'y étaient pas résolus, et ont proposé différentes alternatives, qui connaissent des destins divers. Les garanties indemnitaires en font partie.

6. Les sûretés personnelles alternatives – Bon nombre des sûretés personnelles candidates à une introduction en droit français viennent d'ailleurs, que ce soit dans l'espace ou dans le temps.

Certaines s'inspirent, tout d'abord, des pratiques du commerce international. C'est le cas de la garantie autonome, engagement de payer une somme abstraitement définie, sans qu'il soit possible de se référer en aucune manière à l'état d'exécution du contrat principal pour refuser de payer : le bénéficiaire n'a qu'à formuler sa demande pour être payé, ou il doit la justifier, mais sans que la motivation puisse être contrôlée par le garant, ou bien encore il n'a qu'un document à présenter pour recevoir la somme convenue[32]. Destinée à remplacer les dépôts de garantie dans les marchés de travaux internationaux, cette sûreté a été peu à peu admise en droit français, jusqu'à sa consécration récente au sein du Code civil. Le processus causa cependant quelques grincements de dents, notamment lorsqu'il fut question de stipuler des garanties autonomes en droit interne, à la place de cautionnements classiques : sa rigueur avait alors de quoi effrayer. La garantie autonome bouscula les repères traditionnels du droit français des garanties personnelles. Elle est à l'origine de ce que l'on considère, aujourd'hui encore, comme une *summa divisio* de la discipline : les sûretés personnelles accessoires s'opposeraient aux sûretés personnelles autonomes.

La garantie appelée « cautionnement à première demande » vient d'ailleurs elle aussi, plus précisément d'Allemagne, où elle est régulièrement utilisée[33]. « Dérivée du cautionnement, elle occuperait une place intermédiaire entre cette sûreté et la garantie autonome. Il s'agit d'une sûreté accessoire, mais la caution à première demande, à la différence de la caution ordinaire, est privée du droit d'opposer les exceptions inhérentes à la dette avant le paiement. Elle retrouve ce droit après avoir désintéressé le créancier »[34]. Le cautionnement à première demande n'a pas connu la fortune des garanties autonomes. Situé à cheval sur les deux bords de la nouvelle *summa divisio*, que la doctrine a peiné à construire, il suscite une réaction de rejet. S'il était utilisé, les tribunaux chercheraient à le requalifier en garantie autonome ou en cautionnement, et opteraient certainement pour la seconde

[32] Les garanties autonomes seront évoquées plus longuement *infra*, spéc. n° 186 et 638.
[33] D. LEGEAIS, « Le cautionnement à première demande », *in Mélanges Vasseur*, Banque, 1991, p. 87 ; A. ROHMERT, « Le cautionnement à première demande en droit allemand, une sûreté hybride », *RD. banc. et bourse*, 1994, p. 122. *Adde* P. CROCQ, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », *in Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. 2, p. 317, n° 9.
[34] D. LEGEAIS, art. préc., p. 87.

solution, constatant la présence, dans le contrat de sûreté, de références à la dette principale et à la possibilité d'opposer des exceptions[35] – alors même que, selon les défenseurs du cautionnement à première demande, cette possibilité ne devrait être ouverte qu'après paiement.

Les alternatives au cautionnement furent recherchées ailleurs dans l'espace, mais aussi dans le temps. Un auteur partit ainsi à la redécouverte d'une sûreté connue du droit romain, et dont Pothier donnait encore, peu de temps avant le Code civil, la description détaillée : le constitut, défini comme « l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie »[36]. La proposition, pourtant solidement étayée, semble n'avoir pas été reprise par la pratique.

Enfin, les alternatives au cautionnement furent recherchées à l'intérieur même du droit français. La proposition semble étrange, puisqu'il ne connaissait, depuis le Code civil, qu'une seule variété de sûreté personnelle. C'est que les procédés dont il est question sont issus du droit des obligations. Il s'avère « que les vieilles recettes du Code civil sont susceptibles d'accommodements nouveaux qui ne manquent pas de saveur »[37]. Ainsi, la solidarité passive qui, stipulée entre plusieurs débiteurs, permet de réclamer la totalité de la dette à n'importe lequel d'entre eux – à charge pour lui d'exercer ensuite des recours pour ne supporter définitivement que sa juste part –, peut-elle produire un effet de sûreté : il suffit de stipuler qu'une personne, pourtant non intéressée à la dette, en est solidairement débitrice. Quant à la délégation, elle est utilisée le plus souvent par une personne qui adresse l'un de ses débiteurs à l'un de ses créanciers ; si le contraire n'est expressément stipulé, le délégant reste tenu aux côtés du délégué. Le délégataire bénéficie alors d'un débiteur supplémentaire. On a imaginé, ici encore, que le débiteur supplémentaire pourrait entrer dans le rapport obligatoire uniquement aux fins de garantie, alors même qu'il n'était pas véritablement un débiteur préalable du délégant[38]. Ces deux « détournements » du droit des obligations au profit du droit des sûretés sont véritablement utilisés par la pratique. Toutefois, ils ne constituent pas la « troisième voie », originale, que certains aimeraient emprunter, une véritable alternative aux deux grands champions que sont le cautionnement – trop fragile – et les garanties autonomes – trop sévères.

Une autre proposition doctrinale reste cependant à décrire, qui se nourrit de toutes les sources d'inspiration précédemment évoquées, simultanément : il est fait appel au droit commun des obligations, à l'histoire du droit civil, et au droit comparé. Cette proposition a pour nom « garanties indemnitaires ». Il convient, pour commencer, de définir les deux concepts auxquels leur dénomination renvoie.

7. Notion de garantie – Consulter le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant permet de prendre immédiatement conscience de la variété des sens du terme « garantie ». Il s'agit d'un « […] terme générique doté d'un sens d'évocation employé seul et chargé de sens de précision associé à

[35] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 288.
[36] F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, thèse préc. V. *infra*, n° 307 s.
[37] P. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », art. préc., n° 14.
[38] Solidarité passive et délégation, utilisées comme sûretés, seront étudiées plus longuement *infra*, n° 639 s.

d'autres »[39]. Derrière un terme unique se cacherait donc une pluralité de significations, en fonction du contexte. Citons quelques-unes de ces utilisations particulières du mot « garantie ».

« Garantie » pourrait, lit-on, être synonyme de « sûreté » ; mais cette affirmation est aussitôt corrigée : « une sûreté n'est qu'une espèce de garantie »[40]. Il est en effet fréquemment affirmé que le concept de garantie serait plus large que celui de sûreté. Un auteur a par exemple proposé de définir la sûreté comme « l'affectation à la satisfaction du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine, par l'adjonction aux droits résultant normalement pour lui du contrat de base, d'un droit d'agir, accessoire de son droit de créance, qui améliore sa situation juridique en remédiant aux insuffisances de son droit de gage général, sans être pour autant une source de profit, et dont la mise en œuvre satisfait le créancier en éteignant la créance en tout ou partie, directement ou indirectement »[41], alors que les garanties de paiement seraient « des avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'exécution »[42]. À une définition très précise, technique, et donc sélective, s'opposerait un ensemble plus large de mécanismes rapprochés par leur seule finalité. Cependant, force est de constater que de nombreux auteurs retiennent une définition large et fonctionnelle du concept de sûreté[43], ce qui les conduit à rejeter la distinction, tacitement ou expressément. Cette position doit être retenue, car une distinction n'a d'intérêt que si elle constitue le point d'appui d'une application différenciée de deux régimes juridiques, ce qui ne semble pas être le cas, en droit positif, des sûretés et des garanties.

Le terme « garantie » sert également à désigner une « obligation accessoire qui naît de certains contrats (vente, bail, entreprise, etc.) à la charge d'une partie et qui renforce la position de l'autre lorsqu'en cours d'exécution celle-ci n'obtient pas les satisfactions qu'elle était en droit d'attendre »[44]. La garantie des vices cachés permet ainsi à l'acheteur auquel on aurait cédé une chose impropre à son usage de restituer la chose et d'obtenir remboursement, ou de réclamer une indemnité.

La garantie, c'est encore « l'étendue de la couverture d'un risque par l'assureur »[45]. On dit ainsi d'un assuré qu'il est « garanti » contre le vol, d'un assureur qu'il refuse « sa garantie » pour déclaration incorrecte du risque, que « la garantie » est plafonnée à 5000 euros.

Il faut d'ailleurs remarquer que, pris dans leur sens le plus général, « garantie » et « assurance » s'utilisent presque indifféremment. Obtenir « la garantie » ou « l'assurance » de quelque chose sont deux formules équivalentes[46].

Précisément, s'il fallait rechercher un sens le plus général possible au mot « garantie », quel serait-il ? Y a-t-il une substance commune à toutes les applications

---

[39] *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, PUF, 9e édition, 2011, V° « Garantie », sens numéro I, 1.
[40] *Ibid.*, sens I, 2.
[41] P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1995, n° 282.
[42] *Ibid.*, n° 287.
[43] Par ex. M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 11. ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 9
[44] *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *loc. cit.*, sens I, 3.
[45] *Ibid.*, sens I, 5.
[46] *Dictionnaire Larousse en ligne*, V° « *Garantie* » : « Ce qui est l'assurance, le gage de quelque chose d'autre ». Le dictionnaire est consultable sur www.larousse.fr.

spéciales qui ont été citées ? Le Vocabulaire juridique propose : « Au sens large, tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire »[47]. Du Dictionnaire de l'Académie Française, on retiendra ces idées maîtresses : la garantie « atteste, certifie la qualité, la réalité de quelque chose » et elle « protège, préserve », mais elle peut aussi prendre la forme d'un « dédommagement »[48]. Elle peut donc agir de manière préventive ou curative.

La conception retenue par le Vocabulaire juridique semble encore trop étroite : elle se limite naturellement aux manifestations de l'idée générale de garantie dans le domaine du droit. Lorsqu'un homme politique « garantit » à son auditoire que, s'il est élu, il prendra telle mesure dans les deux mois, sa garantie ne prémunit pas contre une perte pécuniaire. Une personne qui, lors d'une discussion, « garantit » à un ami que, s'il regarde tel film qui passe à la télévision le soir même, il s'amusera beaucoup, ne le protège pas non plus contre une perte pécuniaire. Dans ces deux exemples, un procédé est mis en place pour inciter une personne à adopter un comportement dont elle pourrait craindre qu'il n'aboutisse à un résultat décevant – croire la promesse, regarder le film conseillé. Ce procédé consiste, dans ces deux espèces, à engager sa réputation, sa crédibilité. La personne à laquelle est accordée une garantie sera rassurée sur la situation qui l'attend, malgré la part d'incertitude qu'elle contient.

Cela renvoie très directement à une notion déjà abordée : celle de confiance. La garantie pourrait alors être définie comme « un procédé visant à augmenter la confiance d'une personne dans l'issue favorable d'une situation à venir ». Ce procédé peut être préventif : ainsi, celui qui acquiert un bijou revêtu du poinçon de l'État sait que cette procédure de contrôle rend quasiment impossible le constat, quelques temps plus tard, que le titre du métal précieux se révèle être faux[49]. Il peut également être curatif : celui qui est assuré contre un certain risque sait que cela ne l'empêchera pas d'advenir, mais que les conséquences néfastes de l'événement redoutées seront diminuées, voire supprimées par la garantie dont il bénéficie. Les deux aspects peuvent encore être liés : le vendeur d'un bien qui doit assumer une garantie des vices cachés sera incité, s'il ne veut pas être obligé de le reprendre ou de verser une indemnité, à vérifier sa qualité. L'aspect curatif entraîne l'aspect préventif.

Les garanties qui nous intéressent étant qualifiées d'« indemnitaires », il faut encore rappeler ce qu'est une indemnité.

8. Notion d'indemnité – Une indemnité est une « somme d'argent destinée à dédommager une victime, à réparer le préjudice qu'elle a subi (du fait d'un délit ou de l'exécution d'un contrat) par attribution d'une valeur équivalente qui apparaît tout à la fois comme la réparation d'un dommage et la sanction d'une responsabilité. Plus généralement, somme d'argent destinée à compenser toute espèce de dommage [...] »[50].

---

[47] *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *loc. cit.*, sens I, 1.

[48] *Dictionnaire de l'Académie Française*, 9e édition, consultable sur www.academie-francaise.fr/dictionnaire/.

[49] Cette « garantie des matières d'or, d'argent et de platine » est prévue aux articles 512 s. du Code général des impôts.

[50] *Ibid.*, V° « Indemnité », sens n° 1 et 2.

Une telle définition permet d'écarter d'emblée les rémunérations et substituts de rémunérations qui prennent le nom d'« indemnités » : « indemnité de congés payés », « indemnité parlementaire » par exemple.

Celui qui indemnise répare un dommage. Il peut y être contraint, tout d'abord, par les règles de la responsabilité civile, contractuelle ou délictuelle. Mais si un assureur, ou la Sécurité Sociale, est amené à verser une indemnité, ce sera en vertu d'une mission qu'il avait accepté d'assumer. Il est tentant, dans un premier mouvement, d'opposer ces dernières indemnités comme étant des prestations, aux indemnités issues de la responsabilité civile, qui auraient un caractère de sanction – le mot est utilisé par le Vocabulaire juridique. Il faut toutefois avoir à l'esprit l'évolution récente de certaines hypothèses de responsabilité civile délictuelle, qui se détachent de plus en plus du concept de faute, et donc de sanction : par exemple, la responsabilité des parents du faits de leurs enfants mineurs[51]. Il peut être alors préférable de parler d'indemnisation assumée – en acceptant de couvrir un risque, un assureur accepte *ab initio* l'idée d'avoir à indemniser son assuré, même si cela n'est qu'une éventualité – par opposition à une indemnisation subie, contrainte, qui n'est versée qu'en application des règles de la responsabilité civile.

Les définitions respectives de la garantie et de l'indemnité permettent-elles de comprendre, à elles seules, ce que sont les « garanties indemnitaires » ?

9. Les « garanties indemnitaires » : première vue – Il était possible d'imaginer que la garantie indemnitaire était celle qui, parmi tous les moyens envisageables pour susciter la confiance chez un sujet, avait recours à une éventuelle indemnisation. Cette acception très large conduirait à inclure, par exemple, la garantie des vices cachés par le vendeur, ou encore toutes les assurances de choses. Ce n'est pourtant pas de cela qu'il s'agit. Les garanties indemnitaires ont vocation à créer la confiance dans ce domaine précis qu'est le crédit ; elles sont des sûretés personnelles. Il s'agit donc d'une proposition d'alternative au cautionnement, qui doit son nom au premier auteur l'ayant formulée : M. Pascal Ancel. Cette dénomination est une référence aux mécanismes étrangers dont il s'est inspiré : le « Garantievertrag » du droit allemand – ainsi que du droit suisse germanophone, les francophones traduisant par « contrat de garantie » –, et le « contract of indemnity » (contrat d'indemnité) du droit anglais[52].

À ce stade, il n'est pas possible de définir simplement ce que seraient les garanties indemnitaires en droit français, car la question est controversée, et constituera sans doute la partie la plus difficile de l'étude. Mais l'on peut d'ores et déjà en donner un premier aperçu.

Dans les droits étrangers dont s'inspire M. Ancel, une personne va s'engager à indemniser un bénéficiaire, pour le cas où un événement redouté se produirait, ou pour celui où un événement favorable attendu ne se produirait pas[53]. Une telle définition se rapproche du sens que l'on aurait naturellement donné à l'expression « garantie indemnitaire », puisqu'il s'agit très largement de donner confiance grâce à la perspective d'une indemnisation éventuelle. Mais ce qui intéresse

[51] Cette tendance de la responsabilité civile délictuelle sera étudiée *infra*, n° 391 s. Par ailleurs, un mouvement doctrinal souhaite que la responsabilité civile contractuelle, plus encore que la précédente, prenne ses distances avec le concept de faute : V. *infra*, n° 252 s.
[52] P. ANCEL, thèse préc., n° 31.
[53] V. not. l'exemple du droit suisse développé i*nfra*, spéc. n° 283 s.

particulièrement M. Ancel, c'est qu'une application spéciale de cette figure générale consiste à contracter, auprès d'un créancier, l'engagement qu'on l'indemnisera si son principal débiteur devait ne pas exécuter correctement ses obligations. L'alternative au cautionnement se dessine : plutôt que de prendre l'engagement de se substituer au débiteur principal, pour exécuter son obligation s'il ne le fait lui-même, le garant s'engage à indemniser le créancier du préjudice subi.

10. Accueil au sein du droit français – Est-il possible d'accueillir un tel dispositif en droit français ? Le droit suisse le fonde sur l'article 111 de son Code des obligations, qui correspond au mécanisme appelé porte-fort. Or, le droit français connaît lui aussi le porte-fort, qui figure à l'article 1120 du Code civil : pourquoi ne pas y voir le terreau dans lequel pourrait croître une garantie indemnitaire à la française, se demande M. Ancel[54] ? Le porte-fort, dit-il, est la promesse faite par une personne qu'un tiers accomplira une action donnée. Depuis plusieurs siècles, en France, on l'utilise de la manière suivante : un représentant signe un contrat au nom d'autrui, alors même qu'il n'en a pas le pouvoir, mais il promet que ce prétendu représenté viendra ultérieurement régulariser l'engagement – on parle de « porte-fort de ratification ». Pourquoi ne pas promettre qu'un débiteur exécutera correctement ses engagements, ce qui constituerait un « porte-fort d'exécution » ? Si la promesse n'est pas tenue, la sanction sera celle que l'on associe classiquement au porte-fort de droit français : il y a violation d'un contrat, donc responsabilité contractuelle, ce qui doit entraîner l'indemnisation du préjudice causé. Remarquons immédiatement le glissement qui s'est produit : dans les droits étrangers, pour reprendre une typologie esquissée précédemment, l'indemnisation était assumée *ab initio* ; en droit français, elle est subie, imposée après un manquement à la parole donnée. Ce n'est pas tout à fait de la même manière que ces garanties sont indemnitaires.

Les bases conceptuelles étaient alors posées pour qu'un élargissement des figures envisageables soit proposé. Car s'il est question de garanties indemnitaires au pluriel, c'est qu'il s'agit d'une famille d'engagements susceptible d'enrichir la variété du droit des sûretés français. Interviennent ici les lettres d'intention. Comme les garanties autonomes, elles sont le fruit de la pratique internationale des affaires. Il s'agit le plus souvent, dans une première approche, d'un document adressé par une société mère au créancier de l'une de ses filiales, dans lequel elle expose quelles sont les mesures qu'elle entend prendre pour augmenter la confiance que suscite la filiale. Certains des engagements rencontrés en pratique ne pouvaient, à l'évidence, être assimilés à des cautionnements : ainsi la promesse de surveiller la gestion de la filiale, ou de souscrire à une augmentation de capital. Que se passe-t-il si une telle promesse n'est pas tenue ? Il y aura alors mise en jeu de la responsabilité contractuelle du promettant, et indemnisation du préjudice par lui causé. N'est-ce pas précisément le même schéma que le porte-fort d'exécution ?

Les garanties indemnitaires, à ce stade, apparaissent donc comme une variété d'engagements destinés à rassurer un créancier par le jeu d'une promesse qui, si elle est violée, pourra entraîner le versement au bénéficiaire d'une indemnité, conformément aux règles de la responsabilité civile contractuelle.

Aurait-on enfin identifié la « troisième voie » qui, aux côtés du cautionnement et des garanties autonomes, offrira au droit français des sûretés

[54] P. ANCEL, thèse préc., n° 51 s.

personnelles la diversité et la souplesse qu'il réclame ? La prudence est toutefois de mise.

11. Innovation contre stabilité – Le droit des sûretés est par excellence le droit de la confiance. Cette confiance implique une sécurité juridique de haut niveau, qui risque d'être mise à mal par l'introduction trop fréquente de nouveaux concepts.

À chaque fois qu'une greffe est tentée, le système immunitaire du droit des sûretés réagit. Les globules blancs ont ici pour nom textes d'ordre public, requalifications par la Cour de cassation : ils tentent de juguler l'imagination parfois foisonnante de la pratique et des auteurs[55]. Si les garanties autonomes ont fini par être intégrées à notre ordre juridique, faisant même une entrée remarquée dans le Code civil, ce ne fut pas sans heurts ni soubresauts, voire sans dommage pour l'institution elle-même[56].

Ne risque-t-on pas de formuler « la proposition de trop ? ». Même si la vigueur de ces mécanismes en droit positif est très inégale, le justiciable et même le juriste étranger, voire le juriste français non spécialiste des sûretés, risquent d'avoir bien du mal à comprendre pour quelle figure il faut opter entre les diverses variétés de cautionnement, les différentes garanties autonomes, le constitut, la délégation-sûreté, l'engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette, et une garantie indemnitaire. Pour reprendre la plaisante formule d'un auteur, peut-on se satisfaire de l'ajout d'une tourelle supplémentaire au château de Neuschwanstein au seul motif qu'elle respecte la symétrie générale[57] ?

Il y a pire : le risque qu'un praticien suive la suggestion doctrinale mais que la Cour de cassation, quant à elle, ne soit pas convaincue, de sorte que les prévisions légitimes du justiciable soient déjouées. Ce risque semble même s'être déjà réalisé s'agissant d'une garantie indemnitaire, puisque le porte-fort d'exécution, contre toute attente, s'est vu accoler le régime juridique du cautionnement par la Chambre commerciale de la Haute juridiction[58].

Dans ces conditions, peut-être vaut-il mieux en rester là. Un cautionnement parfois considéré comme poussif, mais stable et bien connu, ne vaut-il pas mieux que des nouveautés hasardeuses ? Le mieux, dit-on, est l'ennemi du bien.

Pourtant, plusieurs raisons incitent à dépasser ces préventions.

12. Un contexte propice aux propositions – Tout d'abord, l'idée selon laquelle on risquerait de faire souffler une tempête autour de l'îlot de stabilité que serait le cautionnement est, à l'évidence, erronée. Il a été exposé que le cautionnement est dans la tourmente, victime d'une crise d'efficacité persistante,

---

[55] Sur ce sujet, V. not. N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, préf. S. PORCHY-SIMON, Dalloz, 2009, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 82.

[56] V. la manière dont les garanties autonomes peuvent être traitées en cas de procédure collective, en contradiction flagrante avec leur logique de fonctionnement : *infra*, n° 186.

[57] R. CABRILLAC, obs. sur. Cass. 3e civ., 16 nov. 2005, *D*., 2006, p. 971, à propos d'un nouveau raffinement ajouté à la jurisprudence relative aux chaînes de contrats.

[58] Cette solution, réitérée depuis, a été posée par Cass. com., 13 déc. 2005, pourvoi n° 03-19217 : *Bull. civ.*, IV, n° 256 ; *Bull. Joly Soc.* 2006, n° 4, § 95, note J.-F. BARBIÈRI ; *D*., 2006, A.J., p. 298, obs. X. DELPECH ; *JCP E*, 2006, n° 1342, note P. GROSSER ; *CCC*, avr. 2006, p. 14, note L. LEVENEUR ; *LPA*, 24 juin 2006, p. 17, note S. PRIGENT ; *Banque et Droit* 2006, n° 106, p. 60, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Defrénois*, 2006, p. 416, note É. SAVAUX ; *JCP G*, 2006, jur., n°10021, note P. SIMLER (2e espèce) ; *Dr. et Patr*., 2006, n° 152, p. 96, obs. L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK. V. *infra*, n° 223 s.

doublée depuis peu d'une crise d'identité. Lorsque la doctrine, presque unanime, et la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire, développent des visions radicalement divergentes de ce qu'est le caractère accessoire, la sécurité juridique a déjà disparu.

Ensuite, et cette remarque n'est pas sans lien avec la précédente, la réforme du cautionnement reste à faire. Il faut y ajouter celle, à une échéance sans doute plus proche, du droit des obligations[59]. L'ensemble des textes sur lesquels reposent les sûretés personnelles, droit spécial et droit commun, va donc faire l'objet d'une refonte dans les années à venir. Une telle conjonction est plus rare encore qu'un passage de la comète de Halley. C'est le moment ou jamais de formuler des propositions doctrinales, qui pourront influer sur les solutions retenues. La modification des textes est le moyen le plus transparent, le plus prévisible, le plus conforme à la sécurité juridique de modifier les grands équilibres d'une discipline. En matière de droit des sûretés, il est donc particulièrement adéquat, et nettement préférable au revirement de jurisprudence.

Enfin, est-il seulement envisageable de retenir comme un élément de l'éthique du chercheur en droit la nécessité, même au nom de la sécurité juridique, de renoncer à faire évoluer un domaine ? Ce serait un raisonnement à courte vue. Si les nouvelles propositions, qu'elles émanent de la doctrine ou de la pratique, peuvent sembler un instant ajouter à la complexité du droit, elles finiront par former un nouveau paysage qui pourra à son tour être organisé en grands principes et en grandes institutions. Le travail de la doctrine n'est donc pas un problème, mais au contraire une solution. Cette étude sera d'ailleurs l'occasion d'une réflexion sur le cautionnement lui-même, au sens étymologique du terme : il s'agira de s'échapper de ce mécanisme, pour mieux y revenir, et jeter sur lui un regard nouveau.

Les objections générales à l'élaboration de nouvelles propositions d'alternatives au cautionnement ayant été écartées, il faut souligner l'intérêt particulier des garanties indemnitaires dans cette perspective. La condamnation du porte-fort d'exécution par l'une des chambres de la Cour de cassation n'a globalement pas convaincu les commentateurs. Surtout, les garanties indemnitaires semblent constituer une piste privilégiée pour l'analyse des lettres d'intention, figures qui viennent d'être introduites dans le Code civil, et dont l'importance pratique n'est pas négligeable.

Malgré les richesses que semblent receler ce concept, et qui ne demandent qu'à être découvertes, les garanties indemnitaires n'ont fait l'objet que de très peu d'études approfondies[60].

Cette analyse mérite d'être conduite. De quelle manière ?

13. Méthodes d'analyse et plan – Ni le périmètre exact, ni surtout la nature juridique des garanties indemnitaires ne sont véritablement définis à l'heure

[59] V. l'avant-projet de réforme du droit des obligations élaboré par une commission dirigée par P. CATALA, rapport remis au Garde des sceaux le 22 septembre 2005, téléchargeable sur www.ladocumentationfrancaise.fr ; F. TERRÉ (ss. la dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009. Un projet de réforme fut également élaboré à la Chancellerie, dont une version a été dévoilée en juillet 2008 : V. par ex. A. GHOZI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.*, 2008, p. 2609.

[60] Depuis la thèse de P. ANCEL, les composantes de la famille des garanties indemnitaires ont fait l'objet de travaux importants, qui seront mentionnés au fur et à mesure. Cependant, la notion de garantie indemnitaire elle-même n'a fait l'objet que d'une étude approfondie : G. FERREIRA, *Les garanties indemnitaires*, thèse Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2002.

actuelle. De l'examen des deux figures toujours citées comme des membres de cette famille, le porte-fort d'exécution et les lettres d'intention, il faudra tirer une substance commune. Le rôle nouveau confié à l'article 1120 du Code civil, consacrant le porte-fort, doit être examiné à la lumière de l'histoire du droit civil : cela permettra peut-être d'éclairer le sens de cet texte ambigu[61]. Quant aux lettres d'intention, à présent régies par l'article 2322 du Code civil, leur diversité semble être le principal obstacle à leur examen : il sera nécessaire de la domestiquer par l'emploi d'une typologie suffisamment solide.

Le résultat de cette analyse du droit français devra ensuite être confronté au droit comparé. Pourquoi a-t-on recours, hors de nos frontières, à des garanties indemnitaires basées sur une indemnisation assumée, tandis qu'elles se fondent, en France, sur une indemnisation subie ? Ces deux conceptions sont-elles correctes, ou faut-il considérer que l'une d'entre elles constitue un égarement ?

En résumé, le travail consistera dans un premier temps à tenter de définir le concept de garantie indemnitaire. Mais l'étude révélera qu'il n'existe pas : ce que l'on présente aujourd'hui comme un ensemble homogène regroupe en réalité deux mécanismes nettement distincts, qui correspondent aux deux formes d'indemnisation précédemment identifiées. Le garant qui s'engage à adopter un certain comportement dispose réellement du pouvoir de tenir parole ; s'il ne le fait pas, la responsabilité civile contractuelle constitue une sanction adéquate, et aboutit à une indemnisation subie. En revanche, l'engagement qui consiste à rapporter, au bénéficiaire, la bonne exécution de sa créance, revient en vérité à couvrir un risque : dans ce cas, il faut y voir une mission indemnitaire assumée *ab initio*, dont la parenté avec l'assurance apparaîtra éclatante.

Dans un deuxième temps, il faudra se souvenir que le travail théorique n'avait pour but que de fournir aux opérateurs économiques de nouveaux outils au sein du droit français des sûretés personnelles. Comment les deux groupes de garanties indemnitaires préalablement identifiés peuvent-ils être utilisés en pratique ? Un régime juridique, le plus complet possible, devra être construit. Pour chacun des problèmes identifiés au fil du temps par le législateur, la jurisprudence et la doctrine en matière de cautionnement, il faudra se demander si les garanties indemnitaires appellent une solution véritablement originale, ou si la réglementation du cautionnement peut leur être transposée *mutatis mutandis*. Enfin, ce régime juridique général constituera les fondations sur lesquelles pourront être bâties les applications pratiques variées qui peuvent être assignées aux garanties indemnitaires.

Seront donc étudiés, successivement, le concept de garantie indemnitaire (première partie), puis la pratique des garanties indemnitaires (seconde partie).

[61] Une place particulière devra être réservée à l'histoire des idées doctrinales relatives au porte-fort. Cela impliquera de procéder à des citations relativement importantes dans leur nombre et dans leur volume.

PREMIÈRE PARTIE

CONCEPT DE GARANTIE INDEMNITAIRE

14. Plan – L'originalité des garanties indemnitaires, telles qu'elles sont actuellement analysées, repose tout entière sur le recours à la responsabilité contractuelle comme mode de garantie d'une créance. C'est exclusivement sur ce terrain que s'est placé le débat doctrinal français, qui aboutit à une impasse. Pour certains, la nature juridique du mécanisme est réellement différente de celle d'un cautionnement, tandis que, pour d'autres, il ne s'agit que d'un artifice destiné à renforcer la position du créancier, en écartant d'un revers de main les protections dont bénéficierait sinon le débiteur. Présentée ainsi, la réflexion peut certes être menée, mais ne semble pas en mesure d'éclairer complètement les rapports entre le cautionnement et ces nouvelles garanties.

Toutefois, cette grille de lecture n'est pas la seule possible. Les pays étrangers ayant recours aux garanties indemnitaires y voient un engagement direct, positif, d'indemniser le créancier en cas d'inexécution de l'obligation garantie. La défaillance du débiteur principal n'est pas considérée comme un échec personnel du garant, ni l'indemnisation comme une punition. Si l'on a mis en place une sûreté, c'est bien qu'il existait un risque. Si ce risque se réalise, l'exécution normale de ses obligations amènera le garant à en supporter les conséquences à la place du créancier, car tel était l'objet de sa promesse. Une telle vision de la garantie indemnitaire n'est pas incompatible avec le droit français, et rend mieux compte de la nature du mécanisme.

Il convient donc de présenter successivement les limites de l'analyse des garanties indemnitaires fondée sur la responsabilité contractuelle (Titre I), puis les apports d'une analyse en termes de couverture de risque (Titre II).

TITRE I

LES LIMITES DE L'ANALYSE FONDÉE SUR LA RESPONSABILITÉ CONTRACTUELLE

15. Plan – Le critère permettant de distinguer le cautionnement des garanties indemnitaires semble *a priori* très simple : c'est celui de l'objet de l'engagement. La caution, aux termes de l'article 2288 du Code civil, se soumet envers le créancier à satisfaire à l'obligation principale, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Elle fait sienne l'obligation principale, vient littéralement s'y greffer. Le garant indemnitaire, lui, est débiteur d'une obligation nouvelle, qui lui est propre. C'est aussi le cas du garant autonome, dira-t-on ; mais, là où le garant autonome souscrit un engagement abstrait de payer une somme d'argent, le garant indemnitaire promet de faire ou de ne pas faire.

Toutefois, la jurisprudence et une partie de la doctrine remettent en cause cette présentation, en considérant que, dans certains cas, l'originalité prétendue n'est qu'un artifice destiné à éluder les aspects du cautionnement qui déplaisent au créancier.

Il faudra donc, dans un premier temps, présenter l'originalité revendiquée par les garanties indemnitaires, reposant sur l'obligation de faire ou de ne pas faire du garant (Chapitre I), avant d'examiner les arguments de ceux qui contestent cette originalité, en assimilant ces mécanismes au cautionnement (Chapitre II).

CHAPITRE I

L'ORIGINALITÉ REVENDIQUÉE : L'OBLIGATION DE FAIRE OU DE NE PAS FAIRE DU GARANT

16. Plan – Le garant indemnitaire peut souscrire toute une variété d'obligations de faire ou de ne pas faire au bénéfice du créancier (section 1). À cette spécificité de l'objet de la sûreté répondent des règles de mise en œuvre qui lui sont propres (section 2).

SECTION 1
SPÉCIFICITÉ DE L'ENGAGEMENT

17. Étude du porte-fort d'exécution – Les garanties indemnitaires constituent non pas un mécanisme unique, mais une famille de sûretés personnelles, dont la composition même fait l'objet d'un débat. On considère qu'elle regroupe, au minimum, le porte-fort d'exécution et certaines lettres d'intention[62], mais la liste est parfois plus longue[63]. C'est dans ce socle commun qu'il faut choisir notre objet d'étude. En effet, les rares manuels qui emploient le terme de « garantie indemnitaire » s'intéressent bien moins à la catégorie elle-même qu'à ses composantes[64]. Aussi faut-il commencer par considérer les manifestations particulières, pour faire émerger peu à peu le concept général.

Entre les lettres d'intention et le porte-fort d'exécution, c'est ce dernier qui s'impose comme premier support d'analyse. Négativement, parce que les lettres d'intention constituent en réalité une appellation générique susceptible de recouvrir une multitude de mécanismes, incluant de simples engagements moraux, ou des cautionnements : il n'y aurait pas là de point d'appui solide pour entamer l'étude. Positivement, ensuite, parce que l'auteur ayant introduit en France le concept de garantie indemnitaire désignait le porte-fort comme support logique, dans notre droit interne, de cette institution plus connue à l'étranger[65]. Positivement, encore, parce que le porte-fort d'exécution est passé récemment sous les fourches caudines de la

---

[62] En ce sens : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 318.

[63] V. par ex. P. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. GRIMALDI, Éditions Panthéon-Assas, 2005, qui ajoute à la liste précédente l'assurance-crédit et le ducroire. Il faut préciser dès à présent que cet auteur conteste l'originalité des garanties indemnitaires par rapport au cautionnement.

[64] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *loc. cit.* ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 325 ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8e édition, 2011, n° 317 ; S. PIEDELIÈVRE, *Droit des sûretés*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2008, n° 208.

[65] V. *infra*, n° 58.

Cour de cassation, et que ces arrêts, attirant l'attention des commentateurs, ont suscité en quelques mois une littérature abondante[66].

18. Plan – C'est donc sous la forme du porte-fort d'exécution que la doctrine s'est saisie de la question des garanties indemnitaires en droit français et a pu éprouver la fermeté du concept (sous-section 1). Mais seule l'étude des lettres d'intention permettra ensuite d'épuiser la variété des engagements susceptibles d'être souscrits par un garant indemnitaire (sous-section 2).

Sous-section 1
Le porte-fort d'exécution, archétype des garanties indemnitaires

19. Utilisation classique – L'engagement de porte-fort est prévu à l'article 1120 du Code civil. Ce texte ne peut toutefois être compris que si l'on cite d'abord l'article précédent : « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». L'article 1120 se présente comme une dérogation au principe ainsi posé[67] : « Néanmoins on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier, si le tiers refuse de tenir l'engagement ». Cet article est utilisé classiquement en ce qu'il permet de conclure un contrat pour le compte d'un incapable ou d'un absent, en promettant que cette personne approuvera ultérieurement la convention[68]. Si le tiers accepte et ratifie le contrat, « celui-ci est alors réputé avoir été conclu pour son compte dès l'origine, comme dans tous les cas de dépassement de pouvoirs »[69]. Si le tiers refuse, le porte-fort engage sa responsabilité contractuelle, et peut être amené à verser des dommages et intérêts au bénéficiaire[70].

20. Problèmes d'interprétation du texte – Cette utilisation du porte-fort, qu'on nomme « porte-fort de ratification », apparaît nettement dans l'article 1120 du Code civil. Mais est-elle la seule envisageable ? La difficulté d'interprétation est la suivante : « L'article 1120 Du Code civil comporte une seconde proposition susceptible de deux interprétations reposant sur l'ambivalence de la conjonction

[66] V. *infra*, n° 215 s.
[67] Cette présentation est d'ailleurs inexacte, et l'article 1120 ne déroge en rien à l'article 1119 : V. *infra*, n° 45.
[68] Sur cette utilisation classique, V. par ex., dans la doctrine contemporaine : J.-L AUBERT, J. FLOUR et É. SAVAUX, *Droit civil, les obligations, 1. l'acte juridique*, Dalloz, coll. Sirey université, 15e éd. par É. SAVAUX, 2012, n° 463 s. , C. AUBERT DE VINCELLES, « Porte-fort » *in Rép. civ. Dalloz*, sept. 2005 ; L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, Defrénois, coll. Droit civil, 6e édition, 2013, n° 821 ; A. BÉNABENT, *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. Domat, 13e édition, 2013, n° 49 ; Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, coll. Sirey Université, 13e édition, 2012, n° 1189 ; F. CHABAS, H, J. et L. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. 2, vol. 1, *Obligations, théorie générale*, 9e édition par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 242 ; A. LESCAILLON, « La promesse de porte-fort », *Rev. huissiers*, 1989, p. 1589 ; Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 11e édition, 2013, n° 509 s. ; D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *Droit des obligations*, Ellipses, coll. Cours Magistral, 2008, n° 242 ; P. MALINVAUD e D. FENOUILLET, *Droit des obligations*, Litec, 12e éd., 2012, n° 110 s. ; M. STORCK, « Article 1120 » *in Juris-Classeur civil*, fasc. 7-2, 2003.
[69] A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 51.
[70] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 510.

"ou". L'une pose une équivalence entre se porter fort et promettre de faire ratifier, le fait du tiers n'étant autre que la ratification de la convention. La seconde y trouve deux applications de la promesse »[71].

21. Interprétation extensive – Les partisans du porte-fort d'exécution se réclament de la seconde interprétation. Il a ainsi été écrit : « [L'article 1120] n'impose nullement un confinement de la promesse de porte-fort dans la seule fonction de substitut à un consentement qui fait défaut. Il fait état de la promesse du "fait" d'un tiers et non de son seul consentement. Rien ne s'oppose donc à ce que la promesse ait pour objet d'autres d'autres faits, et notamment l'exécution d'un engagement préexistant d'un tiers. D'ailleurs, dans la seconde proposition du texte, la ratification n'apparaît que comme l'une des branches de l'alternative : "celui qui s'est porté fort ou a promis de faire ratifier". La dernière formule enfin, "tenir l'engagement", évoque davantage l'exécution d'une obligation qu'une ratification. Tenir un engagement est autre chose et plus que le ratifier »[72].

Le porte-fort de ratification ne serait alors qu'une utilisation d'un mécanisme plus général, mis en valeur dans le texte en raison de sa fréquente utilisation en pratique[73].

22. Interprétation restrictive – Ces analyses sont rejetées par d'autres plumes : « [...] la sollicitation du texte de l'article 1120 confine à la déformation. Rien n'indique avec certitude que le "ou" de l'article 1120 du Code civil soit autre chose qu'une coordination explicative et sans portée aucune »[74].

23. Médiocrité de la rédaction – Chacun, en somme, peut faire dire au texte ce qu'il souhaite. Certes, « l'application d'une règle de droit, sauf simplicité exceptionnelle, suppose une interprétation préalable »[75], et il est difficile de s'empêcher de sourire en relisant l'article 110 de l'ordonnance de Villers-Cotterets : « Art. 110. – Et afin qu'il n'y ait cause de douter sur l'intelligence [des arrêts des cours souveraines], nous voulons et ordonnons qu'ils soient faits et écrits si clairement, qu'il n'y ait ni puisse avoir aucune ambiguïté ou incertitude ne lieu à demander interprétation »[76]. Il est bien improbable qu'un tel idéal de perfection juridique soit jamais atteint par la jurisprudence ou par le législateur. Mais enfin, le Code civil avait habitué ses lecteurs à autre chose qu'à ce type de phrase sans

[71] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », *in Lamy droit des sûretés*, fasc. 150, sept. 2007, n° 150-9 ; b), 1.
[72] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 334. Dans le même sens : I. RIASSETTO, *loc. cit*. et *Les garanties des contrats à terme négociés sur le MATIF*, thèse Strasbourg III, 1999, n° 1137 s.
[73] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », *loc. cit.*
[74] P. DUPICHOT, thèse préc., p. 353. L'auteur ajoute immédiatement un argument tenant à la place de l'article 1120 dans le Code civil, au sein d'une section « Du consentement » située elle-même dans un chapitre « Des conditions essentielles pour la validité des conventions ». Une place qui semble correspondre bien davantage à l'utilisation du porte-fort comme possibilité de conclure un contrat sans pouvoir qu'à son utilisation comme sûreté personnelle.
[75] J. CARBONNIER, *Droit civil, volume I : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige Manuels, 2004, n° 24.
[76] Texte de l'ordonnance consultable sur www.assemblee-nationale.fr/histoire/villers-cotterets.asp.

hiérarchie ni structure, dans laquelle il est impossible de distinguer les redondances des exemples ou des règles nouvelles[77].

24. Sens des termes « se porter fort » – Peut-on trouver un quelconque secours dans la signification intrinsèque des termes « se porter fort » ? Le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant les définit comme suit : « Nom donné à la convention [...] par laquelle une personne s'engage envers une autre (qui accepte le risque) à obtenir l'approbation d'un tiers à un acte envisagé [...] et s'expose personnellement à une indemnité pour le cas où ce tiers, comme il est libre de le faire, refuserait de ratifier l'acte [...] »[78]. Mais cet ouvrage, qui renvoie immédiatement à l'article 1120, n'entérinerait-il pas, tout simplement, la pratique actuelle du texte[79] ? Si l'on se tourne vers le dictionnaire Littré, on y découvre une définition proche : « Celui qui déclare agir dans un acte, une convention, au nom d'un tiers »[80], mais qui appelle les mêmes remarques puisqu'il est précisé *in limine* qu'il s'agit d'un « terme de pratique ». Un autre dictionnaire usuel, le Larousse, définit quant à lui le porte-fort bien plus largement comme un « engagement par lequel une personne promet à une autre qu'un tiers accomplira tel acte juridique ou telle prestation »[81]. L'incertitude demeure donc.

25. Méthode exégétique – Face à l'obscurité de la loi, les auteurs précédemment cités ne cherchent pas à se détacher du texte mais, au contraire, à en percer le véritable sens : ils se réclament ainsi de la méthode de l'exégèse[82]. Celle-ci peut conduire à rechercher l'histoire de la disposition étudiée[83].

26. Plan – Cette recherche historique mettra en évidence la mauvaise qualité du processus de rédaction de l'article 1120 (I). Les interprètes, en conséquence, se divisent sur le sens à lui donner (II).

I. La conception défectueuse de l'article 1120 du Code civil

27. Plan – S'intéresser à « la filiation historique de l'article 1120 du Code civil »[84] oblige à se tourner vers le droit romain (A), puis vers les ouvrages de Domat et Pothier (B). Les travaux préparatoires du Code témoignent d'une réception maladroite de ces influences (C).

---

[77] Ainsi le président CHIRAC saluait-il à l'occasion du bicentenaire du Code civil un « langage clair, compréhensible par tous » : « Message de Monsieur Jacques Chirac » *in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, éd. conjointe Dalloz-Litec, 2004, p. 3.

[78] *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Porte-fort ». La clé d'une interprétation correcte du porte-fort, cela apparaîtra plus loin, figure dans cette définition, puisqu'il est question d'accepter un « risque » : V. *infra*, n° 382.

[79] *Contra* P. DUPICHOT, thèse préc., n° 424, qui y voit un argument contre le porte-fort d'exécution.

[80] Dictionnaire Littré, V° « Porte-fort ».

[81] Dictionnaire Larousse en ligne, *op. cit.*, V° « Porte-fort ».

[82] Sur laquelle V. par ex. G. CORNU, *Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat, 13e édition, 2007 n° 389.

[83] *Ibid.*, n° 393.

[84] L'expression est de J. BOULANGER, *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, thèse Caen, 1933, n° 1.

A. Le droit romain : la polyvalence

28. Influence sur le Code civil – Lorsque, le 3 novembre 1803, s'ouvre la discussion du titre III du livre III du projet de Code civil au Conseil d'État, Bigot de Préameneu ne manque pas de préciser, le fait est bien connu, que : « Les dispositions [présent titre] sont puisées presque en entier dans le droit romain, en écartant cependant quelques subtilités qui le déparent ». Devant le Corps Législatif, il n'hésite pas à qualifier ce droit romain de « précieux dépôt qui ne cessera de mériter le respect des hommes, dépôt qui contribuera à la civilisation du globe entier, dépôt dans lequel toutes les nations policées se félicitent de reconnaître la raison écrite »[85].

29. Textes tirés des Institutes – Les Institutes de Justinien, en tant que « manuel de droit romain élémentaire »[86], peuvent donc servir de point de départ à la recherche historique. Des règles qui évoquent l'article 1120 du Code civil y sont posées s'agissant du contrat appelé « stipulation ». La stipulation peut être définie comme « un mode solennel et formaliste de contracter une obligation. Elle consiste en une demande verbale du créancier (le *stipulans*) et une réponse verbale du débiteur (le *promittens*). [...] Contrat empreint de formalisme, la stipulation requiert l'usage de termes consacrés »[87]. Les Institutes contiennent, au sein du livre III, un titre XIX intitulé « Des stipulations inutiles ». Le III dispose que : « Si quelqu'un promet qu'un autre donnera ou fera, il n'est pas obligé ; par exemple s'il promet que Titius donnera cinq pièces d'or. Il n'est obligé que s'il promet de faire en sorte que Titius donne »[88].

30. Promesse du fait d'un tiers – Il appert que la promesse ne porte pas, dans cet exemple, sur la ratification par le tiers d'un acte passé pour lui sans pouvoirs. Un romaniste commente d'ailleurs le texte en termes très généraux : « Celui qui a promis pour autrui ne sera pas débiteur, et Titus, le tiers dont on a promis le fait, ne sera pas non plus lié par une telle promesse »[89]. Or, s'il semble posé en principe qu'une telle promesse est nulle, ce n'est qu'une apparence qui doit être rapidement dissipée.

31. Nullité de principe – « Cette nullité, dans un droit archaïque et formaliste, se justifie par l'idée que le lien juridique est créé par l'échange des paroles solennelles et ne peut, par suite, exister qu'entre les personnes qui les ont prononcées : on ne conçoit pas que le véritable intéressé puisse être un autre que celui qui a pris la parole au moment de la conclusion du contrat, et aucune action en justice ne naît [...] à la charge du promettant, car ils n'ont pas prononcé les paroles qui les auraient engagés l'un vis-à-vis de l'autre »[90]. Les mêmes raisons expliquent

---

[85] P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. O. Zeller, 1836, t XIII, p. 46 s.
[86] R. ROBAYE, *Le droit romain*, éditions Academia-Bruylant et Bruylant, 3e édition, 2005, p. 26.
[87] *Ibid.*, p. 232.
[88] Texte original : « *Si quis alium daturum factirimve quid spoponderit, non obligatur ; veluti si spondeat Titium quinque aureos daturum. Quod si effecturum se ut Titius daret spoponderit, obligatur* ».
[89] R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain,* t. 2, *Les obligations*, Éditions Domat Montchrestien, 5e édition, 1954, n° 76.
[90] *Ibid.*

que la stipulation pour autrui n'est, en principe, pas non plus admise par les Institutes[91] : le bénéficiaire, absent, n'a pas pu prononcer les paroles adéquates. Voici d'où vient l'actuel article 1119 du Code civil, selon lequel « on ne peut en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». Il est encore marqué par un usage vieilli du terme « stipuler », qu'il oppose à « s'engager » : « Dans l'usage actuel, "stipuler" s'emploie pour toute clause insérée dans un contrat. En droit romain, le mot doit être réservé aux obligations issues de ce contrat particulier qu'est la stipulation. De plus, "stipuler une prestation" signifie proprement se "faire promettre" et ne s'applique donc qu'au créancier »[92]. Le débiteur, lui, est le « promettant ». Le principe, en droit romain, est donc la prohibition de la promesse pour autrui, du moins en apparence. La réalité est autre, tant les exceptions sont importantes en pratique.

32. Hypothèses de validité – Le texte s'achève par la proposition : « [le promettant] n'est obligé que s'il promet de faire en sorte que Titius donne »[93]. Que faut-il comprendre ? « Il est facile d'éviter la nullité de la stipulation, en employant une formule dans laquelle le promettant s'engage personnellement et promet de faire son possible pour qu'un tiers exécute telle ou telle prestation : c'est ce que l'on appelle la clause de porte fort qui, en pratique, est toujours sous-entendue en ces termes : "*Spondesne te effecturum ut Titius mihi centum daret*" (Promets-tu de faire en sorte que Titius me verse cent) oblige le promettant envers le stipulant »[94]. On souhaite donc s'assurer que le promettant ne se contente pas de constituer un tiers comme débiteur de sa promesse, ce qu'il n'a pas le pouvoir de faire, mais que c'est bien lui-même qui s'engage. Un autre auteur poursuit en exposant que : « un dernier pas consista à sous-entendre les mots "*se effecturum ut*", et à considérer la simple promesse du fait d'autrui comme contenant, dans certains cas, l'intention de la part du promettant de s'obliger à toutes les responsabilités qu'il aurait encourues en promettant *se effecturum* »[95].

33. Exemples d'utilisation – Albert Tamboise fournit plusieurs exemples de promesse du fait d'un tiers en droit romain[96]. Certaines consistent en une abstention : « la promesse que le dol d'un tiers est absent ou sera absent d'un contrat », la promesse « par laquelle je m'engage pour moi et mon héritier à ne rien

[91] *Inst. Just.* III, 19, 4.
[92] R. ROBAYE, *op. cit.*, *loc. cit.*
[93] *Inst. Just.*, III, 19, 3.
[94] R. MONIER, *op. cit.*, n° 77. L'auteur précise qu'il existe une deuxième hypothèse de validité, prévue en un autre endroit des Institutes (Inst. Just., III, 19, 21) : « On peut assurer, d'une manière indirecte, l'exécution d'une promesse pour autrui qui est nulle, en y adjoignant une stipulation de peine : le promettant promet de payer une indemnité [...]. La promesse pour autrui est bien nulle en elle-même, mais la stipulation de peine fait naître une obligation personnelle à la charge du promettant qui s'efforcera d'amener le tiers à exécuter la prestation [...] ». Mais il ne s'agit là, après tout, que d'une manière de s'assurer que le promettant a entendu prendre un réel engagement personnel. La sanction seule diffère : une clause pénale fixée à l'avance plutôt que des dommages et intérêts fonctions du préjudice réel. Toutefois, certains auteurs y voient une hypothèse de validité réellement distincte : les promesses pour autrui valables seraient donc « le porte-fort » d'une part, et « la clause pénale » d'autre part : D. DEROUSSIN, *Histoire du droit des obligations*, Economica, coll. Corpus Histoire du droit, 2007, p. 29.
[95] A. TAMBOISE, *De la clause de porte-fort, essai d'une théorie nouvelle*, thèse Lille, 1906, p. 24.
[96] *Ibid.*, p. 22 s.

faire pour que les conditions d'un contrat ne soient pas remplies », la promesse du Procurator en justice qui n'a pas de pouvoir en forme « par laquelle il promet au défendeur la non-reprise du procès par le demandeur ». Un exemple de promesse d'un fait positif est également fourni : « elle suppose qu'un procès est en cours entre deux personnes : un demandeur et le représentant d'un défendeur ; ce représentant s'engage à la comparution personnelle de son représenté »[97].

Il apparaît donc que le droit romain, sous des abords de rejet de la promesse pour autrui liés à son caractère archaïque et formaliste, l'accueille en réalité sans difficulté, pour des usages divers. Il faut à présent vérifier comment ces règles ont été décrites par Domat et Pothier, qui ont joué un rôle d'intermédiaire entre le droit romain et le législateur de 1804.

B. Les travaux de Domat et Pothier : l'ambigüité naissante

34. Influence sur le Code civil – Certes, il eût été illusoire de vouloir transposer une science juridique romaine « pure » dans le Code civil. Le droit romain n'a fait qu'évoluer des siècles durant : il n'a donc pas de contenu précis en tant que tel, et les Institutes précédemment citées n'en constituent qu'un des multiples aspects[98]. Les propos déjà évoqués de Bigot de Préameneu selon lesquels ont été écartées « quelques subtilités qui le déparent »[99] invitent à redoubler de vigilance, car on sait quels peuvent être les résultats d'une volonté de simplification du droit[100]. Quelle est donc la version du droit romain qui sera retenue dans le Code ? La réponse figure dans les travaux préparatoires, et émane à nouveau de Bigot de Préameneu : « Les auteurs du projet actuel de Code ont cru que ce serait rendre service à la société si on retirait du dépôt des lois romaines une suite de règles qui, réunies, formassent un corps de doctrine élémentaire, ayant à la fois la précision et l'autorité de la loi. [...] la France met sous ce rapport au nombre des ouvrages les plus parfaits ceux de Domat et de Pothier »[101]. Le tribun Favart ne dit pas autre chose : « Les Romains ont écrit ces vérités dans leurs lois. Elles ont été recueillies par le savant Domat, et Pothier en fit un traité qui seul aurait fait sa gloire. C'est dans les ouvrages de ces deux grands hommes que le projet de loi, dont je vais vous entretenir, a été puisé »[102].

Ainsi, les rédacteurs du Code ne sont pas allés « puiser » eux-mêmes aux sources du droit romain, mais se sont adressés à deux porteurs d'eau qui disaient en

---

[97] *Ibid.*, p. 23.
[98] CUJAS fut le premier à insister sur cette idée, d'après C. DRAND, *Cours de doctorat* prononcé le 5 mai 2009 à l'Université de Strasbourg. Pour « une brève histoire du droit romain », V. R. ROBAYE, *op. cit.*, p. 24 s.
[99] V. *supra*, n° 28.
[100] V. J. MOREAU et F. TERRÉ, « La simplification du droit », *in Mélanges Béguin*, Litec, 2005, p. 533. Récemment, une loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures a, « par mégarde », supprimé la peine de dissolution applicable aux personnes morales condamnées pour escroquerie. Un auteur l'a décelé, au milieu des milliers de modifications apportées au droit français par ce texte illisible (M. VÉRON, commentaire des articles 124 et 125 de la loi, *Droit pénal*, juill. 2009, comm. 92). Cela avait échappé au parquet qui avait requis, un mois auparavant, la dissolution de l'église de Scientologie en France sur ce fondement. Cette « simplification » du droit permit donc à l'organisation, par un divin hasard, de ne pas encourir une peine qu'elle redoutait certainement.
[101] P.-A. FENET, *op. cit.*, p. 215.
[102] *Ibid.*, p. 312.

revenir. On peut se demander si la boisson, après avoir voyagé dans leurs pots, n'aura pas une saveur quelque peu différente. Il semble nécessaire de se pencher sur les ouvrages des deux « grands précurseurs du Code civil »[103].

35. Plan – Suivant un ordre chronologique, Domat sera évoqué en premier lieu, Pothier en second lieu.

1. L'approche univoque de Domat

36. Prise en compte du seul porte-fort de ratification – Les développements consacrés au porte-fort par Domat dans son fameux ouvrage « Les loix civiles dans leur ordre naturel », sont assez brefs, mais édifiants. « Si un tiers traite pour un absent, sans avoir son ordre, mais en s'en faisant fort, l'absent n'entre dans la convention que lorsqu'il ratifie, et s'il ne le fait, celui qui s'est obligé sera tenu, ou de la peine à laquelle il se sera soumis, ou du dommage qu'il aura causé, selon la qualité de la convention, les suites où il aura donné lieu, et les autres circonstances. Mais après que l'absent a ratifié ce qui a été géré pour lui, quoiqu'à son préjudice, il ne peut plus s'en plaindre »[104]. L'hypothèse du porte-fort de ratification, qui n'était mentionnée ni dans le passage des Institutes relatif à la promesse pour autrui, ni dans les commentaires qu'en font les romanistes, est ici la seule envisagée. Elle était probablement devenue la plus utile en pratique.

Les développements consacrés au porte-fort par Pothier sont plus longs, et plus complexes.

2. L'approche ambivalente de Pothier

37. Le porte-fort mentionné en deux endroits – L'éminent auteur aborde la question du porte-fort dans son « Traité des obligations »[105], dans deux passages, qui pourraient sembler au premier abord contradictoires. Mais il est important d'observer dans quelles subdivisions de l'ouvrage ils prennent place. Il s'agit, dans les deux cas, de la première partie, premier chapitre, article V « De ce qui peut être l'objet des contrats. Que ce ne peut être qu'une chose qui concerne les parties contractantes, suivant la règle : qu'on ne peut valablement stipuler ni promettre que pour soi »[106].

38. Porte-fort en général – Mais la première occurrence de la question du porte-fort se trouve au numéro 56, au sein d'un §I intitulé : « Raisons du principe, qu'on ne peut stipuler, ni promettre pour un autre ». L'auteur écrit : « La seconde partie du principe, qu'on ne peut promettre que pour soi-même est évidente ; car lorsque j'ai promis qu'un autre vous donnerait quelque chose ou ferait quelque chose, sans me faire fort de lui, ni rien promettre de ma part ; cette convention ne

[103] C. JAMIN et P. JESTAZ, *La doctrine*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2004, p. 61.
[104] J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, édition de 1777, livre I, titre I, section II, n° VI.
[105] R.-J. POTHIER, *Traité des obligations selon les règles tant de la conscience, que du for extérieur*, édition de 1764, tome premier.
[106] Sur la signification particulières des termes « stipuler » et « promettre », réservés respectivement au créancier et au débiteur d'un engagement, V. *supra*, n° 31.

peut obliger ni ce tiers, ni moi. Elle ne peut obliger le tiers, car il n'est pas en mon pouvoir d'obliger un autre sans son fait ; car puisqu'on suppose que j'ai promis pour un autre et non pour moi, je n'ai pas entendu m'obliger. Au reste, on présume facilement que celui qui a promis qu'un tiers donnerait, ou ferait quelque chose, n'a pas entendu, *pure de alio promittera*, mais qu'il a entendu promettre aussi *de se*, c'est-à-dire promettre qu'il se faisait fort de ce tiers, quoique cela ne soit pas exprimé. En ce cas, la convention est valable, et elle oblige celui qui a promis, aux dommages et intérêts résultant de l'inexécution de ce dont il s'est fait fort»[107].

Ce paragraphe appelle plusieurs commentaires. Il faut évidemment commencer par souligner que Pothier envisage la promesse qu'un tiers « donnera ou fera quelque chose », suivant en cela la conception pluraliste qu'avait le droit romain de la promesse pour autrui. Ensuite, il faut remarquer que le régime juridique du mécanisme est bien celui qui avait été mis en évidence lors de l'étude du droit romain : un principe, qui n'en est pas un, selon lequel personne n'est engagé par la promesse du fait d'un tiers ; une exception, qui revêt l'importance pratique d'un principe, visant toutes les hypothèses dans lesquelles le promettant entendait s'engager personnellement. Il s'agit alors, disaient les Institutes, de « faire en sorte » que le tiers fasse bien ce que le bénéficiaire attendait de lui. Pothier précise que si ce fait ne se produit pas, cela caractérise une « inexécution » par le promettant de son engagement, appelant le versement de dommages et intérêts. Ainsi, même si l'utilisation du mécanisme pour la garantie d'une créance n'est pas envisagée, sa généralité et son régime juridique correspondent parfaitement à l'usage que les partisans du porte-fort d'exécution souhaitent en faire.

39. Porte-fort de ratification en particulier – Pothier aborde à nouveau la question du porte-fort un peu plus loin dans un §IV dont il est important de noter l'intitulé : « Qu'on peut stipuler, et promettre par le ministère d'un tiers, et que ce n'est pas stipuler ni promettre pour un autre ». Au numéro 74, il expose ainsi : « [...] nous pouvons prêter notre ministère à une autre personne, pour contracter pour elle, stipuler et promettre pour elle ; et en ce cas ce n'est pas proprement nous qui contractons ; mais c'est cette personne qui contracte par notre ministère [...] ». C'est au numéro suivant, le 75, qu'apparaît le porte-fort : « Si je contracte au nom d'une personne qui ne m'a pas donné de procuration, la ratification la fera pareillement réputer comme ayant contracté elle-même par mon ministère ; car la ratification équipolle à procuration, *ratihabitio mandato comparatur*. Si elle ne ratifie pas, la convention est nulle à son égard ; mais si je me suis fait fort d'elle ; si j'ai promis de la faire ratifier ; cette promesse de la faire ratifier est une convention que j'ai eue en mon nom avec la personne avec qui j'ai contracté, par laquelle je me suis en mon nom obligé envers elle, au rapport de cette ratification ; et faute par moi de la rapporter, en ses dommages et intérêts, c'est-à-dire, en tout ce qu'elle souffre ou manque de gagner, par le défaut de ratification ».

40. Articulation entre les deux hypothèses – Les places respectives des deux passages invitent à considérer que le porte-fort de ratification n'est qu'une application particulière du mécanisme général de la promesse pour autrui. Pothier expose d'abord qu'on peut s'engager personnellement à ce qu'un tiers « donne ou

[107] Souligné par nous.

fasse quelque chose ». Il faut alors faire en sorte qu'advienne bel et bien « ce dont on s'est fait fort » : les termes sont on ne peut plus généraux. Le mécanisme va trouver une application indubitablement intéressante dans l'hypothèse de la convention passée sans pouvoir, car pèse alors sur le cocontractant le risque que le tiers au nom duquel elle a été conclue refuse de la ratifier. Ce risque peut être transféré sur la tête du pseudo-représentant, s'il prend l'engagement que le tiers ratifiera. Un auteur formule cette idée ainsi : « Il n'est évidemment pas dans notre intention d'opposer comme deux notions irréductibles l'une à l'autre, et conceptuellement différentes, le fait de se porter fort de l'agissement quelconque d'un tiers, et la simple promesse de faire ratifier, car une telle manière de procéder se heurterait à cette objection majeure que, lorsqu'une personne s'engage à obtenir la ratification d'un tiers, elle se porte fort, « Se porter fort » est le genre et « la promesse de faire ratifier » est l'espèce »[108].

Mais les rédacteurs du Code civil partageaient-ils cette analyse ?

C. Les travaux préparatoires du Code civil : l'ambigüité complète

41. Projet de Code civil – Dans le premier projet de Code civil de Cambacérès figure une disposition qui n'est pas sans évoquer l'actuel article 1120. Du moins la problématique est-elle la même ; la solution, elle, diverge. Ainsi, dans le titre III « Des contrats », et au sein du titre Ier « Des obligations », se trouve un article 7 ainsi libellé : « Celui qui n'a point stipulé dans le contrat n'est pas obligé, s'il n'y a eu de sa part procuration préalable ou approbation subséquente. Mais si l'on a pris des engagements au nom d'une personne qui les désavoue, celui qui les a pris reste personnellement obligé, si le contrat ne peut se dissoudre sans préjudice pour le tiers »[109]. La sanction est bien différente de celle retenue aujourd'hui, puisqu'il semble que le promettant puisse être tenu, non d'une indemnité, mais des engagements pris au nom d'autrui, si le tiers ne les ratifie pas. Il n'est pas possible de conclure quoi que ce soit d'une disposition bien différente de celle que nous connaissons. Mais il est clair, en tout cas, qu'aucune promesse d'un fait autre que la ratification ne semble envisagée.

42. Brièveté et obscurité des travaux préparatoires – La lecture des éléments relatifs au porte-fort dans les travaux préparatoires du Code civil est aussi rapide que frustrante. Lors de la présentation du projet au corps législatif, Bigot de Préameneu tient le discours suivant : « Il résulte de la nécessité du consentement de la personne qui s'oblige que nul ne peut sans un pouvoir exprès en obliger un autre, et que celui auquel on aurait promis le fait d'un tiers n'aurait qu'une action en indemnité contre la personne ayant donné cette promesse, si le tiers refusait d'y accéder »[110]. Cette phrase est à l'image de l'article 1120, qu'elle préfigure : sibylline. L'expression « on aurait promis le fait d'un tiers » semble être une référence au mécanisme général, appréhendé dans toute sa polyvalence. Mais l'allusion à la problématique de l'engagement sans pouvoir renvoie, quant à elle, au seul porte-fort de ratification. Reste l'intervention du tribun Favart : « Cependant, si

[108] J. BOULANGER, thèse préc., n° 3.
[109] P.-A. FENET, *op. cit.*, t. I, p. 65. Il ne semble pas y avoir de mécanisme évoquant le porte-fort dans les deuxième et troisième projets.
[110] P.-A. FENET, *op. cit.*, t. XIII, p. 224.

je me porte fort pour un tiers, l'engagement est valable si le tiers ratifie ; mais il n'est pas obligé à la ratification, et, s'il la refuse, je suis passible de dommages et intérêts de celui avec qui j'ai traité »[111]. Ici, c'est clairement le seul porte-fort de ratification qui est visé.

43. Confusion entre les deux niveaux – Le résultat est connu : un texte qui mêle maladroitement le mécanisme général et son utilisation particulière. Jean Boulanger estime que les rédacteurs ont « tenu compte » de la présence de deux passages distincts chez Pothier[112]. Mais avaient-ils bien compris leur articulation, celle du général et du particulier ? Pas nécessairement, d'autant qu'ils n'avaient trouvé de référence, sous la plume de Domat, qu'à la fonction de ratification. Ceci s'expliquait sans doute en raison de sa place éminente dans la pratique ; or, il ne faut pas oublier que Tronchet, Maleville, Portalis et Bigot de Préameneu étaient tous avocats[113]. De là vient cette fusion étrange du genre et de l'espèce.

À ce moment, le Corpus Iuris Civilis est déjà bien loin, ce qui inspire à Albert Tamboise ces propos cruels : « prenant seulement en considération ce qu'ils trouvaient de plus saillant dans ses développements, [les rédacteurs du Code civil] ont négligé, en lisant Pothier, de s'éclairer à la lueur du droit romain lui-même, qu'il était censé incarner à leurs yeux et, de là, sont venues les anomalies qui nous surprennent aujourd'hui et qui font que les travaux préparatoires qui nous disent de nous en référer au droit romain, n'ont pas ici tout l'intérêt désirable, parce qu'en notre matière, la loi parle pour faire échec au droit romain qu'elle a dénaturé en croyant le copier »[114].

Présence fantomatique au sein de l'article 1120, le mécanisme général du porte-fort est bel et bien là, mais beaucoup manqueront de s'en apercevoir.

II. L'interprétation délicate de l'article 1120 du Code civil

44. Le pouvoir de l'interprète – « Mon code est perdu ! » se serait exclamé Napoléon, désespéré d'apprendre que Maleville s'apprêtait à en publier un premier commentaire[115]. Ainsi prête-t-on à la doctrine le pouvoir, sous couvert d'interprétation, de faire d'un texte ce qu'elle veut. Il ne faudrait pas oublier de préciser que ce pouvoir croît avec l'obscurité de la disposition considérée : le meilleur allié de l'interprète omnipotent est le législateur brouillon.

45. Consensus sur la mauvaise qualité du texte – Un point – un seul ? – semble faire l'unanimité, contre lui : la présentation des articles 1119 à 1121 comme un principe, celui qu'on ne peut promettre ou stipuler qu'en son propre nom, assorti de deux exceptions. À l'instar de Planiol et Ripert, les auteurs font remarquer que : « Cette façon de présenter les choses est inexacte : celui qui se porte fort pour un autre ne promet nullement le fait d'autrui ; il promet son propre fait et s'engage personnellement sans engager autrui ; il y a donc là une application pure et simple

[111] *Ibid.*, p. 316.
[112] J. BOULANGER, thèse préc., n° 3.
[113] Sur la carrière des rédacteurs du Code civil, V. par ex. R. BADINTER, « Le plus grand bien... », Fayard, 2004, p. 50 s.
[114] A. TAMBOISE, thèse préc., p. 41.
[115] Cité par C. JAMIN et P. JESTAZ, *op. cit.*, p. 6.

de la règle, et non pas une exception »[116]. Eugène Gaudemet rappelle que cette présentation des choses est issue du droit romain, et qu'elle doit donc être considérée avec circonspection : « Si les parties ont voulu que leur contrat produisît effet à l'égard de certains tiers, si elles ont expressément promis pour un tiers ou stipulé pour lui, ont-elles pu le grever d'obligations ou lui faire acquérir un droit ? Le droit romain répondait par la négative sans distinction, en raison du formalisme et du caractère strictement personnel de l'obligation ; une convention ne peut produire effet qu'entre ceux qui matériellement y ont pris part. La même raison avait conduit à nier la possibilité de la représentation dans les actes juridiques. Mais cette raison en elle-même est sans valeur aujourd'hui, depuis que le formalisme a fait place à l'autonomie de la volonté. Pourquoi la volonté libre ne pourrait-elle produire effet à l'égard des tiers ? »[117]. L'auteur poursuit en expliquant qu'il est logique de continuer à interdire qu'on grève le patrimoine d'un tiers sans son accord, mais qu'il faut en revanche admettre les stipulations pour autrui.

46. Divergences sur la présomption de porte-fort – Dès qu'il s'agit d'aborder le régime du porte-fort, en revanche, le consensus s'effrite. Ainsi, les auteurs divergent sur le point de savoir si toute promesse du fait d'un tiers doit nécessairement être interprétée comme un engagement personnel de porte-fort. Demolombe répond nettement par l'affirmative, se fondant à son tour sur le caractère désuet du texte et des principes romains qu'il véhicule. Il cite le passage de Pothier selon lequel on doit le présumer « facilement »[118], et ajoute : « À combien plus forte raison faut-il admettre cette doctrine, dans le droit français moderne, où le bon sens et la bonne foi doivent être, plus que jamais, considérés comme les règles fondamentales de l'interprétation des conventions ! »[119]. Puis : « De deux choses l'une, en effet : ou votre promesse du fait d'un tiers n'est qu'un propos vague de conversation, ou une simple recommandation, ou un avis, qui n'a pas revêtu le caractère ni la physionomie d'un contrat ; et alors, il est clair que vous n'êtes pas obligé ; ou, au contraire, cette promesse apparaît avec la physionomie et le caractère d'un contrat ; et alors, en vérité, il est bien impossible de dire que ce contrat ne vous oblige pas ! ». Et d'avancer un exemple, dans son style si riche en exclamations : « Supposons, par exemple, que c'est dans un acte par écrit, devant notaire ou même sous seing privé, que j'ai promis à Paul le fait de Pierre. Comment dire que je n'ai pas entendu me porter fort de Pierre, ni m'obliger moi-même du tout ! Mais pourquoi donc avoir rédigé cet acte ! ». L'auteur s'appuie encore sur l'article 1157 du Code civil, selon lequel « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans celui avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

La démonstration paraît convaincante, mais est pourtant rejetée par plusieurs auteurs. Gaudemet affirme ainsi que : « Dans l'état des textes français, il est impossible de poser en règle absolue que toute promesse pour autrui fait présumer le

[116] M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité élémentaire de droit civil*, LGDL, 11e édition, 1940, t. 2, n° 1021.
[117] E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 1937, p. 234. Sur cette question, V. aussi M. VILLEY, *Le droit romain, son actualité*, PUF, coll. Que sais-je, 10e édition, 2002, p. 112.
[118] V. *supra*, n° 38.
[119] C. DEMOLOMBE, *Traité des Contrats ou des obligations conventionnelles en général*, t. 1, éd. A. Durand et L. Hachette, 1868, n° 216.

porte-fort »[120]. Lui aussi se réclame d'une règle générale d'interprétation des conventions, celle selon laquelle les clauses obscures s'interprètent contre le créancier. Aubry et Rau vont dans le même sens : « on va trop loin à notre avis quand on dit que la promesse du fait d'un tiers implique virtuellement ou tacitement un engagement personnel de la part du promettant »[121], mais, comme chez Pothier, « l'intention de se porter fort [...] peut s'induire des circonstances, et même se présumer assez facilement »[122].

47. Les fantômes du droit romain – La controverse sur la présomption de porte-fort méritait d'être évoquée en ouverture de ces développements consacrés à l'interprétation de l'article 1120. Elle semble en effet révéler une forme de frilosité de la part de certains auteurs. Gaudemet se réclame ainsi de « l'état des textes », comme à regret, pour justifier sa position[123], non sans préciser immédiatement, comme le faisait Pothier, que la preuve de l'intention de se porter fort sera « facilement admise ». Dans le même sens, Baudry-Lacantinerie, après avoir reconnu qu'il est logique de considérer presque toujours que le promettant a voulu s'engager, et non faire un acte inutile, explique qu'il rejette pourtant l'idée d'une présomption automatique de porte-fort : « Nous préférons, par respect pour le texte de la loi, et pour lui conserver au moins une existence théorique, dire qu'il appartiendra au juge d'apprécier en fait si le promettant a entendu se porter fort, mais tout en reconnaissant qu'il devra presque toujours résoudre cette question dans le sens de l'affirmative »[124].

Le résultat de cette attitude est paradoxal. Si la preuve de l'intention de se porter fort continue à être exigée, au moins dans son principe, c'est parce que transparaît dans le texte un reste du formalisme archaïque du droit romain, matérialisé en un principe auquel l'article 1120 doit, « par respect pour le texte » de l'article 1119, rester une exception. En revanche, un aspect de l'institution romaine qu'il n'eût pas été anachronique de conserver, sa polyvalence, est menacé de disparaître parce qu'il a été maladroitement rendu par le texte : qu'il est difficile d'être exégète !

48. Plan – Le décor étant planté, il est temps d'aborder les interprétations de l'article 1120 par la doctrine au regard de l'utilisation du porte-fort comme sûreté. Seront exposées les positions des adversaires d'une telle idée (A), puis celles de ses partisans (B).

A. La doctrine opposée à la fonction de garantie

49. Plan – Une partie de la doctrine rejette l'idée que le mécanisme du porte-fort puisse servir à autre chose qu'à promettre la ratification d'un acte passé sans pouvoirs (1). Il est alors logique de nier tout lien avec le cautionnement (2).

---

[120] E. GAUDEMET, *op. cit.*, p. 237.
[121] C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, LGDJ, 4e édition, 1871,t. 4, note n° 4 p. 306.
[122] *Ibid.*, p. 306. Dans le même sens : K.-S. ZACHARIÆ, *Le droit civil français*, t. 3, éd. Auguste Durand, 1857, note n° 9 p. 364.
[123] Alors même, on l'a vu, qu'il attirait l'attention de son lecteur sur les aspects archaïques de cette transposition des textes romains.
[124] L. BARDE et G. BAUDRY-LANCANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil, Des obligations*, t. 1, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1897, n° 131.

1. Rejet de la généralité du mécanisme du porte-fort

50. Exclusion implicite de la fonction de garantie – Il ne faudrait pas croire que la doctrine classique qui va être ici exposée condamne toujours expressément l'utilisation du porte-fort comme sûreté : le plus souvent, elle ne se pose tout simplement pas la question. Mais, lorsqu'elle présente ce mécanisme comme ayant pour unique intérêt de promettre une ratification, elle élimine une prémisse nécessaire à la démonstration de l'existence d'un porte-fort d'exécution. L'objection n'est donc qu'implicite ; elle n'en est pas moins fondamentale. Une partie importante des auteurs va donc présenter l'article 1120 comme n'ayant qu'une seule utilisation. Faut-il s'en étonner ? Domat tenait déjà ce discours avant même le Code civil[125], et tout, dans la rédaction ambigüe de cette disposition, pousse à la méprise.

La définition de Planiol et Ripert illustre très nettement cette position : « Une personne se porte fort pour une autre quand elle promet que la personne dont elle parle consentira comme elle à la convention qu'elle passe »[126]. Mais alors, comment expliquer que le texte contienne une alternative : se porter fort ou promettre de faire ratifier ? Aubry et Rau proposent une explication compatible avec l'interprétation restrictive du texte : « On peut distinguer, comme le fait l'art. 1120, l'engagement de procurer de la part du tiers dont on a promis le fait, la déclaration qu'il exécutera l'obligation contractée à sa charge, et l'engagement de faire ratifier par lui une convention antérieure ou un acte quelconque ; mais, au fond, ce dernier engagement constitue, comme le premier, un engagement de porte-fort, et, d'un autre côté, la déclaration du tiers qu'il entend exécuter l'obligation contractée à sa charge, est une ratification de ce qui a été promis »[127].

De ce passage un peu obscur, il faut comprendre que l'exécution n'est, pour le tiers, qu'une manière implicite de ratifier la convention passée pour lui sans pouvoirs. S'il l'exécute, c'est bien qu'il l'approuve : immédiatement, le promettant est libéré. Le reste ne le concerne plus, en particulier la question de savoir si l'exécution sera correcte ou défectueuse. Ce ne serait, en somme, qu'un rappel de ce que le droit français est consensualiste[128]. Il n'y a pas de raison que la ratification d'un contrat passé initialement sans pouvoirs échappe à la règle. Mais l'article 1120 aurait-il pris la peine de rappeler une telle évidence ? Baudry-Lacantinerie va pourtant dans le même sens : « Le porte-fort est libéré, dès que le tiers s'est engagé à faire ce qui a été promis pour lui, dès qu'il a consenti à tenir l'engagement, comme le dit l'art. 1120 : tenir l'engagement, c'est se l'approprier »[129]. Le moins que l'on

---

[125] V. *supra*, n° 36.

[126] M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 1020. Pour une définition tout aussi stricte, V. par ex. C. CODREANU, *La convention de porte-fort*, thèse Paris, 1932, p. 6.

[127] C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, note n° 3, p. 306. Il faut préciser que, si Aubry et Rau semblent se rallier à l'interprétation étroite de l'article 1120, ils renvoient dans une note de bas de page (n° 9 p. 307) à l'opinion de Demolombe selon laquelle l'engagement de porte-fort pourrait s'étendre à l'exécution. Sur cette opinion de Demolombe, V. *infra*, n° 55.

[128] Sur la signification de ce principe, V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 128.

[129] L. BARDE et G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, n° 132.

puisse dire est que, si tel est bien le sens de l'expression – ce dont il est permis de douter –, elle est fort maladroitement choisie[130].

51. Exclusion explicite de la fonction de garantie – Quelques auteurs, tout de même, ont plaidé pour une interprétation restrictive de l'article 1120 du Code civil en ayant parfaitement en tête le débat sur une possible fonction de garantie : ils souhaitaient ainsi la rejeter. C'est le cas, bien entendu, d'auteurs contemporains, à présent que l'idée du porte-fort d'exécution a été largement diffusée dans la doctrine[131]. Mais c'était déjà le cas d'auteurs du début du 20e siècle. Ainsi, de Bellomayre, qui soutenait en 1907 une thèse sur le porte-fort : « [...] dans les mots "celui qui s'est porté fort ou qui a promis de faire ratifier", il ne faut pas voir l'indication de deux degrés dans la responsabilité du porte-fort, car le législateur n'aurait pas mis en dernier lieu précisément l'obligation la moins étendue, et renversé l'ordre logique de la gradation. De plus, il faudrait après les mots « celui qui s'est porté fort » sous-entendre « de l'exécution », et rien n'autorise cette addition. Enfin, le législateur avait encore l'occasion de placer le mot exécution dans le dernier membre de la phrase, et de remplacer « si le tiers refuse de tenir l'engagement » par « si le tiers refuse d'exécuter l'engagement » ; ce qu'il n'a pas fait »[132]. L'auteur achève sa démonstration sur l'inévitable interprétation de la conjonction « ou » à la fin du texte : « Il est évident que les deux membres de phrase ont le même sens, et que le deuxième a pour but de préciser le premier »[133]. Mais il n'y a là aucune évidence : c'est tout l'enjeu du débat[134].

Que l'on soit ou non convaincu par les partisans d'une interprétation restrictive de l'article 1120, il faut en tout cas reconnaître que la comparaison qu'ils opèrent entre porte-fort et cautionnement est parfaitement cohérente avec leurs opinions.

2. Distinction ferme d'avec le cautionnement

52. Le principe : délimitation claire des institutions – Puisque, sous la plume de ces auteurs, l'expression « porte-fort » est strictement équivalente à « promesse de rapporter la ratification par un tiers d'un acte passé pour lui sans pouvoirs », les développements consacrés par Planiol et Ripert à la comparaison du porte-fort et du cautionnement ne sauraient surprendre. Il est presque étonnant qu'il soit nécessaire de les distinguer, mais « la caution est, comme le porte-fort, une

---

[130] A. TAMBOISE note ainsi que : « Prendre un engagement est synonyme de s'engager, de contracter ; tenir un engagement est synonyme d'exécuter, de tenir une promesse » (*op. cit.*, p. 59). Puis, à propos de l'interprétation de BAUDRY-LACANTINERIE, il raille : « Façon commode de se débarrasser d'un mot encombrant ; et on chercherait vainement dans la langue française un autre cas où le mot tenir serait employé dans le même sens » (*ibid.*, p. 60). Dans la doctrine contemporaine, le doyen SIMLER estime que : « Tenir un engagement est autre chose et plus que le ratifier » (P. DELEBECQUE et P. SIMLER, *op. cit.*, n° 334).

[131] V. *supra*, n° 22.

[132] M. DE BELLOMAYRE, *La promesse de porte-fort*, thèse Paris, 1907, p. 20.

[133] *Ibid.* Il est intéressant de noter que, à l'issue de cette sévère démonstration, l'auteur procède à une spectaculaire volte-face, en précisant que : « la volonté des parties est souveraine ; celles-ci peuvent déroger au principe et étendre expressément ou implicitement l'obligation du porte-fort qui se rapprocherait alors d'un cautionnement » (p. 22).

[134] V. *supra*, n° 20 et s.

personne qui s'engage pour autrui »[135]. La ressemblance s'arrête là : « Le porte-fort promet seulement que le tiers, dont il se croit sûr, consentira à s'engager, à prendre pour lui le contrat qui a été fait [...]. Le porte-fort est donc libéré dès que cet engagement a été pris par le tiers : il n'est pas garant de son exécution. La caution, au contraire, se présente pour quelqu'un qui consent immédiatement à s'obliger, ou même qui l'est déjà, et elle garantit au créancier l'exécution de la dette. Elle s'engage à payer la dette d'autrui, si le débiteur ne satisfait pas lui-même à son obligation. Son engagement commence donc quand finit celui du porte-fort »[136].

Il n'y a là rien de révolutionnaire, et personne ne niera qu'il s'agit très précisément des règles à appliquer lorsque le porte-fort concerne une ratification. Mais d'autres auteurs ajouteraient que le promettant peut garantir l'exécution en lieu et place, ou en sus de la ratification. Planiol et Ripert, ne l'admettent pas, et c'est donc très logiquement qu'ils énoncent : « Une même personne peut consentir à jouer successivement les deux rôles et s'engager pour autrui, d'abord comme porte-fort, ensuite comme caution ; mais, même en ce cas, les deux obligations restent distinctes en sa personne »[137]. À chaque institution son territoire bien défini.

Troplong poursuit dans le détail la différence de régime des deux mécanismes, presque jusqu'à l'absurde : « 1° Quand on demande à un fidéjusseur l'accomplissement de sa promesse, il peut opposer l'exception de discussion. Quand on demande à un porte-fort de payer si mieux n'aime rapporter la ratification, point d'exception dilatoire de cette nature dans laquelle il lui soit permis de se réfugier. 2° Quand le fidéjusseur a payé ; il a contre le débiteur principal l'action *mandati contraria*, sous-entendue dans l'agissement. Quand le porte-fort a payé, et qu'il se trouve hors le cas où la *negotium gestio* est autorisée, il n'a pas d'action en indemnité contre le tiers, qui, ne lui ayant pas donné de mandat, est maître de refuser sa ratification. Il supporte la peine de son imprudence »[138]. Il n'est pas difficile de trouver des dissemblances à des institutions dont on a posé en principe que l'une d'elle est une sûreté personnelle et l'autre pas. L'exercice peut sembler vain.

Pourtant, poursuivre la lecture de Troplong un instant encore fait naître un doute : « 3° L'obligation du porte-fort n'est pas accessoire, comme la fidéjussion, à une obligation principale sur laquelle elle soit obligée de se modeler ; elle a toute la latitude d'une obligation principale. Ainsi donc, je peux m'obliger, sous 20 000 fr. de dommages et intérêts, à procurer le fait de Sempronius qui n'est obligé qu'à beaucoup moins ; je suis maître de me placer dans une situation plus onéreuse que la sienne »[139]. Il est donc question de rapporter le fait d'une personne déjà obligée ! À l'évidence, l'exemple fourni ne relève pas de l'hypothèse classique du porte-fort de ratification. Faut-il comprendre que, dans certaines situations marginales, le porte-fort pourrait concerner la question de l'exécution de l'obligation ?

53. L'exception : le cautionnement d'un incapable – Troplong explique dans quelles circonstances le porte-fort peut intervenir alors même que le tiers est déjà débiteur d'une obligation : quand cette obligation est nulle. Il donne l'exemple

[135] M. PLANIOL et G. RIPERT, *op. cit.*, n° 1023.
[136] *Ibid.* Dans le même sens, V. par ex. F. CHABAS, H, J. et L. MAZEAUD, *op. cit.*, n° 242.
[137] *Ibid.*
[138] R.-T. TROPLONG, *Du cautionnement et des transactions ou commentaire des titres XIV et XV du livre III du Code civil*, éd. Charles Hingray, 1846, n° 33.
[139] *Ibid.*

d'un engagement contracté sous la violence, et explique qu'une caution ne saurait en garantir l'exécution. « Car, enfin, à quoi tend sa fidéjussion ? À adhérer à la promesse [du débiteur principal], à la prendre pour [elle] telle qu'elle est : idem esse jubeo. Or, si l'obligation est nulle pour [le débiteur principal] par suite d'un vice intrinsèque, elle est également nulle pour sa caution, qui n'a accepté que cette obligation elle-même : *idem* »[140]. Il indique immédiatement la parade : « Mais si le cautionnement ne peut exister pour une telle obligation non valable, rien n'empêche de se porter fort pour la faire ratifier. [Le garant], par exemple, pourra promettre, sous peine de dommages et intérêts, que [le débiteur principal] approuvera plus tard, en connaissance de cause, ce qu'il a souscrit dans un moment où il n'était pas libre : ce sera là une obligation principale parfaitement valable »[141].

Si cet exemple de promesse portant sur une obligation atteinte du vice de violence ne se retrouve plus dans la doctrine et la jurisprudence contemporaines, une analyse très comparable est développée s'agissant du cautionnement d'une obligation souscrite par un incapable. En effet, l'article 2289 du Code civil, après avoir posé en son alinéa premier que « Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable », précise en son deuxième alinéa que cette exigence ne concerne pas les obligations pouvant être annulées par « une exception purement personnelle à l'obligé », et cite l'exemple de la minorité du débiteur principal. Cette règle appelle un double commentaire : l'alinéa 2 concerne toutes les formes d'incapacité, et pas seulement la minorité ; mais uniquement cela, aucune autre « exception purement personnelle » n'étant en réalité admise[142]. La doctrine contemporaine expose : « La dérogation aux principes régissant la matière est telle que, de l'avis unanime, la qualification même d'un tel engagement doit être remise en cause. Le procédé qui permet de consolider l'engagement d'un incapable est la promesse de porte-fort. Aussi reconnaît-on au cautionnement de l'incapable une double nature : promesse de porte-fort tant que l'incapable n'a pas ratifié valablement son propre engagement, cautionnement garantissant ensuite l'exécution de l'engagement ratifié »[143]. Pour cela, il faut que le garant ait eu conscience de l'incapacité qu'il s'apprêtait à couvrir[144].

Voici qui explique que le porte-fort puisse être utilisé alors même que l'obligation principale existe déjà. Mais il ne s'agirait que d'une apparence d'obligation, qui ne vaudrait rien ou presque jusqu'à ce que le débiteur principal ait « ratifié son propre engagement ». Ainsi, même les partisans d'une interprétation restreinte de l'article 1120 peuvent se rallier à l'analyse, qui ne heurte pas leurs convictions : c'est encore face à un porte-fort de ratification que l'on se trouve. Et lorsque, « ratifiée » par son débiteur même, l'obligation acquiert finalement quelque solidité, le porte-fort se mue aussitôt en un cautionnement des plus classiques. Un unique engagement de la part du garant est ainsi considéré, successivement et selon

[140] *Ibid.*, n° 30.
[141] *Ibid.*
[142] V. par ex. L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 139.
[143] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 111. Dans le même sens, V. not. : L. AYNÈS et P. CROCQ, *loc. cit.* ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *Droit des sûretés*, Litec, 9e éd., 2010, n° 67 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 220 ; P. THÉRY, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2e éd., 1998, n° 52. *Contra* : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *Traité de droit civil*, ss. la dir. de J. GHESTIN, *Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010, n° 81.
[144] *Ibid.*, note n° 3 p. 97. Les arrêts cités montrent que la Cour de cassation n'a pas pris position sur ce point précis.

les besoins, comme indépendant de l'obligation principale, puis comme accessoire. Cette analyse dualiste est bien commode. Ne cache-t-elle pas, au fond, qu'il y a bien un lien entre le porte-fort et l'idée de garantie ?

B. La doctrine favorable à la fonction de garantie

54. Plan – L'idée selon laquelle le porte-fort peut servir à garantir l'exécution d'une obligation semble développée par la doctrine sous deux formes successives. Dans un premier temps, le porte-fort est considéré comme un moyen de contracter une obligation du même type que celle d'une caution (1). Dans un second temps, il est avancé qu'il pourrait s'agir d'une sûreté personnelle dotée d'une nature et d'un régime propres (2).

1. Le porte-fort comme mode de cautionnement

55. Le fait promis : l'exécution – L'idée selon laquelle l'expression « fait d'un tiers » peut viser autre chose que la ratification d'une convention passée sans pouvoir est une prémisse nécessaire à la démonstration que le porte-fort peut servir à garantir une créance. Il pourrait sembler un instant que telle est l'opinion de Zachariæ. N'écrit-il pas que : « Promettre le fait d'autrui doit s'entendre dans un sens général [...] »[145] ? Ce serait pourtant un contresens : pour lui, c'est l'obligation que le tiers va accepter de reprendre par sa ratification, qui peut être aussi bien de faire que de donner. Le « fait d'un tiers » n'est donc pas la ratification elle-même, mais l'obligation qui en résulte dans le chef du tiers, qui peut être de tout type. Qui en doutait ? Cette manière d'entendre l'expression est une preuve supplémentaire de l'impressionnante plasticité des interprétations.

La prudence est alors de mise, à la lecture de Demolombe : « Quand l'article 1120 dispose qu'on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci, il est évident que ce mot : fait, est générique, et qu'il comprend tout ce qui peut être la matière d'une convention : soit la dation ou prestation d'une chose, soit l'accomplissement d'un fait, soit l'abstention d'un fait »[146]. L'idée de porte-fort d'exécution semble s'éloigner encore à la lecture du passage suivant : « [Le promettant] est quitte, dès que le tiers s'est obligé, en ratifiant. Son rôle est, dès lors, fini ; on ne saurait ensuite le rendre responsable de l'exécution de l'obligation, que le tiers a contractée »[147].

Mais l'auteur poursuit : « Du moins, en doit-il être ainsi de la promesse ordinaire faite, dans les termes où nous la supposons, d'après l'article 1120, et par laquelle une personne a promis de faire ratifier l'engagement contracté par elle pour un tiers. Mais, comme c'est là, finalement, une question d'interprétation, il se pourrait que la promesse de celui qui s'est porté fort, dût produire des effets plus étendus, en raison des circonstances du fait et surtout des expressions de l'acte ; comme si, par exemple, j'avais promis que le tiers donnera ou qu'il payera ; d'où l'on serait autorisé à conclure que je n'ai pas promis seulement que le tiers

[145] K.-S. ZACHARIÆ, *op. cit.*, note n° 9 p. 364.
[146] C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 218.
[147] *Ibid.*, n° 221.

s'obligerait à donner ou à payer, mais bien qu'il donnerait, en effet, et qu'il payerait, c'est-à-dire que j'ai garanti l'exécution même de son obligation »[148].

La conclusion est très claire : il ne s'agit pas de dire, comme Zachariæ, que le promettant peut uniquement s'engager à ce que le tiers ratifie un contrat, mais un contrat qui peut contenir toute sorte d'obligation. Non, le promettant peut s'engager à ce que le tiers fasse plus ou autre chose que ratifier, et Demolombe vise clairement la question de l'exécution.

Après tout, ne trouvait-on pas un tel usage du terme sous la plume de Talleyrand lui-même, moins de trois ans avant l'adoption du Code civil ? Il écrivait alors, au nom du premier Consul, au plénipotentiaire représentant la France dans la négociation du traité d'Amiens : « [...] dans tous les cas, le gouvernement français se porte fort pour le gouvernement espagnol, et promet de lui faire agréer et exécuter tant les articles préliminaires conclus que le traité définitif qui va résulter des négociations ouvertes au congrès d'Amiens »[149].

Reste une question cruciale : quelles seront les règles applicables au porte-fort d'exécution ? Demolombe envisage assez classiquement, dans son ouvrage, la question du régime du porte-fort en général. A-t-il conscience que l'application, à la garantie d'une créance, du régime généralement associé au porte-fort de ratification peut être intéressante pour le créancier, en ce qu'elle permet peut-être d'échapper, dans une certaine mesure, au caractère accessoire du cautionnement ? Cela n'est pas évident et, en tout cas, l'idée n'est pas explicitement développée. À l'époque, le caractère accessoire n'était pas encore considéré comme gênant, et les créanciers ne tentaient pas de le fuir comme ils le font aujourd'hui. Ayant cela à l'esprit, on est moins surpris de la position adoptée par Albert Tamboise, pour qui le porte-fort d'exécution doit avoir le régime du cautionnement.

56. Le régime : celui du cautionnement – La thèse d'Albert Tamboise, soutenue en 1906, a pour titre « De la clause de porte-fort », et pour sous-titre « essai d'une théorie nouvelle »[150]. Quelle est donc cette théorie nouvelle ? Elle consiste à « [...] donner au porte-fort un rôle nouveau, à le faire entrer comme partie secondaire dans ce contrat qui ne doit plus lui rester totalement étranger après la ratification du tiers et disons le tout de suite, à faire de lui une caution du tiers pour lequel il s'est porté fort, une caution dont les droits et obligations seront les mêmes que ceux des cautions ordinaires du droit civil dont elle ne différera que par son mode de constitution qui est tout spécial »[151]. Il ne s'agit donc pas, contrairement à Demolombe, d'affirmer que le promettant peut garantir l'exécution si telle est sa volonté, mais bien qu'il s'engagerait toujours à la fois à faire ratifier et à faire exécuter. En cela, l'opinion est certainement excessive ; elle est en tout cas isolée[152].

Mais Tamboise est donc lui aussi partisan du porte-fort d'exécution, et a le mérite de proposer un régime : celui du cautionnement. Cela l'amène à anticiper plusieurs critiques, dont celle qui serait tirée de l'actuel article 2292 du Code civil :

---

[148] *Ibid.*, n° 222.
[149] A. DU CASSE, *Histoire des négociations diplomatiques relatives aux traités de Mortfontaine, de Lunéville et d'Amiens*, éd. E. Dentu, 1855, p. 34.
[150] A. TAMBOISE, thèse préc.
[151] *Ibid.*, p. 49. L'auteur cite, dans le sens de sa théorie, M. LEVY-ULLMANN, *Cours général de droit civil*, année 1903-1904.
[152] Pour une réfutation détaillée, V. J. BOULANGER, thèse préc., n° 20 et s.

« le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès [...] ». Mais, avance-t-il, « si on admet notre théorie, l'expression se porter fort et autres équivalents seront simplement autant de façons nouvelles d'exprimer la volonté de se porter caution »[153]. Une autre critique potentielle, tirée du caractère accessoire, semble plus importante. Dans la théorie de Tamboise, le promettant s'engage à la fois à faire ratifier et à faire exécuter. Or, « pour qu'il y ait caution, nous dira-t-on, il faut qu'il y ait un débiteur principal, il faut que l'obligation que l'on veut cautionner soit elle-même déjà née. [...] Mais si telle est la situation normale dont on se contentera pendant longtemps dans une législation primitive, il n'est pas impossible ni surprenant que pour éviter des inconvénients pratiques ou matériels on se soit peu à peu habitué à considérer la sûreté comme une partie indépendante du contrat que l'on pouvait détacher de ce contrat pour en faire tel usage que les nécessités de la pratique imposaient ; par exemple, pour en faire bénéficier une autre créance ou une autre personne [...] »[154]. Il cite ainsi des exemples de cette évolution tirés du droit allemand. Le porte-fort serait donc un cautionnement, mais comportant déjà, dans la pensée de Tamboise, des dérogations aux conséquences classiques du caractère accessoire.

L'idée d'une utilisation de ce mécanisme comme sûreté personnelle n'en est qu'à ses débuts : elle va ensuite se préciser et se perfectionner. Se dessine alors un mécanisme bien distinct du cautionnement.

2. Le porte-fort comme alternative au cautionnement

57. L'évolution des besoins – Il faut revenir un instant sur les développements déjà cités de Troplong, à propos de la différence entre cautionnement et porte-fort : « L'obligation du porte-fort n'est pas accessoire, comme la fidéjussion, à une obligation principale sur laquelle elle soit obligée de se modeler ; elle a toute la latitude d'une obligation principale. Ainsi donc, je peux m'obliger, sous 20 000 fr. de dommages et intérêts, à procurer le fait de Sempronius qui n'est obligé qu'à beaucoup moins ; je suis maître de me placer dans une situation plus onéreuse que la sienne »[155]. Tout l'intérêt du porte-fort d'exécution est déjà décrit. Mais Troplong s'exprime ici à propos d'une hypothèse bien particulière, celle de la promesse portant sur une obligation n'existant qu'en apparence, car frappée de nullité, de sorte qu'elle devra être ultérieurement « ratifiée » par son propre débiteur. Quant à Demolombe, il envisage que le promettant puisse, si telle est sa volonté, non seulement promettre la ratification du contrat mais aussi son exécution subséquente[156]. L'idée n'est pas encore que le promettant puisse intervenir uniquement au stade de l'exécution, pour garantir une obligation qui s'est formée tout à fait classiquement, mais elle en est très proche.

Ainsi, dès le 19e siècle, les éléments nécessaires à l'avènement du concept de porte-fort d'exécution sont déjà réunis. À l'exception d'un seul : que cela présente un intérêt. La crise du cautionnement n'est pas encore survenue, cette institution remplit bien son office et satisfait la pratique. Pourquoi faudrait-il orienter des

[153] *Ibid.*, p. 53.
[154] *Ibid.*, p. 54.
[155] V. *supra*, n° 52.
[156] V. *supra*, n° 55.

réflexions doctrinales dans une si pauvre direction ? Mais le contexte va bientôt changer.

58. L'avènement du concept – Lorsque Monsieur Pascal Ancel soutient, en 1982, une thèse consacrée aux sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé, il se trouve à une période charnière. Ainsi écrit-il : « la pauvreté du droit français [des sûretés] apparaissait d'une manière particulièrement nette, il y a encore trois ou quatre ans, si on le comparait avec les autres systèmes juridiques européens notamment avec les droits germaniques qui connaissent depuis longtemps une grande variété de sûretés personnelles en plus du cautionnement. Les juristes étrangers, d'ailleurs, ne se faisaient pas faute de nous reprocher notre manque d'imagination en ce domaine »[157]. L'auteur expose alors l'évolution des besoins économiques, l'expansion du recours au crédit, et l'apparition corrélative de nouvelles sûretés personnelles telles que les lettres d'intention et les garanties autonomes. Le cautionnement et son caractère accessoire ne suffisent plus à satisfaire tous les besoins[158].

Au sein de son étude des mécanismes de garantie personnelle non accessoires qui peuvent se rencontrer dans les droits européens, M. Ancel propose de recourir, en droit français, aux garanties indemnitaires[159]. La définition suivante est proposée : « la garantie indemnitaire est un contrat par lequel une personne (le garant) s'engage d'une manière indépendante, à indemniser une autre personne (le bénéficiaire) pour le cas où celle-ci ne recevrait pas une prestation qui lui a été promise par un tiers »[160]. Après avoir passé en revue les manifestations du concept dans les droits étrangers, l'auteur se tourne vers le droit français, et explique : « Il serait sans doute absurde d'affirmer que la garantie indemnitaire existait depuis longtemps en droit français et que personne ne le savait. Les institutions n'ont pas d'existence abstraite, elles n'ont de sens que par leur utilisation pratique. Il n'en reste pas moins que la figure juridique que constitue la garantie indemnitaire ne doit pas surprendre complètement le juriste français »[161].

Les manifestations du concept dans notre droit national se retrouveraient dans l'obligation de garantie de certains contrats : garantie des vices cachés, garantie d'éviction, garantie décennale[162], mais aussi et surtout dans l'article 1120 du Code civil. Après avoir invoqué à son profit la doctrine favorable à une interprétation large de cette disposition du Code civil[163], dont les positions ont été exposées précédemment, M. Ancel formule ainsi sa proposition : « Si le principe de l'effet

---

[157] P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse Dijon, 1982, n° 1.
[158] Sur la crise actuelle du cautionnement, V. *supra*, n° 3 s.
[159] Sur les raisons qui ont poussé l'auteur à opter pour cette expression, V. *supra*, n° 9.
[160] *Ibid.*, n° 32.
[161] *Ibid.*, n° 47.
[162] *Ibid.*, n° 48. Sur cette question, V. *infra*, n° 384.
[163] À propos des auteurs qui, au contraire, prônaient une interprétation restrictive du texte, M. ANCEL estime : « Il semble que, dans sa lecture de l'article 1120, la doctrine française ait été victime d'une propension habituelle à orienter la théorie générale des obligations autour de leur naissance, en délaissant quelque peu les problèmes liés à leur exécution. La promesse de porte-fort a tout naturellement été conçue comme devant s'appliquer à la conclusion d'un contrat, et non à l'exécution de ce contrat. Par ailleurs, les auteurs français ont peut-être été tellement obnubilés par l'idée de démarquer l'article 1120 du problème de l'effet relatif des contrats, en démontrant que le tiers n'est pas engagé par la promesse, qu'ils n'ont pas imaginé qu'il puisse l'être par ailleurs... » (n° 57).

relatif des conventions s'oppose effectivement à ce que le tiers soit obligé par la promesse, rien n'empêche qu'il ait contracté, personnellement, par ailleurs, un engagement envers le bénéficiaire de la promesse – engagement que la promesse aurait précisément pour but de garantir. A est créancier de B ; C se porte fort envers B que A exécutera bien la prestation promise ; B se trouve alors créancier à la fois de A débiteur principal et de C, garant. L'intérêt d'une telle combinaison, par rapport au cautionnement, est que l'obligation du porte-fort est tout à fait indépendante de celle du débiteur originaire. C aurait très bien pu se porter fort alors que B n'était pas du tout tenu ; le fait que B ait, de son côté, contracté une obligation ne change rien à l'obligation de C. Il sera tenu même si l'obligation de B vient à être annulée ou à s'éteindre. Nous sommes bien en présence d'une sûreté personnelle non accessoire »[164]. Et non des moindres !

Le régime décrit ne manquera pas de frapper le juriste français habitué au cautionnement. Il séduira autant le bénéficiaire potentiel qu'il inquiétera celui qui pourrait avoir à répondre d'un tel engagement. Ce concept nouveau de « garantie indemnitaire », adossé à l'article 1120 du Code civil, a-t-il convaincu le reste de la doctrine ?

59. Le développement du concept – Quelques années plus tard, M. Simler, dans un article remarqué, compte le porte-fort au nombre des « solutions de substitution au cautionnement »[165]. Avec la solidarité et l'indivisibilité, ainsi que la délégation, il fait partie des mécanismes du Code civil qui peuvent trouver une utilité en matière de sûretés personnelles en sus de leur usage classique[166]. Le régime obtenu est le suivant : « [le promettant] ne s'est pas obligé à payer la dette du principal débiteur ou à se substituer à lui, comme une caution : il est tenu, au contraire, d'une obligation distincte, nouvelle et indépendante d'indemnisation du préjudice résultant de l'inexécution ». Et d'ajouter, se référant au travaux de M. Ancel : « Un tel engagement, dont la validité n'est pas douteuse, peut indiscutablement tenir lieu de sûreté personnelle. Elle est constitutive d'une garantie indemnitaire »[167].

L'insertion, dans la 4ème édition du manuel dont il est le co-auteur avec M. Delebecque, d'un chapitre consacré au porte-fort d'exécution[168] a été considérée comme « significative de l'engouement doctrinal pour cette institution »[169]. Depuis la 5e édition, le porte-fort d'exécution prend place au côté des lettres d'intention dans un chapitre consacré aux « garanties indemnitaires »[170]. Quant à la monographie que M. Simler consacrait à l'origine au seul cautionnement, avant d'en faire un traité du cautionnement et des garanties autonomes, elle s'intitule aujourd'hui « cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires »[171]. Mme Riassetto, consacre elle aussi au porte-fort d'exécution une volumineuse étude[172]. Cet auteur a par ailleurs pris acte de ce que, dans sa conception moderne, le porte-

[164] *Ibid.*, n° 56.
[165] P. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », art. préc.
[166] *Ibid*, n° 14.
[167] *Ibid*, n° 13.
[168] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, 4e édition, 2004, p. 302.
[169] P. DUPICHOT, thèse préc., note n° 548, p. 350.
[170] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, 5e édition, 2009, p. 295.
[171] P. SIMLER, *Cautionnement, garanties autonomes et garanties indemnitaires*, *op. cit.*
[172] P. DUPICHOT, thèse préc., *loc. cit.*, à propos de I. RIASSETTO, *Lamy droit des sûretés*, art. préc.

fort autorise la promesse de tout fait d'un tiers. Il peut donc exister à côté du porte-fort de ratification, non seulement un porte-fort d'exécution, mais encore bien d'autres variétés. Elle propose par exemple de nommer « porte-fort de conclusion » le contrat « en vertu duquel le porte-fort promet au bénéficiaire qu'un tiers conclura un contrat avec lui ou souscrira une obligation »[173].

Enfin, nombre d'autres auteurs contemporains, même s'ils n'y consacrent que de courts développements, reconnaissent le concept de porte-fort d'exécution[174].

60. Une réécriture de l'article 1120 ? – Le projet de réforme du droit des obligations conduit par M. Terré comporte un article 128 ainsi libellé : « On peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers. Le promettant est libéré de toute obligation si le tiers accomplit le fait promis. Dans le cas contraire, il peut être condamné à des dommages et intérêts. Lorsque le porte-fort a pour objet la ratification d'un engagement, ce dernier est rétroactivement validé à la date à laquelle le porte-fort a été souscrit »[175]. Ce texte adopte donc ouvertement une conception large du porte-fort[176]. En revanche, ni l'avant-projet de la commission Catala[177], ni le projet de la Chancellerie[178] ne prennent position de manière aussi claire.

---

[173] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-11, a).

[174] V. not. L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 325 ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1246 s ; M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 69 ; I. FADLALLAH, « Problèmes actuels des sûretés personnelles, rapport général », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998, p. 323, n° 11 ; D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, PUAM, 2001, n° 300 ; Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, coll. Thémis droit, 2e éd., 2010, n° 158 ; A. JONVILLE, « Pratique de la promesse de porte-fort », *Dr. et Patr.*, 1998, n° 57, p. 28, spéc. p. 32 s. ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 317 ; D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *op. cit.*, n° 242 ; S. PIEDELIÈVRE, *op. cit.*, n° 208. Un auteur a cru voir une garantie personnelle dans la situation suivante : un époux est obligé, par le droit des régimes matrimoniaux, à obtenir l'accord de son conjoint pour disposer d'un logement. Il le vend sans son accord mais en se portant fort pour lui. D'après M. CASEY, « ce que l'époux porte-fort garantit, c'est en réalité l'exécution de la convention en promettant que son conjoint viendra lever l'incapacité partielle qui le frappe [...] » (J. CASEY, « Promesse de porte-fort et régimes matrimoniaux », *RJPF*, 2000, n° 2, p. 6, V. p. 7). Mais il n'y a là aucune sûreté personnelle : le créancier a face à lui une seule personne, qui sera son débiteur au titre de l'inexécution du porte-fort si la ratification n'intervient pas, au titre du contrat s'il est ratifié. Ce n'est pas un porte-fort d'exécution.

[175] F. TERRÉ (ss. la dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.

[176] Il ne faudrait pourtant pas se réjouir trop vite. Le commentaire de cette disposition par un membre du groupe de travail (P. RÉMY-CORLAY, « Les effets à l'égard des tiers » *in Pour une réforme du droit des contrats*, *op. cit.*, p. 291) cite en référence l'arrêt du 13 décembre 2005 de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dont il sera exposé qu'il n'est qu'une reconnaissance de façade du porte-fort d'exécution (V. *infra*, n° 223 s.).

[177] Dans l'avant-projet issu du groupe de travail dirigé par P. CATALA, précité, l'article 1170 al. 1 est tout aussi obscur que l'ancien art. 1120 : « Néanmoins, on peut se porter fort pour un tiers, en promettant le fait de celui-ci ; sauf l'indemnité contre celui qui s'est porté fort si le tiers refuse d'accomplir le fait promis ou de ratifier l'engagement ». Le deuxième alinéa semble même indiquer que c'est l'interprétation restrictive du mécanisme que l'on retient : « Si le tiers accomplit le fait promis ou ratifie l'engagement, le porte-fort est libéré de toute obligation, et l'engagement est rétroactivement validé à la date à laquelle il a été souscrit ».

[178] L'article 141 de ce projet précité semble tendre vers une utilisation générale du porte-fort : « Néanmoins, on peut se porter fort en promettant le fait d'un tiers ». Mais le deuxième alinéa semble orienté entièrement vers la ratification, sans préciser qu'il s'agirait d'une utilisation spéciale du mécanisme, parmi d'autres possibles : « Si le tiers accomplit le fait promis ou ratifie l'engagement, le porte-fort est libéré de toute obligation. L'engagement du tiers est rétroactivement validé à la date à laquelle il a été souscrit par celui qui s'est porté fort ».

On mesure le chemin parcouru depuis les Institutes de Justinien. Mais le plus difficile reste à faire : sur la base d'un texte aussi concis qu'obscur, comment faut-il concevoir les règles appelées à gouverner la mise en œuvre de la sûreté ? Avant de répondre à cette question[179], il faut passer de l'unité à la diversité, du seul porte-fort d'exécution à la famille des garanties indemnitaires. Il est temps, en effet, d'examiner la nature juridique des lettres d'intention.

Sous-section 2
Les lettres d'intention, révélatrices de la variété des garanties indemnitaires

61. Définitions – L'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés a introduit la lettre d'intention au sein du Code civil, en son article 2322[180], qui dispose : « La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers le créancier ». Cette proposition, volontairement sibylline, peut être avantageusement complétée par une définition doctrinale : « La lettre de confort (ou d'intention, de patronage, de parrainage, de support, d'apaisement, de soutien, de bonne fin) est un écrit par lequel une personne fait part à un créancier, en des termes variables et souvent imprécis, de sa volonté de soutenir le débiteur afin de permettre à ce dernier d'exécuter ses engagements. [...] En pratique, l'émission d'une lettre de confort émane le plus souvent d'une société mère ou contrôlaire, désireuse de permettre à l'une de ses filiales, ou sociétés contrôlées, d'obtenir un crédit qui, en général, dépasse ses capacités financières »[181].

62. Plan – Imprécision volontaire de l'engagement (I), mais aussi de sa définition au sein du Code (II) : la lettre d'intention se révèle être un mécanisme surprenant, et même, à certains égards, paradoxal. C'est pourtant grâce à elle que la famille des garanties indemnitaires apparaîtra dans toute sa diversité.

---

[179] V. *infra*, n° 107 s.
[180] Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, art. 7.
[181] C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, « Lettre d'intention (ou de confort) », *in Lamy droit des sûretés*, fasc. 145, mars 2009, n° 145-3. V. cep. I. NAJJAR, « L'autonomie de la lettre de confort », *D.*, 1989, chron. p. 217, spéc. p. 219, pour qui les expressions « lettre d'intention » et « lettre de confort » correspondent à deux réalités distinctes. Cette opinion semble relativement isolée.

I. Paradoxe du mécanisme des lettres d'intention

« Chacun de ceux qui s'adressaient à [Merlin] le voyait sous une apparence qui correspondait à ses désirs ou à ses craintes. Pour les femmes, il avait les traits un peu imprécis de l'homme idéal dont elles rêveraient d'être aimées. Les hommes lui ôtaient tout caractère qui aurait pu en faire un rival, et lui prêtaient les attributs qu'ils croyaient être ceux de la sagesse : un grand âge et une longue barbe, avec parfois un gros ventre bien rond, assorti à la rondeur du pommier ».

R. BARJAVEL, *L'enchanteur*, Folio, p. 177.

63. Plan – Comme le Merlin de Barjavel, la lettre d'intention doit avoir quelque chose de magique. Car voici un unique document, dont l'apparence varie pourtant en fonction de la personne qui le regarde. Le destinataire, séduit, n'y verra que charmes et promesses. L'expéditeur, quant à lui, sera convaincu de sa totale innocuité. En effet, l'engagement du confortant pourrait se résumer à un curieux : « Je ne peux rien vous promettre (A), mais je m'y engage (B) ».

A. De l'art de ne pas s'engager...

64. Plan – Le confortant a de bonnes raisons de fournir au bénéficiaire un engagement le plus évanescent, le plus inconsistant possible (1). Il y sera parfaitement parvenu si la lettre ne peut être qualifiée que de simple engagement moral (2).

1. Les objectifs

65. Objectifs internes – Les *comfort letters* ont été créées par la pratique financière anglo-saxonne dans les années 60, puis copiées dans l'Europe entière à compter des années 70[182]. Les charmes discrets de tels engagements sont parfaitement décrits ainsi : « Le créancier sait plus ou moins nettement que le groupe auquel appartient [la société débitrice] ne laissera pas cette filiale tomber en faillite. Pour formaliser cette intuition, il devrait obtenir de la société mère ou d'une société sœur de la filiale débitrice un cautionnement garantissant le paiement en cas de défaillance. Mais un tel cautionnement soulève une difficulté majeure : il devra être publié dans les documents comptables de la société caution, et diminuera ainsi sa propre capacité de crédit »[183].

La solution ? Le confortant se contentera de jeter sur le papier quelques propos rassurants adressés au créancier, presque sans y prendre garde. Rien de plus.

[182] V. par ex. M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 552. R. BAILLOD estime quant à elle que ces engagements doivent être très anciens, mais : « Pour que la jurisprudence ait à connaître des lettres d'intention, il fallait que le débiteur "patronné" se révèle insolvable et, supposition tenue récemment encore pour incongrue, que le "patron" sollicité de payer conteste l'existence d'un quelconque engagement de sa part » (« Les lettres d'intention », *RTD. com.*, 1992, p. 547, n° 2).

[183] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *loc. cit.*

Pas de cautionnement, pas d'annexe au bilan[184]. En vertu du même raisonnement, « les dirigeants de sociétés anonymes émettrices ne se sentent pas tenus de requérir l'autorisation du conseil d'administration ou de surveillance imposée lors de la conclusion d'un contrat de cautionnement ou de garantie autonome »[185]. La formule est soigneusement pesée : les dirigeants « ne se sentent pas » tenus par cette obligation légale, ce qui ne signifie pas qu'ils ont raison. Ne dérangeons pas le conseil pour si peu, trois fois rien ! Dans la pharmacopée du droit des sûretés, les « lettres d'apaisement » seraient des tranquillisants homéopathiques vendus sans ordonnance.

66. Objectifs externes – Les dirigeants de société signant des lettres de confort ont donc avant tout à l'esprit leur tranquillité interne, ils souhaitent « avoir les coudées franches »[186]. Mais le recours à ce document produit un second effet, tourné vers la sphère externe, plus précisément vers le bénéficiaire : l'ambigüité des termes utilisés permettra de minimiser la portée de l'engagement contracté.

67. Objectifs du bénéficiaire – Si les raisons pour lesquelles le confortant souhaite user d'une lettre d'intention plutôt que d'un cautionnement sont claires, il est plus difficile de comprendre ce qui pousse le bénéficiaire à accepter d'entrer dans un jeu dans lequel, *a priori*, il a tout à perdre. En voici la raison : « lorsque le directeur d'un grand groupe adresse à la banque une lettre de confort pour une de ses filiales, il peut paraître inopportun de lui réclamer en complément un contrat de cautionnement en bonne et due forme »[187]. La diplomatie – qui prend le nom, dans les affaires, de « politique commerciale »[188] – serait donc l'explication première. Et il est vrai qu'en cette matière, la langue habituelle des contrats, sèche et claire, laisse place à la langue du Quai d'Orsay, aux louvoiements et aux esquives.

2. Les moyens

68. Absence d'engagement – Certains auteurs, dans une classification des engagements susceptibles d'être contenus au sein d'une lettre de confort, prévoient une catégorie moins contraignante encore que l'engagement purement moral. L'art du rédacteur de lettre d'intention est porté à son sommet, et touche à vrai dire au sublime, lorsqu'il parvient à rassurer le bénéficiaire par une formule du type : « nous voudrions mentionner, sans engagement quelconque de notre part, que c'est un principe de la politique générale de notre maison de veiller […] à ce que la situation

[184] Le confortant feindra de croire que l'article L. 232-1, I, 1° du Code de commerce ne trouve pas à s'appliquer, qui dispose pourtant que figure en annexe, notamment : « Un état des cautionnements, avals et garanties donnés par la société ».
[185] C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, art. préc., n° 145-3. Les textes visent ici encore les « cautions, avals et garanties » : art. L. 225-35 C. com., al. 4 (conseil d'administration) et L. 225-68, al. 2 (conseil de surveillance).
[186] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 402.
[187] R. BAILLOD, art. préc., n° 3.
[188] *Ibid.*

financière de nos sociétés affiliées soit solide [...] »[189]. De telles missives ont été plaisamment qualifiées de « lettres d'illusion »[190].

69. L'engagement moral – En réalité, l'exemple précédent n'est-il pas déjà un engagement moral ? Prendre acte de ce que le débiteur appartient à son cercle d'influence, n'est-ce pas déjà mettre en jeu sa réputation ? Risquer son honneur, voilà bien un plancher en-dessous duquel nul ne peut descendre, le voudrait-il, dans sa quête effrénée du degré zéro de la promesse. Voici en tout cas des exemples dont le caractère d'engagement au moins moral est affirmé par des auteurs : l'émetteur de la lettre « introduit et recommande à votre meilleur accueil » le débiteur ou « indique ne pas se désintéresser de la bonne fin » de l'opération[191].

70. Sanctions – Un engagement seulement moral est-il pour autant dénué de toute sanction ? La réponse est négative dans une hypothèse au moins : lorsque les propos lénifiants contiennent des données erronées, auquel cas l'émetteur pourrait se voir reprocher une faute engageant sa responsabilité civile délictuelle[192]. Mais qu'en est-il hors cette hypothèse bien particulière ? Le bénéficiaire peut dormir tranquille, si l'on en croit le Président de l'Association professionnelle des banques en 1974, qui attestait par un parère souvent cité que : « dans les usages bancaires français, la lettre par laquelle une société, de renom indiscuté sur le plan tant de la morale commerciale que de l'assise financière, parraine une société qu'elle contrôle pour l'obtention ou le maintien d'un crédit, constitue un engagement moral d'assurer la bonne fin du crédit et est considéré comme présentant en pratique une sécurité comparable à celle d'un engagement de caution »[193].

Certes, la perte de sa réputation dans le monde des affaires est une menace que le confortant considérera à deux fois avant de manquer à sa parole[194]. Mais il a été relevé, à juste titre, que l'inflation du contentieux en la matière démontre que « le scrupule moral est loin d'être toujours déterminant »[195]. La confiance aveugle est donc à proscrire. De plus, le parère précité, s'il est remarquable par son optimisme quant au destin d'un engagement moral, l'est également en ce qu'il semble définir la lettre d'intention comme relevant toujours de la simple parole d'honneur. Une telle affirmation semble inexacte : ce document est susceptible d'être qualifié de véritable engagement juridique.

---

[189] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 558.

[190] D. MAZEAUD, « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire. La lettre d'intention », *in Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999, p. 341, n° 10.

[191] *Ibid.*, n° 542. Pour d'autres formules caractérisant un simple engagement moral, V. par ex. C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, art. préc., n° 145-9.

[192] C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, *loc. cit.* La faute est bien délictuelle puisqu'il n'y a, dans une telle situation, aucun contrat.

[193] Cité par B. OPPETIT, « L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, chron., p. 107, V. p. 110. Sur les rapports complexes de l'éthique et du droit des affaires, *adde*, du même auteur, « Éthique et vie des affaires », *in Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 319. V. spéc. p. 332 sur le rôle de l'éthique vue par certains comme « auxiliaire du droit » et par d'autres comme phénomène « cantonné dans sa sphère et son ordre juridique particulier ».

[194] Elle conduira en effet « au pire, à la perte de tout crédit financier et fournisseur, au mieux, au renchérissement de celui-ci » C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, *loc. cit.*

[195] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 321. On revient donc parfois déçu du merveilleux pays des *gentlemen's agreements*.

B. ... en s'engageant malgré tout

71. Variété des engagements – Le confortant peut aller plus loin que le simple engagement moral, lorsqu'il sent que cela ne suffira pas à rassurer le bénéficiaire. Peut-être, d'ailleurs, accepte-t-il très bien l'idée que, en cas de défaillance du conforté, il lui faudra payer. C'est qu'il n'est motivé que par les « objectifs internes » déjà décrits[196] : éviter la mention en annexe du bilan et le passage devant le conseil d'administration ou de surveillance.

Dans ce cas, quelle est la nature de la sûreté contractée ? La Cour de cassation a consacré le mécanisme de la lettre d'intention en droit français par un arrêt fondateur du 21 décembre 1987, rendu par la Chambre commerciale[197]. Dans un attendu de principe, elle affirme que : « une lettre d'intention peut, selon ses termes, lorsqu'elle a été acceptée par son destinataire et eu égard à la commune intention des parties, constituer à la charge de celui qui l'a souscrite un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat, si même elle ne constitue pas un cautionnement ; qu'il appartient au juge de donner ou restituer son exacte qualification à un pareil acte sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ». Dire à un créancier qu'une lettre de confort lui a été adressée revient à lui décrire un emballage cadeau : il attendra, pour se réjouir, d'avoir ouvert et pris connaissance du contenu. La lettre d'intention, au sens où la pratique entend ce terme, n'est pas une sûreté personnelle : elle est un contexte, dans lequel n'importe quelle sûreté personnelle peut intervenir.

L'étape de qualification sera nécessairement délicate, puisqu'il s'agira d'une garantie avançant masquée. On l'aura compris : annoncer ouvertement un cautionnement, voire une sûreté plus rigoureuse, fait instantanément disparaître tous les avantages recherchés par le signataire d'une lettre d'intention. D'où des formules tortueuses et fort peu sacramentelles dans lesquelles chacun, du bénéficiaire et du confortant, sera disposé à voir ce qui sert le mieux ses intérêts.

72. Plan – La Cour de cassation rappelle donc au juge qu'il lui appartient de restituer à l'acte sa juste qualification, ainsi qu'il est prévu à l'article 12 du Code de procédure civile[198]. Il s'agira parfois d'engagements non indemnitaires (1), mais la famille des garanties indemnitaires sera bien souvent mobilisée pour l'occasion (2).

1. Engagements non indemnitaires

73. Garantie autonome ou constitut – L'idée que le confortant a pu souscrire un engagement de garant autonome sera à peine envisagée. Soit il se

---

[196] V. *supra*, n° 65.

[197] Cass. com., 21 déc. 1987, pourvoi n° 85-13173 : *Bull. civ.*, IV, n° 281 ; *JCP G*, 1988, II, 21113, concl. M. MONTANIER ; *D.*, 1989, p. 112, note J.-P. BRILL ; *Banque*, 1988, p. 361, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; *RD. banc. et bourse*, 1988, p. 101, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *Rev. sociétés*, 1988, p. 398, note H. SYNVET ; *RCDIP*, juin 1989, n° 2, p. 344, note M.-N. JOBARD-BACHELLIER.

[198] On ne saurait résumer cette mission du juge mieux que la Cour d'appel de Paris : « La mesure exacte de l'engagement du souscripteur de la lettre d'intention, résulte, dans chaque cas, de l'analyse des termes employés par celui-ci pour manifester sa volonté de s'engager aux côtés de sa filiale d'une manière qui peut être plus ou moins contraignante » (CA Paris, 10 mars 1989 : *D.*, 1989, jur., p. 436 ; *D.*, 1989, somm., p. 294, obs. L. AYNÈS ; *Gaz. Pal.*, 1989, 1, jur., p. 292, obs. J.-P. MARCHI ; *RD. banc. et bourse*, 1989, p. 137, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD).

souciait de contracter, vis-à-vis du bénéficiaire, une sûreté moins rude qu'un cautionnement, et l'on s'interroge sur son adresse ou sa compétence ; soit il était conscient de la sévérité de la garantie, et n'était motivé que par le souci d'échapper à la mention en annexe du bilan et au contrôle du conseil, et l'on s'interroge sur son honnêteté. Quant au constitut, s'il s'agit d'une sûreté moins rigoureuse qu'une garantie à première demande, elle l'est nettement plus qu'un cautionnement[199] et, surtout, elle est très rare en pratique, même si certains pensent avoir identifié une lettre d'intention renfermant un tel engagement[200].

74. Cautionnement – L'arrêt fondateur de 1987[201] envisageait la possibilité que la lettre d'intention soit constitutive d'un engagement de caution. Le terme de cautionnement ne figurera probablement nulle part, pour les raisons déjà exposées, mais la définition de l'article 2288 du Code civil sera pourtant satisfaite : le confortant exécutera l'obligation principale si le débiteur ne le fait pas lui-même. Certes, l'article 2292 du Code civil dispose que : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès [...] », mais cela signifie seulement que, nonobstant les termes utilisés, la volonté de se porter caution doit être suffisamment exprimée[202]. L'hypothèse sera fréquente en pratique. L'affaire de 1987 en est une parfaite illustration, puisque le confortant promettait de « soutenir sa filiale dans ses besoins financiers et, dans le cas où cela deviendrait nécessaire, de se substituer à elle pour faire face à tous les engagements qu'elle pouvait prendre à l'égard [du bénéficiaire] ». L'hypothèse d'une « substitution » au débiteur principal fournissait clairement la solution[203].

Moins évidente était la requalification en cautionnement d'un engagement stipulé par le beau-père d'un gérant de la société débitrice, au bénéfice de la société créancière : « Vous n'avez aucune crainte à avoir quant au paiement des lettres de change puisque financièrement, je suis derrière »[204]. Les juges du fond ont vu dans ces propos, qui illustrent parfaitement la difficulté de l'exercice de qualification d'une lettre d'intention, « l'acceptation d'une substitution éventuelle au débiteur en cas de défaut de paiement », en d'autres termes un cautionnement. Des auteurs considèrent que : « Le raisonnement n'est pas totalement convaincant, la qualification de véritable lettre d'intention, constitutive, à n'en pas douter, d'une obligation de résultat, aurait été plus proche de la réalité »[205]. Il s'agissait en effet,

[199] F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, thèse préc.
[200] C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, art. préc., n° 145-17, à propos de CA Paris, 16 janv. 2001 : *Bull. Joly Soc.*, 2001, p. 374, note H. LE NABASQUE.
[201] Cass. com., 21 déc. 1987, préc.
[202] Cela était d'ailleurs rappelé par le même arrêt : « [...] si le cautionnement ne se présume point, et s'il doit être exprès, celui qui, par une manifestation non équivoque et éclairée de sa volonté, déclare se soumettre envers le créancier à satisfaire à l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même, se rend caution de cette obligation [...] ».
[203] *Contra* CA Montpellier, 10 janv. 1985 : *D.*, 1985, IR, p. 340, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; *RTD. civ.*, 1985, p. 730, obs. J. MESTRE. Cet arrêt qualifie un engagement « de se substituer » au débiteur d'obligation de résultat.
[204] TGI Arras, 15 nov. 1995 : *JCP G*, 1997, I, 3991, n° 9, obs. P. SIMLER et P. DELEBECQUE.
[205] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, obs. préc.

selon eux, d'un engagement de nature indemnitaire[206]. Précisément, il est temps d'examiner cette hypothèse.

2. Engagements indemnitaires

75. Plan – Après avoir exposé le fonctionnement général de ces engagements (a), il faudra aborder la délicate question de leur classification (b).

a. Principe

76. Distinction d'avec le cautionnement – L'arrêt du 21 décembre 1987[207] comptait, au nombre des qualifications envisageables pour une lettre d'intention, « un engagement contractuel de faire ou de ne pas faire pouvant aller jusqu'à l'obligation d'assurer un résultat ». Une telle hypothèse est donc nettement distincte d'un engagement de se substituer au débiteur principal[208] : le garant souscrit une obligation propre, au contenu variable, obéissant au droit commun des contrats[209], c'est-à-dire une garantie indemnitaire. La Cour de cassation, sans utiliser ce vocable, souligne l'originalité de leur nature juridique. Elle a ainsi approuvé une cour d'appel d'avoir relevé que la société confortante « avait offert son concours pour aider sa filiale mais qu'elle ne s'était pas engagée à se substituer à elle en cas de carence de celle-ci ». Les juges du fond ont pu en déduire, à bon droit, que la confortante « n'avait pas souscrit un engagement de cautionnement »[210].

77. Degré de rigueur – Une telle obligation indemnitaire est-elle plus sévère pour le garant ? La réponse semble négative, si l'on revient à l'arrêt de 1987[211], qui semble contenir une gradation des engagements possibles du confortant, s'achevant par « si même il ne constitue pas un cautionnement ». Mais la garantie indemnitaire semble au contraire plus dangereuse dans l'habile formule de ces auteurs, pour qui les lettres d'intention couvrent « la totalité du spectre des engagements, de l'infracautionnement à l'ultra-obligation de faire »[212]. En vérité, tout dépend de ce à quoi le confortant s'est engagé. Il n'y a qu'une manière de se substituer au débiteur, mais une infinité d'engagements de faire ou de ne pas faire.

---

[206] Il est en vérité bien difficile, ici, de trancher entre le cautionnement et l'obligation de faire de résultat : tous deux ont en commun leur caractère « satisfactoire » (V. *infra*, n° 82 s.), qui est la seule caractéristique de l'engagement considéré (« vous n'avez aucune crainte à avoir »). C'est un indice de ce que les critères de démarcation entre les deux mécanismes sont à reconsidérer.
[207] Cass. com., 21 déc. 1987, préc.
[208] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 360.
[209] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 561. Il faut ajouter que « les lettres de confort seront mises en œuvre en raison de l'inexécution par le confortant de son obligation de faire ou de ne pas faire. En revanche, la mise en œuvre des autres sûretés personnelles constitue l'exécution par le garant de son engagement de payer » (S. PIEDELIÈVRE, « L'efficacité des lettres de confort », *Dr. et Patr.*, janv. 1996, p. 56, V. p. 58).
[210] Cass. com., 9 juill. 2002, pourvoi n° 96-19953 : *Bull. civ.*, IV, n° 117 ; *JCP G*, 2002, I, 188, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP E*, 2003, p. 234, note G. FERREIRA ; *D.*, 2002, somm., p. 3222, obs. L. AYNÈS ; *D.*, 2003, p. 545, note B. DONDERO.
[211] Cass. com., 21 déc. 1987, préc.
[212] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 552.

78. Exemples – Ainsi le confortant peut-il contracter des engagements précis, comme celui de maintenir sa participation dans une filiale ou, ce qui revient au même, de ne pas la céder[213] ; ou encore de surveiller la gestion de la filiale de manière à ce qu'elle dispose d'une trésorerie suffisante pour honorer ses dettes[214]. Les engagements peuvent aussi être bien plus flous, lorsqu'il est question de « faire tout son possible » ou de « faire le nécessaire » pour que le débiteur paie, de « venir en aide » au débiteur, de « prendre toutes les dispositions pour que la société débitrice soit en mesure de tenir ses engagements »[215].

Au sein de cette masse mouvante et protéiforme d'obligations, la doctrine a cru nécessaire de repérer des lignes de force, de définir des catégories juridiques auxquelles un régime puisse être accolé.

b. Classifications

79. Plan – La jurisprudence et une partie de la doctrine raisonnent, pour classer les lettres d'intention en différentes catégories, en termes d'obligations de moyens ou de résultat (α). Mais cette distinction ancienne semble ne pas suffire, et il a été proposé de l'affiner (β). Malgré cela, le résultat ne semble toujours pas satisfaisant (γ).

α. Obligations de moyens et obligations de résultat

80. Utilisation de la distinction classique – Les garanties indemnitaires reposant sur des engagements contractuels classiques donnant lieu à une éventuelle responsabilité pour inexécution, la doctrine a eu recours à la grille de lecture classique des obligations de moyens et de résultat. Il a été relevé que « la dichotomie opérée par Demogue s'est imposée en la matière dès les premiers écrits doctrinaux et les premières décisions judiciaires »[216]. La transposition de cet outil bien connu à la question des lettres d'intention semble, au premier abord, pleinement convaincante. Le débiteur n'aurait par exemple promis que la mise en œuvre de certains moyens, à l'exclusion de toute garantie de résultat, en adoptant les formules suivantes : « veiller à l'exécution des obligations du débiteur » ou « faire les meilleurs efforts pour que le débiteur puisse remplir ses engagements »[217]. Un résultat serait promis, au contraire, lorsque sont utilisées des expressions telles que « prendre toutes les dispositions », « faire en sorte », « assurer la couverture de », « garantir que », « donner l'assurance que »[218], « faire honorer » ses engagements

[213] *Ibid.*, n° 544.
[214] Par ex. Cass. com., 15 oct. 1996, pourvoi n° 94-14176 : *D.*, 1997, p. 330, note S. PIEDELIÈVRE.
[215] Exemples cités par C. KOERING et N. RONTCHEVKY, art. préc., n° 145-31.
[216] *Ibid.*, n° 145-35. Les auteurs citent, au titre de la doctrine, l'article de J. TERRAY, « La lettre d'intention », *Banque*, 1980, p. 329 ;au titre des décisions judiciaires, T. com. Paris, 27 oct. 1981 : *D.*, 1982, IR, p. 189, obs. M. VASSEUR.
[217] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1002. Pour un exemple d'utilisation de la formule « faire les meilleurs efforts », emportant la qualification d'obligation de moyens, V. CA Paris, 22 janv. 2009, *Bull. Joly Soc.*, 2009, p. 734, note J.-F. BARBIÈRI.
[218] *Ibid.*, n° 1003. Les derniers exemples sont particulièrement intéressants en ce qu'ils mettent en évidence les proximités terminologiques entre les mondes des sûretés personnelles et de l'assurance. Cela s'expliquera ultérieurement : V. *infra,* titre 2.

par le débiteur[219]. Bien évidemment, toute obligation de ne pas faire serait nécessairement de résultat.

81. Les arrêts « Sony » et « Chaufour » – Mais la distinction s'avéra fonctionner moins bien que prévu. La Chambre commerciale de la Cour de cassation qualifia ainsi l'expression « faire le nécessaire » de simple obligation de moyens, alors qu'elle était antérieurement considérée comme de résultat[220], dans deux arrêts très critiqués[221]. Pire : le motif était que le confortant « n'avait pris aucun engagement de se substituer purement et simplement à ceux de sa filiale à l'égard des banques pour le cas où celle-ci serait défaillante »[222]. Outre que cela affaiblissait la clarté de la distinction de Demogue appliquée aux lettres d'intention, cela revenait à considérer que l'engagement d'un confortant était soit un cautionnement, soit une obligation de faire de moyens. Peut-être faut-il y voir les premiers signes de la condamnation ultérieure du porte-fort d'exécution, ravalé au rang de simple cautionnement quelques années plus tard[223], car il sera ultérieurement démontré que certaines lettres d'intention, dont celles consistant à « faire le nécessaire » renferment bel et bien un porte-fort sûreté qui ne dit pas son nom[224].

Pourtant, l'engagement de « faire le nécessaire » fut ensuite réhabilité, et sa nature d'obligation de faire de résultat, réaffirmée. Ainsi fut-il jugé par la Cour de cassation : « l'arrêt retient que si [la société confortante] avait exprimé clairement la volonté de ne pas souscrire un cautionnement en s'engageant à se substituer au débiteur principal en cas de carence de celui-ci, elle avait cependant reconnu fermement devoir faire tout le nécessaire pour que [le débiteur] dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses obligations ; qu'en déduisant de cette formulation que [la société confortante] s'était obligée à l'obtention d'un résultat, la cour d'appel, loin de violer les textes visés au moyen, en a fait l'exacte application »[225].

---

[219] Cette dernière formule a été expressément qualifiée d'obligation de résultat par Cass. com., 20 oct. 2009, pourvoi n° 08-19620, inédit : *JCP G*, 2009, 492, n° 11, obs. P. SIMLER.

[220] Cf. C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, art. préc., n° 145-37, et les réf. citées. Sur l'interprétation de cette expression, V. not. N.RONTCHEVSKY, « Faire le nécessaire » *in Mélanges Simler*, éd. Dalloz-Litec, 2006, p. 417 ; M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU, « Contribution à l'étude de la lettre de confort, engagement de faire le nécessaire », *RDBF*, 2003, n° 1, p. 60.

[221] Cass. com., 26 janv. 1999, pourvoi n° 97-10003 : *Bull. civ.*, IV, n° 31 ; *D.*, 1999, jur., p. 579, note L. AYNÈS ; *JCP G*, 1999, II, n° 10087, note D. LEGEAIS ; *JCP E*, 1999, p. 1584, n°7, obs. P. SIMLER ; *Defrénois*, 1999, art. 37008, obs. D. MAZEAUD ; *Bull. Joly Soc.*, 1999, p. 540, note J.-F. BARBIÉRI ; *RTD. com.*, 1999, p. 424, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *RTD. com.*, 1999, p. 443, obs. B. PETIT et Y. REINHARD ; et Cass. com., 18 avr. 2000, pourvoi n° 197-19043 : *Bull. civ.*, IV, n° 78 ; *D.*, 2000, A.J., p. 257, obs. J. FADDOUL ; *JCP E*, 2000, p. 2007, note L. LEVENEUR ; *Banque et Droit*, 2000, n° 72, p. 53, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RTD. com.*, 2000, p. 664, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET ; *Rev. sociétés*, 2000, p. 520, note A. CONSTANTIN.

[222] Cass. com., 18 avr. 2000, préc.

[223] V. *infra,* n° 219 s.

[224] V. *infra,* n° 102.

[225] Cass. com., 11 janv. 2005, inédit, pourvoi n° 02-12370 : *Dr. sociétés*, 2005, comm. 5, obs. F.-G. TRÉBULLE. Le revirement avait eu lieu dès Cass. com., 26 févr. 2002, pourvoi n° 99-10729 : *Bull. civ.,* IV, n° 43 ; *D.*, 2002, A.J., p. 1273, obs. A. LIENHARD ; *Bull. Joly Soc.*, 2002, p. 607, note J.-F. BARBIÉRI ; *JCP E*, 2002, n° 918, note D. LEGEAIS ; *Dr. sociétés*, 2002, n° 105, obs. T BONNEAU ; *Banque et Droit*, 2002, n° 83, p. 42, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RDBF*, 2002, n° 3, p. 129, obs. A. CERLES et D. LEGEAIS. V. encore, récemment, Cass. com., 19 janv. 2010, pourvoi n° 09-14438, inédit : *Rev. sociétés*, mars 2010, p. 41, obs. A. LIENHARD ; Cass. com., 17 mai 2011, n° 09-16186 : Bull. civ., IV, n° 78 ; *CCC*, 2011, n° 8, p. 13, note L. LEVENEUR ; *RDBF*, 2011,

Il était cependant devenu clair que les qualifications utilisées n'étaient pas satisfaisantes.

β. Obligations comportementales et obligations satisfactoires

82. Une distinction renouvelée – L'épisode des arrêts Sony et Chaufour n'est qu'une illustration des nombreuses difficultés qu'il y a à appréhender la variété des engagements des confortants au travers d'une opposition binaire entre promesse de moyens et promesse de résultat. C'est pourquoi certains ont imaginé de raffiner la distinction. Il a en effet été relevé que, en la matière, l'obligation de résultat recouvrait « deux types de stipulations : en premier lieu, celles faisant apparaître l'engagement du souscripteur d'assurer le créancier de l'exécution de sa créance par le débiteur ; en second lieu, les stipulations concernant la promesse d'un comportement déterminé, comportement d'action (faire) ou d'abstention (ne pas faire) »[226]. À partir de cette observation, il a été proposé de subdiviser les engagements pouvant résulter d'une lettre de confort en « obligations comportementales » et en « obligations satisfactoires »[227]. Ces dernières viseraient à assurer le créancier qu'il recevra bien ce qu'il attendait du débiteur[228], tandis que les premières consisteraient seulement, pour le confortant, à adopter l'attitude que l'on attend de lui, sans pour autant qu'il promette que cela conduira à l'exécution de l'obligation principale. Chacune de ces catégories comprendrait des obligations de moyens et de résultat : on passerait ainsi d'une division binaire à une division quaternaire.

L'auteur cite, comme exemple d'obligation comportementale de moyens, l'obligation de veiller au bon déroulement des opérations bancaires du conforté, ou l'obligation de veiller à ce que le débiteur dispose d'une trésorerie suffisante, car l'idée de surveillance comporterait en soi une part d'aléa[229].

Constitueraient, ensuite, des obligations comportementales de résultat : l'engagement de « faire tout son possible pour que le débiteur remplisse ses obligations », ou encore « de mettre tout en œuvre pour assurer la couverture des besoins financiers de la filiale »[230].

---

comm. 136, obs. A. CERLES ; *JCP E*, 2011, 863, note A. DUMERY ; *JCP G*, 2011, 770, n° 7, obs. P. SIMLER ; *Bull. Joly Entr. Diff.*, 2011, n° 5, p. 323, obs. S. BRENA ; *Gaz. Pal.*, 22 sept. 2011, p. 20, obs. C. ALBIGES ; *Bull. Joly Soc.*, 2011, p. 551, obs. J.-F. BARBIÈRI ; *RLDC*, 2011, n° 84, p. 33, obs. J.-J. ANSAULT.

[226] C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, art. préc., n° 145-39. La distinction avait auparavant été mise en lumière par M. AYNÈS : « L'émetteur s'oblige à faire quelque chose : cette prestation doit produire un résultat certain ou au contraire aléatoire. Ou bien encore, il s'engage à s'abstenir d'adopter tel comportement » (« Problèmes actuels des sûretés personnelles, rapport français » *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998, p. 375, V. p. 384) ; L'engagement du confortant peut donc avoir pour objet « une attitude future à l'égard du débiteur principal » (*Lamy droit des sûretés*, V° « Éléments caractéristiques du cautionnement », fasc. 105-60, mars 2008, n° 105-40. *Adde* L.AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 948.

[227] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 407 s.

[228] Insistons sur le fait que certaines garanties indemnitaires sont « *satisfactoires* » dans le sens où elles promettent au créancier qu'il sera *satisfait par le débiteur principal*. Mais le garant ne promet pas, à défaut, de le satisfaire lui-même, car telle est la marque du seul cautionnement.

[229] *Ibid.*, n° 412. L'auteur précise qu'il faut distinguer cette obligation, « veiller à ce que le débiteur ait une trésorerie suffisante », de celle qui consisterait à « fournir une trésorerie suffisante », qui serait une obligation comportementale de résultat.

[230] *Ibid.*, n° 415.

Quant aux obligations satisfactoires de moyens, elles se recouperaient « fréquemment » avec des obligations comportementales de résultat : « lorsque l'émetteur s'engage à adopter un comportement positif non aléatoire ou une abstention à l'égard de sa filiale, il en résulte souvent implicitement une obligation satisfactoire de moyens à l'égard du créancier, précisément parce que le comportement attendu est de nature à augmenter, sans certitude cependant, les probabilités que le créancier sera satisfait »[231].

Cette gradation s'achève en apothéose avec l'obligation satisfactoire de résultat, qui consiste purement et simplement à promettre au créancier qu'il recevra son dû. Il s'agit aussi bien de ce que promet une caution que de ce à quoi s'engage le souscripteur d'un porte-fort d'exécution. Ce constat est un point d'appui important de la démonstration de cet auteur, selon laquelle le second engagement n'a aucune originalité par rapport au premier et doit lui être assimilé, ce qui expliquerait entre autres les arrêts Sony et Chaufour[232]. L'hypothèse d'une absence d'originalité des garanties indemnitaires « satisfactoires de résultat » sera examinée ultérieurement[233].

Auparavant, force est de constater que ces propositions ne suffisent pas à résoudre tous les problèmes.

γ. Difficultés persistantes

83. Défauts de la distinction quaternaire – Cette nouvelle présentation a le mérite de souligner la variété des engagements de faire ou de ne pas faire susceptibles d'être contractés au soutien de l'exécution d'une obligation principale. Elle a suscité l'enthousiasme de certains auteurs[234]. Mais n'est-elle pas, tout à la fois, trop et pas assez détaillée ?

84. Inutilité des obligations satisfactoires de moyens – Trop détaillée : ce n'est pas pour rien que l'auteur de cette distinction nouvelle notait la fréquente superposition d'une obligation comportementale de résultat et satisfactoire de moyens. De deux choses l'une en effet : soit le confortant a promis qu'il ferait, par exemple « de son mieux » pour que le créancier obtienne satisfaction, et le juge placé face à cet engagement devra de toute façon rechercher quelles diligences – et donc quelles obligations comportementales – cela impliquait qu'il accomplisse[235] ; soit il a indiqué précisément dans sa lettre quelle attitude il entendait adopter pour entraîner le paiement par le débiteur de sa dette, et peu importe que cela constitue simultanément une « obligation satisfactoire de moyens » : le juge vérifiera si l'engagement a été tenu. La catégorie des obligations satisfactoires de moyens semble donc inutile.

[231] *Ibid.*, n° 413.
[232] *Ibid.*, n° 417 s.
[233] V. *infra,* n° 239 s.
[234] V. par ex. P. ANCEL, *Droit des sûretés*, Litec, 6ème édition, 2011, coll. Objectif droit, p. 98 : « Cette présentation me semble très éclairante [...] ».
[235] « Au cas par cas, le juge va vérifier, par une appréciation *in concreto*, si la société mère a su mettre en œuvre les moyens raisonnablement suffisants pour satisfaire sa promesse, conclue dans les termes d'une obligation de prudence et de diligence... » (M.-H. DE LAENDER, « Les lettres d'intention et le risque du banquier », *RDBF*, mars-avr. 2006, p. 68, n° 6).

85. Nécessité de degrés supplémentaires – À l'inverse, s'agissant des obligations comportementales, la distinction proposée semble trop peu détaillée. Pour savoir si un débiteur a rempli une obligation de moyens, il faut en principe se référer au modèle abstrait du « bon père de famille », étant précisé que : « Aujourd'hui, le bon père de famille est compris de manière plus sociologique ; il est défini par sa profession : on compare la conduite du débiteur à celle qu'eût tenue un individu de sa profession, diligent et avisé »[236]. Ce qui pousse un auteur à s'interroger, à propos d'un arrêt concernant une lettre d'intention : « Il va de soi que le comportement de bon père de famille doit être apprécié dans la diligence à l'égard du créancier. Mais, en l'occurrence, l'objet de cette promesse porte sur le comportement de la société mère à l'égard de sa filiale : faire en sorte que la filiale soit en bonne santé pour honorer ses dettes. Singulièrement, la société mère s'engage envers le bénéficiaire de la lettre d'intention à faire en sorte que sa filiale soit bien gérée. N'est-ce pas le comportement minimal que l'on attend d'un dirigeant, sous peine d'être condamné pour faute de gestion ? »[237]. Un engagement tel que « mettre tout en œuvre pour assurer la couverture des besoins financiers de la filiale » mériterait alors probablement la qualification d'obligation de moyens renforcée, car le modèle de référence utilisé pour savoir si le confortant a été diligent sera particulièrement exigeant[238]. Dès lors, pourquoi se priver des autres raffinements inventés sur la base de la classification de Demogue, obligations de résultat atténuées ou aggravées[239] ?

86. En finir avec la distinction ? – Mais l'invention de Demogue fait l'objet de critiques de manière générale, et en matière de lettres d'intention en particulier : il a été proposé d'éviter de recourir à « l'encombrante distinction » et de « raisonner uniquement en termes de contrat »[240]. D'autres auteurs plaident en ce sens : il faudra revenir ultérieurement sur leurs arguments[241].

87. Obligations faussement comportementales – Une dernière difficulté de qualification des lettres d'intention doit être soulevée. Il faut sans doute se méfier de certaines obligations, qui pourraient être qualifiées de « pseudo-comportementales » : l'obligation de « fournir une trésorerie suffisante » au débiteur, qui semble au premier abord décrire une simple attitude attendue du rédacteur de la lettre[242] ne sera-t-elle pas légitimement comprise par le bénéficiaire comme une assurance qu'il obtiendra satisfaction ? Comment pourrait-il en être autrement si la

---

[236] L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 941.
[237] C. PRIETO, note ss. Cass. com., 17 oct. 1995 : *Bull. Joly Soc.*, 1996, p. 40, n° 4.
[238] P. DUPICHOT optait, s'agissant de cette formule, pour la qualification d'obligation comportementale de résultat (V. *supra*, n° 82), mais il ne semble pas qu'un résultat précis soit ici promis. Sur les obligations de moyens aggravées, V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 579.
[239] *Ibid.*, n° 580. On parle encore, parfois, d'obligations de garantie, mais on étudiera longuement le sens qu'il faut donner à cette expression en droit des sûretés personnelles, V. *infra,* titre 2.
[240] D. MAZEAUD, art. préc., n° 15. On notera que P. DUPICHOT (*op. cit.*, n° 409), pour introduire son astucieuse division quaternaire, se réclamait des mêmes propos de D. MAZEAUD, dont il nous semble pourtant qu'ils doivent conduire à l'abandon des notions de moyens et de résultat. Dans le même sens : R. LIBCHABER, obs. sur Cass. com., 9 juill. 2002 : *Defrénois*, 2002, p. 1614 ; M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU, art. préc., n° 5.
[241] V. *infra*, n° 253 s.
[242] P. DUPICHOT, thèse préc., y voit une « *obligation comportementale de résultat* » (note n° 520 p. 342).

société confortante, en exécution de son engagement, maintient en permanence les caisses du débiteur suffisamment pleines pour assurer sans aucune difficulté les paiements ? Il semble que le juge ne devrait pas hésiter à y voir, au-delà de la surface des mots, un véritable engagement que la dette sera honorée, une obligation satisfactoire.

Dans tout autre domaine du droit des sûretés, on s'offusquerait d'ailleurs d'assister à de telles parties de poker menteur. Fallait-il réellement honorer les lettres d'intention d'une consécration au sein du Code civil ?

II. Paradoxe de la consécration des lettres d'intention

88. Introduction dans le Code civil – L'un des effets de l'ordonnance du 23 mars 2006 fut d'introduire au sein du Code civil un article 2322 consacrant les lettres d'intention. Le groupe de travail présidé par M. Grimaldi, qui prépara ce texte, indiquait dans son rapport : « Sur l'opportunité d'introduire au Code civil la lettre d'intention, le Groupe a balancé. Mais, finalement, la majorité de ses membres a jugé cette introduction opportune, toujours dans le souci de doter la France d'un Code civil qui, par sa modernité, pût favoriser la circulation du droit français »[243].

89. Plan – C'est donc animé des meilleures... intentions que le groupe de travail a proposé cette consécration. Et pourtant, nous voici face à un nouveau paradoxe : le texte prévu pour les accueillir se révèle, à plusieurs égards, inadapté aux lettres d'intention (A), alors qu'il pourrait servir de fondement inattendu aux garanties indemnitaires en général (B).

A. Un texte inadapté aux lettres d'intention

90. Plan – Un agent infiltré des services de renseignement sait bien que, si brillants que fussent ses états de service, il n'aura pas l'honneur d'une remise de décoration publique au milieu de sa carrière : cela risquerait de l'handicaper quelque peu dans l'accomplissement de ses missions ultérieures. C'est pourtant ce qui vient d'arriver aux lettres d'intention, qui ne pouvaient rendre leurs précieux services qu'au prix d'une discrétion minimale. Identifiées, nommées et accueillies au sein de la famille des sûretés personnelles, elles risquent de perdre une grande partie de leur utilité (1). Mais n'est-ce pas là une bonne nouvelle (2) ?

1. Une consécration fatale ?

91. L'autorisation du conseil dans la jurisprudence – Dans sa pureté originelle d'engagement informel, discret, paré de la seule honorabilité de son signataire, la lettre d'intention cherche à l'évidence l'ombre accueillante du non-

[243] M. GRIMALDI (ss. la dir. de), rapport précité, p. 8. Sur cette consécration, V. : A. BAC, « La position de la Fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés », *Dr. et Patr.*, sept. 2005, p. 98, qui indique que cette Fédération était opposée à l'introduction des lettres d'intention dans le Code civil (p. 99) ; S. JAMBORT, « Les lettres d'intention sont-elles mortes ? », *Bull. Joly Soc.*, 2007, p. 669 ; P LE CANNU, « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », *RTD. com.*, 2006, p. 421 ; N. RONTCHEVSKY, « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », *D.*, 2006, p. 1303, spéc. n° 12 s. ; P. SIMLER, « Le nouvel article 2322 du Code civil et le régime de la lettre d'intention », *RJDA*, 2008, p. 739.

droit cher à Jean Carbonnier[244]. Mais elle a bien vite été rattrapée par la jurisprudence, qui s'est demandé s'il ne fallait pas soumettre au moins certains de ces documents aux règles comptables et de droit des sociétés qui régissent les garanties[245].

La Cour de cassation répondit de la manière suivante : « ayant retenu, par motifs propres et adoptés, que la lettre litigieuse contenait une obligation de résultat, dès lors qu'elle était de nature à rendre son auteur responsable des conséquences de la défaillance du débiteur, c'est à juste titre que la cour d'appel en a déduit que cette lettre était constitutive d'une garantie et, après avoir relevé que le signataire de l'engagement n'y avait pas été autorisé par le conseil d'administration, a décidé qu'elle était inopposable à [la société confortante] »[246].

Cette formule semblait viser uniquement les obligations de résultat ou plutôt, en usant de la classification dégagée précédemment, les obligations satisfactoires[247]. Certains voulaient en conclure que les autres lettres échappaient à la procédure[248]. Une telle solution reposerait sur une vision technique et étroite de la sûreté personnelle, et serait condamnée par l'adoption d'une définition fonctionnelle[249].

Sans doute sensible aux critiques, la Cour a retiré d'arrêts ultérieurs la référence à l'obligation de résultat[250].

Puis survint l'épisode, déjà évoqué, de l'arrêt Sony[251]. On se souvient qu'il qualifiait l'engagement de « faire le nécessaire » d'obligation de moyens. Ici, c'est très expressément que la Cour en déduit : « ce dont il résultait qu'elle ne constituait pas une garantie au sens de l'article 98 de la loi du 24 juillet 1966 et ne nécessitait

---

[244] J. CARBONNIER, *Flexible droit, pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10e édition, 2001, première partie : « Droit et non-droit ». En ce sens, R. BAILLOD, art. préc., n° 9 : « [...] les rédacteurs de lettres d'intention, soucieux de les faire échapper à l'emprise du droit, pourraient songer à inclure dans le document une manifestation de volonté optant explicitement pour le non-droit ».

[245] V. *supra*, n° 65. Pour une brève histoire de la jurisprudence sur cette question, V. par ex. Y. PIETTE, « Mystères et paradoxes des lettres de confort », *Bull. Joly Soc.*, 2003, p. 528.

[246] Cass. com., 23 oct. 1990, pourvoi n° 89-12924 : *Bull. civ.*, IV, n° 256 ; *JCP N*, 1992, 242, note C. LARROUMET ; *RTD. com.*, 1991, 403, obs. Y. REINHARD ; *D.*, 1992, somm., p. 34, obs. M. VASSEUR. Pour d'autres références, V. par ex. P. SIMLER, *op. cit.*, note n° 66 p. 1034.

[247] En ce sens : L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 361. « La plénitude des pouvoirs du directeur général est restreinte, s'agissant d'engager la société en qualité de garante, parce qu'il s'agit d'actes qui ne relèvent pas de l'exploitation habituelle d'une société anonyme et sont susceptibles de faire automatiquement rejaillir sur celle-ci les difficultés financières d'un tiers, le débiteur principal. Au contraire, si la société anonyme promet un comportement, une attitude, sans prendre l'engagement de payer à la place du débiteur [...], cet engagement, qui relève de la politique générale de la société mère, entre dans les attributions ordinaires de la direction générale ». Ce raisonnement relève peut-être d'une vision réductrice de la notion de garantie personnelle.

[248] P. SIMLER, *loc. cit.*, souligne qu'il s'agit d'une interprétation à considérer avec précaution. D'autres auteurs sont plus affirmatifs, tels M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, n° 749, alors que les arrêts cités ne posent pas explicitement cette solution.

[249] En ce sens, V. par ex. M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 767 : « [...] la lettre d'intention, quelles que soient les obligations qu'elle génère, a toujours, d'une part, pour objet d'augmenter la confiance du créancier à l'égard du débiteur, en rendant plus sûre la solvabilité de celui-ci à l'échéance du contrat principal, d'autre part, pour effet de procurer au créancier une prérogative que la mise en œuvre de son seul droit de gage général contre le débiteur n'aurait pas permise » ; A. BAC, « La lettre d'intention ou le dilemme liberté/sécurité », *Dr. et Patr.*, janv. 1999, p. 59.

[250] Par ex. Cass. com., 17 nov. 1992, pourvoi n° 90-19073 : *Bull. civ.*, IV, n° 364 ; *JCP G*, 1993, I, 3680, n° 11, obs. P. SIMLER ; *CCC*, mars 1993, n° 48, note. L. LEVENEUR ; *Rev. sociétés*, 1993, p. 585, note P. DELEBECQUE. Pour d'autres références, V. par ex. P. SIMLER, *op. cit.*, note n° 69 p. 1035.

[251] Précité, V. *supra*, n° 81.

pas une autorisation préalable du conseil d'administration ». L'expression « faire le nécessaire » a ensuite été à nouveau qualifiée d'obligation de résultat[252], mais les véritables obligations de moyens, dit-on, seraient restées hors du champ d'application des textes exigeant une autorisation du conseil dans les sociétés anonymes[253].

Mais en soumettant ne serait-ce que certaines lettres d'intention à ces formalités, la jurisprudence annonçait déjà, selon certains le « chant du cygne » des lettres d'intention[254]. Restait à porter le coup de grâce.

92. L'autorisation du conseil depuis la consécration – De nombreux auteurs ont fait valoir que le nouvel article 2287-1 du Code civil compte désormais les lettres d'intention au nombre des « sûretés » pour affirmer que le débat est à présent tranché, dans le sens le plus défavorable aux confortants. Les sûretés étant comprises dans la dénomination « garantie », il n'est plus guère possible de considérer que les lettres d'intention ne font pas partie des « cautions, avals et garanties » visés par les textes[255], peu important l'intensité de l'obligation qu'elles renferment. Le sort des lettres de confort, de toutes les lettres de confort, paraît scellé, et d'aucuns annoncent déjà leur « mort » juridique[256]. Mais d'autres tempèrent : « C'est oublier que l'application à peu près constante de cette exigence à celles constitutives d'obligations de résultat [...], qui sont indéniablement les plus nombreuses, n'a nullement dissuadé la pratique, dans le passé, de continuer à rédiger les lettres d'intention dans ces termes »[257].

93. Conséquences de la consécration – Il faut bien reconnaître, tout de même, que les lettres d'intention perdent là ce qui était leur première raison d'être. Les « objectifs internes » à la société[258] ne peuvent plus être atteints. La deuxième raison d'être de ces documents, c'était leur moindre rigueur par rapport au cautionnement. Le confortant restait hors d'atteinte de la contrainte juridique, et, s'il était prêt à y perdre sa réputation, la main du bénéficiaire se refermait sur du vent. Dans la mère patrie des *comfort letters*, la qualification d'engagement d'honneur prévaut encore souvent : ce n'est qu'avec prudence que le juge y verra une force obligatoire[259]. En droit français, la qualification de la lettre d'intention en obligation juridiquement contraignante tend à devenir le principe, spécialement depuis l'adoption de l'article 2322 du Code civil. Et les engagements de faire ou de ne pas faire, qui constituent l'archétype des lettres d'intention d'après ce texte, appellent

[252] *Ibid.*
[253] M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 766.
[254] D. MAZEAUD, art. préc., n° 17 s.
[255] En ce sens : N. RONTCHEVSKY, « Faire le nécessaire », art. préc., n° 14.
[256] D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 380 ; S. JAMBORT, art préc. Cela ne concernera toutefois que les lettres souscrites après l'entrée en vigueur de la réforme, qui, conformément aux principes régissant l'application de la loi civile dans le temps, n'a pas d'effet immédiat s'agissant des contrats déjà en vigueur : cf. N. RONTCHEVSKY, « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », art. préc., n° 16.
[257] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1014.
[258] V. *supra*, n° 65.
[259] O. MORÉTEAU, *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000, n° 435. *Adde*, plus nuancé, M. ELLAND-GOLDSMITH, « Comfort letters in english law and practice », *RDAI*, 1994, p. 527, spéc. n° 11.

l'application d'un régime qui peut se révéler plus dur, à certains égards, que celui du cautionnement[260].

Il est donc tout à fait possible que des lettres d'intention continuent à être utilisées, mais force est de constater qu'elles n'auront plus grand-chose à voir avec le concept originel. Ne faut-il pas s'en féliciter ?

2. Une disparition opportune

94. Une atteinte à la liberté ? – La lettre d'intention pouvait apparaître, aux yeux de certains, comme une « sphère de liberté »[261]. Et ce d'autant plus que la nécessité d'une autorisation du conseil d'administration ou de surveillance, dans les sociétés anonymes – que la lettre d'intention permet de contourner – est regardée comme inique : « l'abrogation pure et simple de cette exigence », est, dit-on, « souhaitée par la doctrine »[262]. De nombreux arguments sont avancés en ce sens[263]. Il est observé que la procédure ne concerne pas les sûretés réelles, tout aussi dangereuses ; qu'elle s'applique même aux relations mère-fille, dans lesquelles l'émission d'une lettre d'intention est finalement « la traduction d'une sorte d'obligation alimentaire »[264] ; qu'il s'agit d'une « spécificité française »[265] ; qu'elle « constitue une restriction aux pouvoirs légaux des dirigeants alors que ce dernier bénéficie normalement d'une grande latitude pour agir en toute circonstance au nom de la société »[266], etc.

95. Le retour de la régulation – Cette attraction pour le modèle anglais, dans lequel la procédure d'autorisation des garanties n'existe pas, et dans lequel les lettres d'intention permettent aujourd'hui encore de contourner les exigences comptables, semble à présent anachronique : la crise financière est passée par là. Alors que les principes de « corporate governance » semblent avoir échoué, dans les pays anglo-saxons, à mettre en place des contre-pouvoirs effectifs face aux puissants dirigeants sociaux, faut-il renoncer à soumettre cet acte dangereux qu'est la fourniture de garanties à une instance de contrôle ? Il est répondu que si l'acte est bien dangereux, il ne l'est « pas davantage que bien d'autres actes que les dirigeants de sociétés par actions peuvent souscrire sans autorisation [...] »[267]. Mais le fait qu'il existe une longue liste d'actes graves passés sans contrôle est-il un argument pour en ajouter d'autres encore[268] ?

---

[260] V. *infra*, section 2, n° 108 s.

[261] D. MAZEAUD, art. préc., n° 8. Il est difficile de dire si cet auteur regrette la disparition, qu'il annonce, des lettres d'intention. Le ton est plus proche d'un simple constat.

[262] P. SIMLER, *op. cit.*, note n° 75, p. 1037. Cette revendication prend place dans un mouvement plus large appelant à « une libéralisation du droit des sociétés » et regrettant son état actuel de « réglementation excessive » (M. PARIENTE, « Les lettres d'intention », *in Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 861).

[263] S. JAMBORT, art. préc., n° 20 s., dresse un véritable réquisitoire.

[264] L'expression est de M. COZIAN, F. DEBOISSY et A. VIANDIER, *Droit des sociétés*, Litec, 26e édition, 2013, n° 1617.

[265] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1014. Sur l'absence de cette formalité en droit anglais, V. M.ELLAND-GOLDSMITH, art. préc., n° 5.

[266] S. JAMBORT, art. préc., n° 24.

[267] P. SIMLER, *loc. cit.*

[268] En ce sens, B. DONDERO, « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », *D.*, 2004, p. 405 et 485, n° 28 : « Mais dans un contexte où les

Quant à l'absence d'inscription de ces engagements en annexe des documents compatbles, elle paraît plus que jamais condamnable. On a suffisamment applaudi les inventions des magiciens de la finance anglo-saxons, capables d'emboîter les titres les uns dans les autres comme des poupées gigognes, plongeant dans leur chapeau des portefeuilles de créances douteuses pour en retirer de respectables parts d'OPCVM. Il faudra des mois pour démêler l'écheveau et « nettoyer » les bilans des acteurs des marchés. D'ici là, la méfiance règne. Est-ce le moment d'encourager une autre invention anglo-saxonne qui permet de prendre des engagements financiers, pour n'importe quel montant, sans que cela n'apparaisse ni aux associés ni aux partenaires de la société[269] ?

Il est d'ailleurs facile d'imaginer quels types de montages apparaitraient si l'on faisait une exception pour les rapports mère-fille, sous prétexte de les laisser exercer une noble « obligation alimentaire ». Il suffirait de créer des structures faiblement capitalisées, dans lesquelles seraient logées toutes les dettes que la mère veut dissimuler. Le créancier accepterait de contracter avec ces filiales à petite surface financière, sachant qu'une « grande signature » lui promet de se trouver derrière, prête à intervenir. Les dettes de la mère seraient ainsi transformées en simples « engagements d'honneur », tout aussi coûteux mais dont il serait toléré qu'ils n'apparaissent pas dans ses comptes. Bien sûr, l'écriture comptable finirait par apparaître, mais au dernier moment, celui du paiement effectif, violant ainsi le principe de sincérité du droit comptable.

96. La fin de l'ambiguïté – C'est à juste titre que la négociation des lettres d'intention a été comparée au « jeu du chat et de la souris », et qu'il a été ajouté, à propos du droit anglais : « [...] il est vrai que l'on voit proposer dans la pratique quotidienne des formulations que le négociateur a soigneusement créées dans l'idée de se ménager des possibilités de recours dont les virtualités ne seront pas évidentes à son interlocuteur, du moins l'espère-t-il. Cela n'est pas très sain. Non plus que la pratique, dont il serait naïf de penser qu'elle n'a jamais existé, consistant à créer un document qui, tout en ressemblant suffisamment peu à une caution classique pour ne pas appeler l'attention des contrôleurs comptables, en produit quasiment tous les effets »[270]. Il est tout aussi justifié d'accuser ces documents d'être atteints d'une « ambiguïté congénitale »[271]. De deux choses l'une en effet : soit le rédacteur de la lettre d'intention a l'intention de se jouer du bénéficiaire en rédigeant un pseudo-engagement dont il invoquera plus tard le caractère évanescent ; soit il a l'intention d'assumer ses responsabilités en cas de défaut du conforté, et il doit pouvoir en

idées de la *corporate governance* se font entendre plus que jamais, et où l'on souhaite restituer aux actionnaires leur droit de contrôler la gestion des dirigeants, peut-on admettre une réduction des prérogatives des actionnaires – certes, exercées par le biais du conseil d'administration ou de surveillance – aussi importante que celle que constituerait l'abrogation [du dispositif de contrôle] ? Non, assurément ».

[269] Le « caractère occulte » de certaines sûretés, dont l'impact éventuel sur le patrimoine du garant est pourtant considérable, est dénoncé depuis longtemps : V. ainsi R. HOUIN, « L'évolution du droit des sûretés, exposé introductif », *R.J. com*., 1982, numéro spécial, p. 7, n° 3.

[270] M. ELLAND-GOLDSMITH, art. préc., n° 30.

[271] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 402. Pour un florilège des qualificatifs peu aimables dont la lettre d'intention a été affublée, V. X. BARRÉ, thèse préc., n° 1.

justifier en pleine lumière : devant les organes de contrôle de la société[272], devant ses associés et partenaires via les documents comptables.

C'est ce type d'engagement, contracté en toute franchise, et qui peut revêtir une véritable originalité par rapport au cautionnement, qui pourrait être déversé dans le creuset de l'article 2322 du Code civil : un engagement de garant indemnitaire.

B. Un texte adapté aux garanties indemnitaires ?

97. Plan – Il est souvent considéré que le fondement textuel du mécanisme général des garanties indemnitaires devrait être l'article 1120 du Code civil[273] (1). Mais pourquoi ne pas confier plutôt ce rôle au nouvel article 2322 (2) ?

1. L'article 1120 du Code civil, fondement inadapté

98. Plan – L'auteur qui a introduit le concept de garantie indemnitaire en droit français, M. Ancel[274], après avoir remarqué que « en droit suisse, la garantie était assimilée à la promesse de porte-fort », se demandait « si on ne peut pas également trouver, dans notre article 1120 du Code civil, un support textuel à la garantie indemnitaire en droit français »[275]. Il a été démontré auparavant qu'une telle lecture de l'article 1120 semble possible.

Cependant, le texte apparaît trop étroit pour abriter la famille des garanties indemnitaires dans toute sa diversité : l'obligation du garant, dans le cadre d'un porte-fort d'exécution, a une intensité précise (a). Au fil du raisonnement, l'utilité même de cette disposition sera remise en question (b).

a. Un fondement étroit

99. L'obligation du promettant en doctrine – L'obligation du promettant a une intensité précise, mais laquelle ? La réponse peut être recherchée y compris dans la doctrine classique s'exprimant à propos du porte-fort de ratification : l'idée est précisément d'appliquer le même régime au porte-fort d'exécution. À partir du moment où cette lecture de l'article 1120 C. civ. est admise, il n'y a pas lieu de distinguer là où la loi ne distingue pas[276], et le régime du porte-fort doit être uniforme. Les auteurs notent que : « Le porte-fort s'oblige à faire tout ce qu'il faudra pour obtenir la signature promise »[277] ; « c'est vainement que [le promettant] justifierait avoir fait toutes les démarches nécessaires pour amener le tiers à contracter l'engagement promis. Il ne pourrait éviter la condamnation à des dommages-intérêts qu'en prouvant que la ratification a été empêchée par un cas de

[272] Ce qui ne signifie pas que le système actuel, particulièrement la sanction d'un défaut d'autorisation, soit parfaitement adéquat. On se contente ici d'affirmer que le principe d'un contrôle est à approuver ; les autres questions seront étudiées avec le régime des garanties indemnitaires. V. *infra*, n° 472 s.
[273] Sur l'histoire des interprétations de cet article, V. la première sous-section, n° 19 s.
[274] V. *supra*, n° 58 s.
[275] P. ANCEL, thèse préc., n° 51.
[276] C'est pourtant très précisément ce qu'a fait la Cour de cassation en considérant que le porte-fort de ratification est un engagement autonome et le porte-fort d'exécution un engagement accessoire : V. *infra,* n° 222 s.
[277] M. PLANIOL et G. RIPERT, , *op. cit.*, n° 1020.

force majeure »[278] : autant de formules qui évoquent irrésistiblement une obligation de résultat. La doctrine contemporaine est unanime en ce sens[279]. Il semble bien que l'expression « promesse du fait d'un tiers » commandait une telle conclusion.

100. L'obligation du promettant en jurisprudence – La jurisprudence ne s'y est pas trompée, qui prit rapidement position en ce sens[280]. Dans une affaire examinée par la Cour de cassation en 1978, un héritier avait disposé d'éléments de la succession dont il n'était que propriétaire indivis, tout en s'engageant à « aider par tous ses moyens à légaliser l'acte de vente ». La Haute juridiction, après avoir énoncé que « celui qui se porte fort pour un tiers promet le fait de celui-ci et s'engage à le procurer », approuve la cour d'appel d'avoir décidé qu'il n'y avait pas là un engagement de porte-fort, mais une simple obligation de moyens[281].

Plus récemment, une cour d'appel décidait très clairement que : « le porte-fort est tenu d'une obligation de résultat, s'agissant d'obtenir du tiers qu'il accepte de tenir l'engagement pris »[282]. La qualification d'obligation de résultat, encore, est adoptée par un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation datant de 2005, par ailleurs très controversé[283].

Un arrêt plus ancien se détache cependant de cet harmonieux concert jurisprudentiel. Il s'agit par ailleurs d'une des rares décisions antérieures à 2005 qui reconnaît expressément le concept de porte-fort d'exécution[284]. La cour d'appel dont la décision était examinée avait rejeté l'action du bénéficiaire contre le promettant. La Cour de cassation, sous le visa de l'article 1120 du Code civil, commence par observer que le promettant « s'était porté fort, le 7 décembre 1992, du remboursement par [le débiteur principal] de l'ensemble de ses engagements, c'est-à-dire de l'exécution d'obligations déjà contractées par le tiers » : c'est la définition même du porte-fort sûreté. Mais la Cour surprend en poursuivant : « ce dont il résulte qu'il était tenu d'une obligation de moyens à l'égard de son cocontractant ». Elle achève son raisonnement en reprochant aux juges du fond un défaut de base légale, car ils n'ont pas recherché si le promettant avait mis en œuvre « tous les moyens pour obtenir l'exécution ».

---

[278] L. BARDE et G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, n° 132.

[279] V. par ex., à propos du porte-fort en général : L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 821 ; C. AUBERT DE VINCELLES, art. préc., n° 9 ; A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, n° 50 ; M. FABRE-MAGNAN, *op. cit.*, n° 172 ; D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD, *op. cit.*, n° 243 (ces auteurs, étrangement, usent de l'expression « *faire son possible* » au n° 242, avant de qualifier expressément l'engagement d'obligation de résultat) ; M. STORCK, art. préc., n° 9 ; à propos du porte-fort sûreté : L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 325 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 337 ; Y. PICOD, *op. cit.*, n° 158 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1028.

[280] V. par ex. un arrêt déjà ancien de la Cour d'appel de Rennes du 28 octobre 1931, cité par E. FUZIER-HERMAN, *Code civil annoté*, t. 3, Dalloz, nouvelle édition par R. DEMOGUE, 1936, note 2 ss. art. 1120 C. civ.

[281] Cass. 3e civ., 7 mars 1978, pourvoi n° 76-14534 : *Bull. civ.*, III, n° 108 ; *JCP G*, 1978, IV, 49 ; *D.*,1978, IR, p. 478 ; *Defrénois*, 1979, art. 31928, n° 3, obs. J.-L. AUBERT.

[282] CA Paris, 19 juin 1998 : *Bull. Joly Soc.*, 1998, p. 1152, note A. COURET.

[283] Cass. 1ère civ., 25 janv. 2005, pourvoi n° 01-15926: *Bull. civ.*, I, n° 43. V. nos développements et les références des commentaires *infra,* n° 217 s.

[284] Cass. com., 29 février 2000, inédit, pourvoi n° 96-13604.

101. Distinction avec la promesse de bons offices – Cette décision qualifiant l'obligation du promettant d'obligations de moyens reste très isolée[285]. Cela pour une bonne raison : la promesse de porte-fort « doit être distinguée de la promesse (dite encore convention) de bons offices par laquelle le promettant promet qu'il fera son possible pour qu'autrui contracte »[286]. Il s'agit donc d'une figure juridique connexe, mais distincte. C'est un engagement de ce type qui avait été souscrit par l'héritier, dans l'arrêt précité du 7 mars 1978. Il s'agit du reflet du l'article 1120 dans un miroir déformant, affectant seulement l'intensité de l'obligation contractée, de sorte qu'on ne promet pas forcément ses bons offices « pour qu'autrui contracte », mais aussi pour qu'autrui accomplisse un fait de toute nature – en particulier l'exécution d'une obligation préexistante –, si l'on admet l'interprétation large de l'article 1120 du Code civil[287].

102. Rapprochement avec les lettres d'intention – Un auteur a fait remarquer : « Le porte-fort promettant toujours un résultat, on s'aperçoit [...] que son objet s'identifie, pratiquement, à celui d'une lettre d'intention lorsque celle-ci est constitutive d'une telle obligation de résultat. Le porte-fort et le souscripteur d'une lettre d'intention ayant valeur d'une obligation de résultat prennent, sous des formulations différentes, très exactement le même engagement : que le tiers bénéficiaire remplira ses obligations [...] »[288]. Cela correspondrait plus précisément aux lettres d'intention précédemment qualifiées de « satisfactoires »[289].

Mais il appert que l'engagement résultant d'un porte-fort d'exécution n'épuise pas la diversité des garanties indemnitaires telle qu'elle a été révélée par l'étude des lettres d'intention. Il faut recourir à la promesse de bons offices utilisée comme sûreté pour obtenir toute la palette. À première vue, cette dernière correspondrait à ce que M. Dupichot appelait une « obligation satisfactoire de moyens »[290], puisqu'il s'agit de faire son possible pour fournir au créancier ce qu'il attendait, sans pour autant garantir le succès. Mais il a été exposé que, sous cette appellation, se cachent en vérité des obligations comportementales, explicites ou implicites. En effet, les bons offices promis sont soit précisément déterminés, et il n'y a alors aucun doute, soit indéterminés, et ce sera au juge de rechercher *a posteriori* ce qui pouvait raisonnablement être attendu du promettant, au regard de ses liens avec le débiteur principal et des termes utilisés. Or, si les diverses formes de porte-fort, de ratification ou d'exécution notamment, sont rattachées à l'article 1120, la promesse de bons offices tendant à rapporter une ratification ou une exécution n'est basée sur

---

[285] Elle n'est pas sans rappeler, à la réflexion, la brève période de qualification des lettres d'intention contenant un engagement de « faire le nécessaire » en obligation de moyens : V. *supra*, n° 81.
[286] L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 821. En ce sens, V. par ex. C. AUBERT DE VINCELLES, art. préc., n° 6 ; M. STORCK, art. préc., n° 9.
[287] V. *supra*, n° 55.
[288] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1026 ; « Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention comme technique de garantie ? », *RD. banc. et bourse*, nov.-déc. 1997, p. 223. Dans le même sens, D. MAZEAUD, « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire », art. préc., n° 15 : « Au fond, la lettre d'intention n'est rien d'autre qu'une garantie contractuelle, ressemblant assez furieusement au porte-fort [...] ». *Contra* X. BARRÉ, *La lettre d'intention, technique Contractuelle et pratique bancaire*, préf. C. GAVALDA, Economica, coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1995, n° 163 s., qui refuse l'assimilation, mais utilise une définition du porte-fort qui correspond uniquement à son usage classique relatif à la ratification. On ne peut dès lors s'en étonner.
[289] V. *infra*, n° 484 s.
[290] V. *supra*, n° 82 s.

aucun texte. Il faut donc admettre qu'elle découle de la liberté contractuelle des parties.

La conclusion est inévitable : tant dans son utilisation classique que renouvelée, l'article 1120 du Code civil semble, finalement, parfaitement inutile !

b. Un fondement inutile

103. Utilité douteuse de l'article 1120 – L'article 1120 du Code civil se présente prima facie comme une exception au principe posé par l'article 1119, selon lequel on ne peut promettre pour autrui. Ainsi considéré, le texte semble indispensable : si l'exception est supprimée, c'est le principe qui s'appliquera et l'on ne pourra plus promettre le fait d'un tiers.

Mais il a déjà été démontré qu'une telle présentation des choses est erronée : le promettant ne fait que souscrire un engagement personnel, c'est-à-dire, au fond, un contrat comme un autre, et ce n'est qu'une vieille survivance du formalisme romain qui explique la présentation adoptée par notre Code[291]. La promesse de bons offices en est la preuve éclatante : les exceptions étant d'interprétation stricte, il ne devrait pas être possible de mettre en place un engagement qui, en apparence, violerait l'article 1119 du Code civil, sans être autorisé par l'article 1120. Sauf à se prévaloir d'un raisonnement *a fortiori* : qui peut le plus – promettre un résultat – peut le moins – promettre seulement certaines diligences. Mais cela reviendrait, comme Baudry-Lacantinerie, à vouloir conserver au texte « une existence au moins théorique »[292], tout en étant conscient de la vacuité de l'exercice.

Demolombe, dont il avait déjà été observé qu'il n'hésitait pas à prendre ses distances avec cette maladroite transplantation du droit romain ayant perdu au passage sa raison d'être, écrivait déjà : « [La convention de porte-fort] est valable, dit notre article. Eh ! sans doute ; pourquoi donc ne le serait-elle pas ? C'est là une convention comme une autre, par laquelle j'ai promis, pour moi-même, de me, non pas le fait d'un autre, mais bien mon propre fait, à savoir : que j'obtiendrais le consentement de Paul, et que je rapporterais sa ratification, ou, comme on dit vulgairement, sa signature ; Or, ce fait très-licite peut être, comme tout autre fait licite quelconque, l'objet d'un contrat ; et il est évident qu'une telle convention doit, suivant le droit commun, tenir lieu de loi aux parties contractantes (art. 1134). Et pourtant, l'article 1120 ne dit pas autre chose ; de sorte que, à la rigueur, nous aurions pu nous en passer, aussi bien que de l'article 1119 ; car ils ne font, l'un et l'autre, qu'exprimer deux vérités on ne peut plus élémentaires »[293].

104. Une expression de la liberté contractuelle – Cette opinion, tout à fait isolée à l'époque, doit être approuvée. Elle trouve des échos chez les auteurs contemporains : « En quoi le fait de se porter fort de l'exécution d'un engagement pourrait-il être problématique, en lui-même ? [...] Rien ne devrait interdire de constituer cette figure nouvelle du porte-fort [...] »[294] Tout le débat doctrinal sur

[291] V. *supra*, n° 45.
[292] V. *supra*, n° 47.
[293] C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, p. 196.
[294] R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution » : *RJDA*, août-sept. 2006, p. 787, n° 3. L'auteur conteste toutefois l'originalité du porte-fort d'exécution par rapport au cautionnement. Dans le même sens d'un rattachement du mécanisme à la

l'interprétation de l'article 1120 du Code civil apparaît alors comme largement inutile[295]. Il a fallu pourtant y consacrer de longs développements, car il n'est pas possible d'écarter d'un revers de la main une disposition du Code civil sans avoir solidement étayé ses positions, d'autant qu'une grande partie de la littérature consacrée au porte-fort d'exécution et aux garanties indemnitaires place cette question au premier plan. L'évidence est pourtant là : il ne sert à rien de vouloir légitimer, au terme d'une longue passe d'armes exégétique, une interprétation large de l'article 1120 du Code civil, afin que toute promesse du fait d'un tiers bénéficie du statut d'exception à l'interdiction posée par l'article 1119 : l'article 1120 n'est une exception à aucun principe[296]. Dès lors, poursuivre le débat sur son interprétation n'aurait d'intérêt que si l'on prétendait qu'il s'agit d'une limitation du seul principe avec lequel on peut le relier, celui de la liberté contractuelle. Ce qui consisterait un singulier renversement de perspective, que personne ne semble avoir défendu.

Les seuls arguments opposés au porte-fort d'exécution qui méritent encore l'intérêt se situent sur un terrain différent : ce sont ceux qui le rapprochent d'un cautionnement pour l'y assimiler. Ils seront examinés ultérieurement[297].

Mais l'introduction de l'article 2322 dans le Code civil n'est-elle pas l'occasion, pour les garanties indemnitaires, de quitter les sables mouvants et contestés de la liberté contractuelle pour la solidité accueillante d'une disposition légale ?

2. *L'article 2322 du Code civil, fondement possible*

105. Du simple contexte à la sûreté nommée – Les définitions doctrinales[298] des lettres d'intention insistent sur le fait que cette notion renvoie, non à une sûreté précise, mais à une toile de fond, à un « contexte typique »[299]. Le confortant et le conforté sont le plus souvent des sociétés, partageant des intérêts communs, la plupart du temps membres d'un même groupe. Cela ne préjuge pas du contenu du document appelé par la pratique « lettre d'intention », qui peut contenir des engagements très divers[300].

La position du Code civil est bien différente : « la » lettre d'intention est un type de sûreté précis, « l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers ce créancier ».

L'appellation est doublement maladroite. Premièrement, parce que le terme « lettre d'intention » est également utilisé pour désigner, en droit des obligations,

---

liberté contractuelle : J.-F. SAGAUT, « Variations autour d'une sûreté personnelle *sui generis* : la promesse de porte-fort de l'exécution » *RDC*, 2004, n° 3, p. 840.

[295] *Contra* G. FERREIRA, thèse préc., deuxième titre de la deuxième partie, qui voit dans le porte-fort le fondement général des garanties indemnitaires.

[296] Ainsi J.-F. BARBIÈRI opte-t-il pour une interprétation de l'article 1120 dans le sens du seul porte-fort de ratification, mais en précisant lui aussi qu'« aucune disposition légale » n'interdit le porte-fort d'exécution : note ss. Cass. com., 13 déc. 2005, *Bull. Joly Soc.*, 2006, n° 4, § 95.

[297] V. *infra,* n° 166 s.

[298] V. par ex. *supra*, n° 61.

[299] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 552. C'est le sens de l'expression que nous avons utilisé jusqu'ici.

[300] V. *supra*, n° 71 s.

« les accords précontractuels par lesquels les parties définissent le cadre et les limites des négociations en cours ou à venir et expriment leur intention de parvenir à un accord »[301]. Deuxièmement, parce qu'il est toujours possible de rédiger une telle lettre en lui donnant pour contenu un engagement d'honneur, un cautionnement ou une garantie autonome. Parlera-t-on alors de « lettre d'intention contenant un cautionnement » ? La formule, qui n'aurait choqué personne avant 2006, paraît aujourd'hui absurde. Les praticiens risquent de devoir fuir l'expression prise dans son sens classique, désignant un simple contexte, pour se faire comprendre. Évoquer une « lettre de confort contenant un cautionnement » conviendra mieux. Mais il y aurait également des lettres de confort contenant... une lettre d'intention ?

106. Des origines invisibles – La nouvelle définition choisit donc d'ignorer que l'expression « lettre d'intention » renvoie à un contexte, mais pas à une qualification juridique. Il n'y est pas davantage question d'un soutien entre sociétés du même groupe. De la définition doctrinale habituelle, il ne reste donc plus rien. Pourquoi ne pas saisir cette occasion ? Il semblait opportun de consacrer les lettres d'intention tombant sous notre concept des garanties indemnitaires ; or, de tels engagements peuvent intervenir sur n'importe quelle toile de fond. Aucun contexte n'est imposé par cette disposition nouvelle. En relisant l'article, il apparaît qu'il peut servir à merveille de réceptacle aux garanties indemnitaires en général[302].

Serait-ce aller contre la volonté du législateur – agissant par voie d'ordonnance ? Jean Carbonnier mettait en garde : « Pour atteindre la vérité du législateur, si tant est que ce soit la vérité que cherche l'historien, il y a plus d'un barrage à franchir. Le compte rendu déforme le discours, le discours masque la pensée, la pensée en dialogue n'est pas la pensée solitaire. Au fond de l'alambic, que reste-t-il ? L'action »[303]. Il eût certes été difficile de définir précisément le contexte de ce que la pratique nomme lettres d'intention, car les relations entre confortant et conforté sont variables, et la notion de groupe en particulier eût été insaisissable, si tant est qu'on ait voulu limiter l'institution à cette hypothèse. Mais enfin, pourquoi n'avoir pas au moins limité la souscription de ces engagements aux sociétés ?

Suivons le conseil de Jean Carbonnier : restons-en à ce que le législateur a fait, plutôt qu'aux intentions qui pourraient lui être prêtées, et constatons la polyvalence du texte adopté. Les lettres d'intention au sens le plus classique, en tant que « jeu du chat et de la souris », ou entourloupe comptable, doivent disparaître[304]. Puisse alors ce texte servir à mettre en place des engagements, entre sociétés ou ailleurs, dont la mise en œuvre, différente de celle du cautionnement, répond davantage aux désirs des parties.

C'est la spécificité de cette mise en œuvre qu'il faut à présent aborder.

---

[301] S. JAMBORT, art. préc., n° 5. Dans le même sens : L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 360. Sur ces accords de négociation, V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 186.

[302] L'idée a été exprimée – sous forme de crainte – par certains auteurs, parmi les défauts du nouvel article 2322 C. civ. : « donner une définition légale sans régime juridique risque de soulever des difficultés de qualification et de porter à ramener à la définition légale des engagements innommés toujours possibles (p. ex. le porte-fort d'exécution) » (L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 360).

[303] J. CARBONNIER, *Droit civil*, vol.1, *op. cit.*, n° 75.

[304] V. *supra*, n° 95 s.

SECTION 2
SPÉCIFICITÉ DE LA MISE EN ŒUVRE

107. Un aperçu du cœur du mécanisme – Il ne s'agit pas, ici, d'exposer en détail le régime des garanties indemnitaires, qui sera étudié dans la deuxième partie. Mais il importe de jeter dès à présent un premier regard sur le cœur du fonctionnement de ces sûretés, afin de commencer à saisir leur intérêt pratique, et de permettre une meilleure compréhension du débat à venir sur leur originalité au regard du cautionnement.

108. Les garanties indemnitaires, sûretés du troisième type ? – Les règles applicables aux garanties indemnitaires semblent bien différentes de celles qui sont connues par ailleurs en matière de sûretés personnelles. M. Simler illustre cette idée, s'agissant du porte-fort d'exécution, par une formule destinée à marquer les esprits : « [...] cette sûreté n'est ni autonome, ni accessoire, mais indemnitaire »[305]. Est-il possible, pour les garanties indemnitaires, de se hisser ainsi au-dessus d'une *summa divisio* qui semblait universelle ? Le mot « autonome », qui signifie en la matière « indépendant de tout autre rapport de droit », est précisément un antonyme du mot « accessoire »[306]. Les garanties indemnitaires ne seraient alors ni accessoires, ni non-accessoires...

Combinant simultanément deux états *a priori* incompatibles, le porte-fort d'exécution serait-il le « chat de Schrödinger » du droit des sûretés[307] ? Un auteur, qui approuve par ailleurs l'existence et l'originalité du concept de garantie indemnitaire, conteste cette présentation, et remarque : « il est fait appel non pas à un, mais à deux éléments différentiels distincts »[308] simultanément. Et de renvoyer à Eisenmann : « Saisissons seulement l'occasion de rappeler un principe élémentaire de logique qui n'est que trop souvent méconnu par les plus éminents auteurs : à savoir qu'à un même degré ou étage, la distinction des divers termes d'une classification doit être fonction d'un seul et même trait ; qu'il n'est pas admissible de poser, en considération annoncée d'un même trait, c'est-à-dire d'un même principe de classification, une division tripartite – par exemple – dont deux termes, disons : le second et le troisième, ont en commun un trait qui les oppose tous deux au premier, et ne se distinguent l'un de l'autre que par un trait d'une nature différente : en ce cas, on doit selon la logique poser une division suprême simplement bipartite, fondée sur le trait commun et différentiel ; et c'est ensuite

[305] P. SIMLER, note ss. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005 et Cass. com., 13 déc. 2005 : *JCP G*, 2006, II, 10021, p. 316. Dans le même sens : P. GROSSER, note ss. Cass. com., 13 déc. 2005 : *JCP E*, 2006, 1342, p. 411 ; I. RIASSETTO, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », *RLDC*, 2006, n° 26, p. 26, *in fine*.
[306] *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Autonome ».
[307] Erwin Schrödinger mit au point une expérience de pensée permettant de saisir la différence de fonctionnement du monde quotidien et du monde quantique. Elle aboutissait à ce qu'un chat soit *simultanément* mort et vivant. Cf., par ex., J. R. GRIBBIN, *Le chat de Schrödinger, la physique quantique et le réel*, Alphée, 2008.
[308] D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 212.

seulement, au degré inférieur donc, que l'on est en droit de poser une subdivision du deuxième grand terme, fondée sur son propre principe »[309].

Se posent en effet deux questions successives. La première est celle-ci : les garanties indemnitaires présentent-elles un caractère accessoire ? Par là, il ne faut pas entendre le « caractère accessoire inhérent à la notion même de garantie »[310], c'est-à-dire le fait que toute sûreté soit au service d'une dette principale, mais bien ce qu'il a été proposé d'appeler le « caractère accessoire renforcé »[311], qui « exprime une interconnexion étroite et de tous les instants entre l'obligation du débiteur et celle [du garant] »[312]. La réponse est certainement négative : le caractère accessoire ainsi défini est l'apanage du cautionnement, et il sera démontré qu'il ne se retrouve pas dans les garanties indemnitaires.

La seconde question qui se pose est : les « garanties autonomes » *stricto sensu* et les garanties indemnitaires présentent-elles la même forme d'indépendance par rapport à l'obligation principale ? Une réponse négative s'impose à nouveau. C'est pourquoi les garanties indemnitaires devront être situées, au sein de la *summa divisio*, dans la catégorie des sûretés autonomes. Puis, cette catégorie des sûretés non-accessoires devra elle-même être divisée en deux pour caractériser l'existence de deux formes distinctes d'indépendance par rapport à l'obligation principale[313].

109. Les règles de la responsabilité contractuelle – Il faut toutefois le souligner : la formule de M. Simler visait à faire prendre conscience de l'originalité du raisonnement conduisant à la mise en œuvre des sûretés personnelles que sont les garanties indemnitaires. Contrairement à ce qui prévaut en matière de cautionnement, la relation entre l'obligation principale et l'obligation du garant ne peut être analysée en termes d'opposabilité des exceptions. Contrairement à ce qui prévaut en matière de garantie autonome, il ne suffit pas de vérifier que les conditions posées par le contrat de garantie, souvent minces, sont réunies pour que cela provoque immédiatement le paiement d'une somme abstraitement envisagée, indépendamment de l'état d'exécution du contrat principal, sous les rarissimes réserves « d'abus », de « fraude manifeste du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre » (art. 2321 C. civ.)

En matière de porte-fort d'exécution, le garant est débiteur d'une obligation de faire consistant à rapporter l'exécution de l'obligation du débiteur principal. Cette dernière peut être de tout type : de faire, de ne pas faire, de donner en général et de payer une somme d'argent en particulier. Quant au souscripteur d'une garantie indemnitaire comportementale, il a promis d'adopter une attitude particulière, par action ou abstention. Le garant encourt, en cas d'échec, les foudres de la responsabilité contractuelle. Il s'agira donc d'appliquer des mécanismes classiques, dans un domaine inhabituel.

---

[309] C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *in La logique du droit*, *APD*, 1966, p. 25, n° 16.
[310] M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 216.
[311] *Ibid.*, n° 217.
[312] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 47.
[313] En ce sens : M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, thèse préc., n° 305 ; S. LAFONT, « Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles », *RLDC*, févr. 2009, p. 25, spéc. p. 30 s.

110. Plan – Le régime des garanties indemnitaires est, par défaut, assez comparable à celui du cautionnement en termes de sévérité pour le garant, à quelques différences près. Il est donc loin de la terrible rigueur d'une garantie autonome (I). Toutefois, ce régime de base est susceptible d'être modulé selon le désir des parties, afin de correspondre au plus près à leurs attentes (II).

I. Une modération de principe

111. Plan – La description du fonctionnement de ces garanties passe par l'étude des conditions de l'indemnisation (A), puis par celles de ses effets (B).

A. Conditions de l'indemnisation

112. Plan – Les conditions de la responsabilité civile en général, et de la responsabilité contractuelle en particulier, sont bien connues : il est nécessaire qu'une faute ait été la cause d'un préjudice. La question du préjudice peut être renvoyée à l'étude des effets de l'indemnisation : à ce moment, le créancier aura triomphé des obstacles qui pouvaient se dresser contre l'exercice de son action, et il conviendra d'exposer en détail la nature et le quantum de ce qu'il recevra pour son dédommagement. Pour l'heure, au titre des conditions, il suffit de dire qu'un préjudice doit exister[314].

Mais il faut tout d'abord caractériser l'échec du garant dans l'accomplissement de sa promesse, c'est-à-dire une faute à l'origine du préjudice (1). Ensuite, il faut également s'assurer que le garant, même fautif, ne dispose pas d'un moyen de défense efficace (2).

1. L'échec du promettant

113. Plan – Il faut ici caractériser une faute (a) à l'origine du dommage (b).

a. Une faute

114. Obligations satisfactoires – Lorsque l'obligation contractée est satisfactoire, c'est-à-dire qu'elle équivaut à un engagement de porte-fort d'exécution, la faute sera constituée par la seule circonstance que le garant a échoué à rapporter l'exécution promise. Un auteur écrit ainsi : « [...]l'inexécution de l'obligation du porte-fort découle mécaniquement de l'inexécution par le tiers de sa propre obligation [...]. C'est pourquoi, l'insolvabilité du tiers n'a pas lieu d'être établie, tout comme aucune mise en demeure du tiers n'est requise, sauf stipulation contraire de la convention de porte-fort. C'est aussi la raison pour laquelle il n'y a pas lieu de s'interroger sur les causes de l'inexécution : peu importe qu'elle soit due à son insolvabilité, à un retard »[315].

---

[314] Quelques arrêts vont en sens contraire. Ils sont parfois interprétés comme des hésitations passées de la Cour de cassation (V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 561), parfois comme des contradictions persistantes (V. par ex. L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 961).

[315] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-69.

115. Obligations comportementales de résultat – Il faut supposer ici que le garant n'a pas promis au créancier qu'il obtiendrait satisfaction, mais s'est tout de même engagé à adopter une attitude bien précise, de nature à favoriser l'exécution de la dette par le débiteur principal. Il en va ainsi d'une obligation, pour une société mère, de ne pas diminuer sa participation dans le capital de la filiale confortée. Il semble qu'il faille à nouveau appliquer le régime des obligations de résultat, ce qui signifie que la faute est présumée lorsque le résultat n'est pas atteint, par exemple si la mère a cédé ne fût-ce qu'un seul de ses titres de participation.

116. Obligations comportementales de moyens – À l'opposé des obligations satisfactoires se situent les obligations comportementales de moyens. Le créancier devra alors démontrer que le garant n'a pas adopté l'attitude promise, en comparant son comportement à celui d'un bon père de famille[316], ou à un modèle plus exigeant si l'obligation de moyens est renforcée.

b. Un lien de causalité

117. Hypothèses simples : obligations satisfactoires, et obligations comportementales de moyens – Lorsque l'obligation du garant est satisfactoire, le lien de causalité entre la faute et le préjudice est extrêmement aisé à établir. Le créancier d'une obligation de résultat bénéficie en effet d'une présomption en sa faveur. Il est jugé de manière constante que : « l'obligation de résultat emporte à la fois présomption de faute et présomption de causalité entre la prestation fournie et le dommage invoqué »[317]. Il s'agit d'une présomption simple, qui pourra être renversée dans certains cas : la rupture du lien de causalité fait partie des moyens de défense du promettant.

En ce qui concerne les obligations comportementales de moyens, en revanche, aucune présomption ne vient au secours du bénéficiaire de la garantie, et l'exigence d'une preuve du lien de causalité retrouve son empire[318]. Or, il est loin d'être toujours acquis que, si le comportement promis avait été adopté, cela aurait changé l'issue du contrat principal. Toutefois, si une clause pénale a été stipulée, il n'est plus nécessaire de démontrer ni préjudice ni, corrélativement, lien de causalité : la simple inexécution de la promesse, même simplement comportementale, provoquera le versement des dommages et intérêts[319].

118. Hypothèses problématiques : les obligations comportementales de résultat – Un certain trouble naît de l'application des règles classiques de la responsabilité contractuelle à cette catégorie d'engagements. En effet, lorsqu'il y a violation d'une obligation de résultat, il vient d'être rappelé que la jurisprudence accorde au bénéficiaire une présomption de faute, ce qui peut se comprendre, mais aussi une présomption de lien de causalité avec le préjudice. Appliquée à certaines lettres d'intention, la règle suscite la perplexité. Ainsi, une société mère qui se serait

[316] Sur la signification de ce standard, V. *supra*, n° 85.
[317] Cass. 1re civ., 16 février 1988, pourvoi n° 86-14918 : *Bull. civ.*, I, n° 42 ; *RTD. civ.*, 1988, n° 767, obs. P. JOURDAIN.
[318] On déduit habituellement cette exigence de l'article 1151 du Code civil.
[319] Sur cette possibilité de stipuler des clauses pénales à l'appui des garanties indemnitaires, V. *infra,* n° 164 s.

engagée à ne pas diminuer sa participation dans la filiale, et qui aurait ensuite cédé un seul titre, en contravention de cet engagement, serait considérée comme à l'origine du non-paiement par le conforté de sa dette[320] ? Pourtant, certains auteurs affirment que : « [le préjudice subi par le bénéficiaire], souvent, ne consistera qu'en la perte d'une chance que le débiteur principal ait exécuté sa dette, si le signataire avait effectué les opérations indiquées dans sa lettre (contrôle de la gestion, maintien de sa participation, etc.) »[321].

En d'autres termes, il n'est pas certain que la faute soit la cause du dommage : on discute, légitimement, de l'existence du lien de causalité[322]. L'empêcher serait absurde, comme le démontre un exemple plus caricatural encore. « Le médecin est tenu d'une obligation de moyens (donner des soins éclairés), mais aussi d'obligations de résultat (être aux rendez-vous promis) »[323]. Pourrait-on dire d'un médecin qui a renvoyé un patient avec qui il avait rendez-vous, et lui a demandé de revenir une heure plus tard, qu'il est automatiquement responsable « du préjudice » subi par le patient du fait de sa maladie ? Alors que celle-ci fut par ailleurs bien diagnostiquée et bien traitée, et ne l'aurait pas mieux été une heure auparavant ? Bien sûr que non, et pourtant une obligation de résultat a été violée. En revanche, le médecin pourrait être reconnu responsable du préjudice tenant au fait que le patient a perdu une heure d'une activité productive qu'il exerçait ce jour-là. C'est donc que l'affirmation selon laquelle un lien de causalité avec le préjudice est présumé n'a pas de sens : quel préjudice ? Il faut le définir, et donc en discuter.

119. Distorsions entraînées par la distinction entre obligations de moyens et obligations de résultat – Reviennent alors à l'esprit les propos de M. Denis Mazeaud, qui voulait en finir avec la distinction de Demogue et raisonner « uniquement en termes de contrat »[324]. Cette jurisprudence présumant le lien de causalité en cas de violation d'une obligation de résultat n'est-elle pas un exemple des simplifications abusives auxquelles mène l'utilisation de cette grille de lecture ? Elle semble adaptée au cas où le résultat promis constitue l'attente principale du créancier : recevoir satisfaction en matière de sûretés, être guéri en matière médicale[325]. Elle n'est pas adéquate, lorsque c'est un résultat « secondaire » par rapport à l'attente principale du créancier qui est promis : adopter un comportement précis mais qui n'est que de nature à augmenter ses chances d'être payé par le débiteur principal, être à l'heure au rendez-vous donné au patient.

Il ne faut pas croire, cependant, qu'il faudrait raisonner en termes d'obligations principales ou accessoires du contrat : l'obligation comportementale de résultat a beau ne pas correspondre, de fait, à l'attente principale du créancier, qui

[320] P. SIMLER estime ainsi, à propos d'un tel engagement : « Cette obligation – de ne pas faire – est assurément de résultat. Mais, si elle n'est pas respectée et si la filiale dépose plus tard son bilan, il est loin d'être évident qu'existe un lien de causalité entre ces deux faits » (*op. cit.*, n° 1010).
[321] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 561. Souligné par nous.
[322] L'expression « perte d'un chance » peut renvoyer à deux idées distinctes : « [elle] a pour objet en principe d'évaluer un dommage dont l'existence ou l'étendue est incertaine, mais qui est certainement imputable à la faute du responsable [...]. Depuis quelques années, les tribunaux ont transposé cette notion au cas où, si le dommage est connu, c'est le lien de causalité avec la faute qui est incertain » (A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 563). C'est le deuxième sens qui est utilisé ici.
[323] L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 948.
[324] V. *supra*, n° 86.
[325] On sait que cette attente du patient en matière médicale ne fait précisément pas l'objet d'une promesse de résultat, mais seulement de moyens.

est d'être payé, elle n'en est pas moins l'obligation principale du contrat de sûreté dont il bénéficie.

Ces constats appellent une réaction : une prise de distance, si ce n'est avec la distinction entre moyens et résultat elle-même, du moins avec certaines des conséquences que la jurisprudence a cru pouvoir en tirer.

Il ne faut pas oublier que ces décisions ont été rendues en ignorant une autre distinction, celle des obligations comportementales et satisfactoires, qui semble pourtant fondamentale dans la matière qui nous occupe.

2. L'absence de moyens de défense du promettant

120. Plan – Alors même que sa faute est avérée, par le jeu d'une présomption ou parce qu'elle a été prouvée, le garant dispose encore de moyens de s'opposer à l'action du bénéficiaire. Cela, même s'il a promis satisfaction au créancier (a) et donc, à plus forte raison encore pourrait-on croire *a priori*, s'il avait seulement promis un comportement (b).

a. Garanties indemnitaires satisfactoires

121. Moyens de défense liés au rapport de base – S'il n'est pas question, en la matière, d'opposer au créancier les exceptions tirées du contrat de base, les vicissitudes de l'obligation principale ne seront pas pour autant sans effet sur l'engagement du garant dans le cadre d'un porte-fort d'exécution. Elles l'affecteront par contrecoup, et indépendamment de l'idée d'accessoriété renforcée typique du cautionnement, en provoquant la nullité ou la caducité de l'obligation du promettant (α), ou en rompant le lien de causalité entre sa faute et le dommage subi, soit que ce dommage soit dû à un cas fortuit (β), soit qu'il soit dû au fait du créancier lui-même (γ). Seront pour l'instant négligés, en revanche, les moyens de défense sans rapport avec l'obligation principale, comme la nullité du contrat de porte-fort lui-même.

α. Nullité ou caducité de la promesse

122. Problématique – Dans le cadre d'un cautionnement, un certain nombre d'événements sont causes d'extinction de la sûreté par voie accessoire. La solution ne fait aucun doute pour ceux qui s'accompagnent d'une satisfaction du créancier : le paiement et ses variantes – dation en paiement et compensation[326]. Il est évident qu'ils libèrent également un promettant, en ce qu'ils constituent le résultat qui avait été promis. Or, il est question ici des moyens de défense utilisables par le garant qui a échoué à fournir l'exécution de l'obligation principale.

Il faut donc se tourner vers les causes d'extinction d'un cautionnement par voie accessoire sans satisfaction du créancier : nullité, résolution ou résiliation de l'obligation principale ; prescription, novation, confusion, remise de dette[327]. Reviennent alors à l'esprit les propos de M. Ancel : « [...] L'intérêt d'une telle combinaison, par rapport au cautionnement, est que l'obligation du porte-fort est tout à fait indépendante de celle du débiteur originaire. C aurait très bien pu se porter

[326] Sur la compensation, V. toutefois *infra*, n° 559 s.
[327] En matière de cautionnement, V. par ex. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 237 s.

fort alors que B n'était pas du tout tenu ; le fait que B ait, de son côté, contracté une obligation ne change rien à l'obligation de C. Il sera tenu même si l'obligation de B vient à être annulée ou à s'éteindre. Nous sommes bien en présence d'une sûreté personnelle non accessoire »[328]. Cette vision correspond peut-être au mécanisme du porte-fort tel qu'il a été étudié par M. Ancel dans certains pays voisins[329], mais sa transposition en droit français, avec application des règles de la responsabilité contractuelle, conduit à des résultats différents.

En effet, « [...] l'obligation du tiers et celle du porte-fort d'exécution sont liées en ce que la première consiste dans l'objet de la seconde [...] »[330]. Il en découle deux séries de conséquences.

123. Nullité de l'engagement – La première série de conséquences concerne les cas dans lesquels l'obligation principale est nulle, et disparaît donc rétroactivement. Par l'effet de cette fiction juridique, l'obligation du promettant se retrouve elle-même privée d'objet *ab initio* : comment aurait-il pu promettre l'exécution d'une obligation qui n'a jamais existé ? Le contrat de porte-fort, par ricochet, est atteint d'un vice congénital qui doit entraîner sa destruction pour défaut d'objet. Ce raisonnement est habituellement occulté par la théorie de l'accessoire[331]. Le résultat est alors expliqué par le fait qu'il y a « unicité de dette, mais dualité de liens d'obligation »[332]. Mais il appert que, si un garant personnel prend un engagement propre, donnant naissance à une obligation nouvelle et ayant théoriquement ses propres contours, le fait qu'elle ait pour objet l'exécution d'une autre obligation appelle nécessairement certaines conséquences.

Deux interprétations de ce phénomène sont évidemment possibles : les adversaires des sûretés personnelles nouvelles y verront la preuve qu'il s'agit de cautionnements mal déguisés ; ceux qui prônent la diversité des garanties souligneront au contraire qu'il n'est pas nécessaire de recourir au mythique caractère accessoire renforcé, et à la fusion prétendument inimitable des obligations qu'il entraîne, pour aboutir à certaines conséquences raisonnables. Il faudra bien entendu prendre parti, ultérieurement.

Pour l'heure, il faut conclure que si l'obligation principale a été contractée sous la menace, en l'absence de cause, ou qu'elle est frappée de toute autre forme de nullité, le promettant pourra en exciper face à une action du bénéficiaire tendant à forcer sa garantie, et n'aura pas à payer[333].

---

[328] V. *supra*, n° 58.

[329] Sur le porte-fort suisse, V. *infra*, n° 283 s.

[330] I. RIASSETTO, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », art. préc., n° 27.

[331] À propos du cautionnement, P. SIMLER écrit ainsi : « Si [la dette principale] n'existe pas ou est illicite, l'obligation de la caution est certes privée d'objet, mais l'anéantissement du cautionnement est commandé aussi par son caractère accessoire » (*op. cit.*, n° 198).

[332] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 47. Pour plus de précisions sur la distinction entre dette et liens d'obligation, V. *infra*, n° 317.

[333] En ce sens : P. GROSSER, note ss. Cass. com., 13 déc. 2005, préc., p. 412 (qui explique qu'en cas de nullité de l'obligation principale, il manquera une condition de la responsabilité contractuelle du promettant, mais ne dit pas laquelle) ; I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-69 (qui semble raisonner en termes de lien de causalité : le préjudice du bénéficiaire n'est pas dû à la faute du promettant mais à la nullité de l'obligation principale, le lien fait donc défaut) ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1024 (qui utilise le même type de raisonnement que Mme Riassetto avant d'ajouter toutefois que : « La promesse d'obtenir la ratification ou l'exécution d'une obligation nulle est elle-même nulle parce que

La jurisprudence l'avait d'ailleurs admis, dans l'un des rares arrêts anciens mentionnant un porte-fort d'exécution : « Attendu que l'accord ayant pour objet la cession du bail rural moyennant finance est radicalement nul ; qu'il en va de même de l'engagement de faire payer un prix de cession par le fermier entrant ; que cette nullité s'étend à la convention de porte-fort portant sur l'exécution d'une telle promesse »[334]. Mais un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 25 janvier 2005 fut interprété par certains comme allant en sens contraire[335].

124. Caducité de l'engagement – Il faut aller plus loin encore que la seule prise en compte de la nullité de l'obligation principale. M. Simler demande ainsi : « Qui pourrait douter un seul instant que l'obligation du porte-fort survivrait à une extinction de la dette par prescription, compensation, confusion ou même par novation, toutes exceptions qui sont sans incidence sur une garantie autonome ? »[336]. Tous ces événements ont en commun d'affecter ultérieurement une obligation principale qui, dans un premier temps, avait valablement accédé à l'existence juridique. Peuvent être ajoutées à cette liste la résiliation du contrat principal, de même que la résolution, mais aussi la remise de dette par le créancier[337]. À propos de lettres d'intention, des auteurs écrivent que l'engagement du confortant a pour but de « garantir une dette vivante, ni disparue ni éteinte »[338].

Les événements cités entraînent la caducité d'une garantie indemnitaire satisfactoire, notion qui peut être définie comme « l'état de non-valeur auquel se trouve réduit un acte initialement valable du fait que la condition à laquelle était suspendue sa pleine efficacité vient à manquer par l'effet d'un événement postérieur »[339]. Il n'y pas ici d'effet rétroactif mais, après que l'événement affectant l'obligation principale se soit produit, celle du garant est désactivée, et il ne pourra être exigé de lui qu'il procure le résultat initialement promis. La résolution du contrat principal ayant, quant à elle, un effet rétroactif, la rigueur commande de considérer qu'elle produit non pas une nullité de la garantie, mais une caducité *ab initio*.

---

l'objet même d'une telle promesse est nul »). R. BAILLOD écrivait déjà, en matière de lettre d'intention, que : « l'engagement du souscripteur prendra fin de façon non douteuse, tout comme le ferait celui de la caution, avec la disparition de l'obligation principale par suite de paiement par le débiteur, dation en paiement, compensation, mais aussi annulation » (art. préc., n° 51). Toutefois, si la solution est évidente lorsque la nullité de l'obligation principale est demandée par le débiteur principal, puis prononcée par le juge, une difficulté surgit : le garant a-t-il le pouvoir de l'obtenir lui-même, s'il s'agit d'une nullité relative ? Cette question vient de recevoir une réponse négative en matière de cautionnement. Elle sera examinée *infra*, n° 576 s.

[334] Cass. soc., 15 févr. 1962 : *Bull. civ.*, n° 195. Sur cet arrêt, V. aussi *infra*, n° 208.

[335] V. *infra*, n° 217 s.

[336] P. SIMLER, note ss. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005 et Cass. com., 13 déc. 2005, préc., p. 317. La compensation, qui figure dans cette liste, n'est finalement qu'une forme de paiement. Ce sont les autres événements mentionnés qui nous intéressent.

[337] Sur ce dernier point, il a été souligné que : « [...] au même titre que le paiement, la remise de dette conventionnelle éteint le lien d'obligation. Il serait d'ailleurs inconcevable d'imaginer que le créancier puisse se tourner vers le porte-fort pour obtenir une indemnisation après avoir renoncé conventionnellement à son lien de créance » (J.-F. SAGAUT, « Variations autour d'une sûreté personnelle *sui generis* : la promesse de porte-fort de l'exécution » art. préc.). La question semble plus complexe lorsque la remise est consentie dans le cadre d'une procédure collective. Elle sera étudiée avec le régime détaillé des garanties indemnitaires, *infra*, n° 587 s.

[338] C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, art. préc., n° 145-81.

[339] *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, préc., V° « Caducité ».

β. Cas fortuit

125. Présentation – Le débiteur d'une obligation de résultat qui n'est ni nulle ni caduque, et qui n'a pas réussi à tenir sa promesse, peut encore songer à l'article 1148 du Code civil. Celui-ci dispose que : « Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque, par suite d'un force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ». Il faut entendre par là que le débiteur peut se libérer de sa responsabilité en raison d'un cas fortuit, ou du fait d'un tiers – ce dernier devant présenter les caractères de la force majeure : il se confond donc, en quelque sorte, avec la première hypothèse.

126. Une hypothèse de caducité – Si le débiteur principal est victime d'un véritable cas de force majeure[340], celui-ci doit-il profiter au promettant ? La réponse doit être nuancée. Elle semble, dans un premier mouvement, nettement positive. Encore faut-il qu'il s'agisse bien d'un fait remplissant les conditions traditionnellement exigées d'extériorité, d'imprévisibilité et surtout d'irrésistibilité[341]. Il est alors nécessaire de distinguer l'impossibilité temporaire d'exécution, qui ne se traduirait que par une suspension du contrat principal[342], et l'impossibilité totale, qui entraînerait, selon le type de contrat, une résolution ou une résiliation du contrat principal[343]. L'impossibilité temporaire rompt le lien de causalité entre la faute du garant et le préjudice subi par le créancier[344]. Quant à l'impossibilité totale, puisqu'elle se traduit par une résolution ou une résiliation du contrat principal, elle entraîne la caducité de la garantie, ainsi que cela a déjà été exposé[345].

127. Cas fortuits sans extériorité – Dans un deuxième temps, il apparaît que certains cas fortuits retenus par la jurisprudence peuvent poser problème et méritent réflexion : ceux dans lesquels la jurisprudence semble avoir relativisé – voire écarté – l'exigence d'un événement extérieur au débiteur.

Ainsi, par exemple, de la maladie, qui a donné lieu à un arrêt remarqué d'Assemblée plénière : « Mais attendu qu'il n'y a lieu à aucuns dommages-intérêts lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit ; qu'il en est ainsi lorsque le débiteur a été empêché d'exécuter par la maladie, dès lors que cet événement, présentant un caractère imprévisible lors de la conclusion du contrat

[340] Les expressions « cas fortuit » et « cas de force majeure » sont utilisées indifféremment : Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 581.
[341] Sur l'interprétation changeante par la jurisprudence de ces trois caractères, et sur le rôle majeur de l'irrésistibilité, V. par ex. A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 332 s.
[342] *Ibid*, n° 339.
[343] *Ibid*, n° 340 s.
[344] « En effet, l'existence d'un événement de force majeure, contrairement à une opinion répandue, ne fait pas disparaître le fait dommageable ou le caractère fautif de celui-ci. La force majeure fait disparaître le lien de causalité entre l'inexécution de la part du débiteur et le dommage ». (C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *in Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 543, n° 5.
[345] V. *supra*, n° 124.

et irrésistible dans son exécution, est constitutif d'un cas de force majeure »[346]. N'est-ce pas précisément le type d'événement nuisible contre lequel le créancier a souhaité se prémunir, en exigeant la constitution d'une sûreté personnelle ?

Un exemple encore plus frappant est celui du chômage du débiteur. Un arrêt bien connu avait exigé des juges du fond qu'ils recherchent « si l'état de chômage, invoqué par [le débiteur] dans ses conclusions, n'était pas un événement de nature à l'empêcher d'exécuter ses obligations »[347].

Certes, la jurisprudence semble ici jouer quelque peu avec la notion de cas fortuit. Mais d'aucuns estimeront que, à partir du moment où cela profite au débiteur principal, cela devrait bénéficier tout autant au promettant, qui sera bien impuissant à user de son influence pour rapporter l'exécution du contrat de base. Mais, là où le caractère accessoire du cautionnement entraînerait la clôture immédiate du débat en ce sens, en liant inextricablement les destins du débiteur principal et du garant[348], pour le plus grand soulagement de ce dernier en l'occurrence, le débat est permis en matière de porte-fort d'exécution. Il devrait être posé en ces termes : le promettant a-t-il entendu garantir le risque de chômage du débiteur ? Il devient possible de réfléchir en termes de finalité de la sûreté. Lorsque le promettant et le bénéficiaire ont conclu leur accord, quels sont les événements néfastes qui sont entrés dans le champ contractuel ? Cette conception de la puissance de la sûreté variant en fonction du risque convenu entre les parties sera largement développée ultérieurement[349].

128. Cas fortuits couverts par le débiteur principal – À l'inverse, que doit-il se passer lorsque survient un cas de force majeure indiscutable, mais dont le débiteur principal avait accepté de supporter la charge dans le contrat ? N'est-ce pas une raison valable, pour le promettant, d'échouer à rapporter l'exécution, sans que rien ne puisse lui être reproché – la situation serait alors plus favorable pour lui que pour une caution, dont l'obligation est moulée sur l'obligation principale ? Probablement faut-il, ici, répondre par la négative. Même si le promettant n'avait pas expressément exclu ce cas de force majeure à sa propre hauteur, il avait accepté de rapporter l'exécution d'un contrat dont il savait qu'il incluait cette circonstance exceptionnelle ; de sorte qu'il l'a nécessairement faite sienne, qu'il a pris conscience de l'assiette élargie du risque qu'il était amené à couvrir. Cette notion de risque s'impose une fois encore, et semble constituer une alternative au raisonnement fondé sur le caractère accessoire renforcé du cautionnement.

---

[346] Ass. plén., 14 avril 2006, pourvoi n° 02-11168 : *D.*, 2006, p. 1577, note P. JOURDAIN ; *JCP G*, 2006, II, 10087, note P. GROSSER ; *RDC*, 2006, p. 1083, note Y.-M. LAITHIER et p. 1207, note G. VINEY ; *Defrénois*, 2006, p. 1212, obs. É. SAVAUX.

[347] Cass. 3e civ., 19 avr. 1972, pourvoi n° 71-10505 : *Bull. civ.*, III, n° 247 ; *D.*, 1973, jur., p. 205, note H. SOULEAU ; *RTD. civ.*, 1973, p. 581, obs. G. DURRY. La solution a été reprise par la même chambre dans un arrêt du 10 avril 1975, pourvoi n° 74-10379 : *Bull. civ.*, III, n° 115 ; *RTD. civ.*, 1976, p. 151, obs. G. DURRY.

[348] Sauf à considérer qu'un tel cas de force majeure est une « exception personnelle » au débiteur principal que la caution n'est pas en droit de soulever, mais cela cadre bien mal avec la notion même de cas fortuit. La possibilité de soulever les exceptions personnelles au débiteur principal, qui avait toujours été admise, vient en effet d'être remise en cause par la Cour de cassation : V. *infra*, n° 577 s.

[349] V. *infra*, à partir du titre 2, spéc. n° 489 s.

γ. Fait du créancier

129. Fait du créancier présentant les caractères de la force majeure – Le fait du créancier peut, tout d'abord, présenter les caractères d'un cas de force majeure : il sera alors traité comme tel, peu important son caractère fautif ou non fautif[350]. Il y a lieu, en tel cas, de renvoyer aux développements qui viennent d'être présentés. Une telle situation ne sera évidemment pas fréquente en pratique.

130. Fait simplement fautif du créancier – Il faut cependant ajouter que tout fait fautif entraîne une exonération partielle de responsabilité[351]. Il s'agit même plutôt d'une simple application du droit commun de la responsabilité contractuelle. Le créancier commet une faute qui cause un préjudice au promettant. Les dommages-intérêts, par compensation, viendront en déduction de ceux que le promettant devra verser pour n'avoir pas tenu son engagement. Plusieurs exemples seront cités ultérieurement[352].

131. Exception d'inexécution – Tenter de se représenter les cas dans lesquels le créancier est responsable de ce que le débiteur principal ne se soit pas exécuté amène rapidement à l'esprit l'hypothèse de l'exception d'inexécution. Le débiteur principal serait en mesure de fournir la prestation attendue de lui, mais il s'aperçoit que le créancier n'est pas prêt à faire de même. Qu'à cela ne tienne : il lui oppose l'*exceptio non adimpleti contractus*, ou exception d'inexécution[353]. Le créancier peut-il se plaindre au garant de ce que l'exécution promise n'intervient pas ? La caution pourra se prévaloir de l'exception d'inexécution, sur le fondement de l'opposabilité des exceptions et de l'article 2313 du Code civil, y compris d'ailleurs lorsqu'elle n'a pas été soulevée par le débiteur lui-même[354].

En matière de porte-fort d'exécution, l'article 2313 est bien sûr inapplicable. Il ne s'agit pas d'un fait du créancier présentant les caractères de la force majeure, et il semble bien que la solution est ailleurs. Peut-être doit-elle être trouvée dans la notion de cause. En effet, il s'agit du fondement souvent attribué par la doctrine à l'exception d'inexécution[355] : la raison pour laquelle la partie qui oppose l'exception devait fournir sa prestation, la contrepartie, a disparu. Un contrat constitutif de sûreté personnelle tel que le porte-fort d'exécution est unilatéral, mais il n'en possède pas moins une cause objective. La solution classiquement posée en la matière est celle-ci : « [...] Le but de la caution n'est pas la sûreté elle-même, qui constitue en soi une abstraction, mais ce que cette sûreté permet d'obtenir, à savoir le crédit ou l'avantage escompté par le débiteur et subordonné à l'obtention de la garantie »[356].

---

[350] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 584.
[351] *Ibid.*
[352] V. le titre premier de la seconde partie.
[353] Sur laquelle V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 630 s.
[354] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 730.
[355] Cela suppose – l'idée est loin d'être admise par tous – que la cause joue un rôle qui se prolonge au-delà de la conclusion du contrat. V. L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 859 et surtout H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Dalloz, 3e éd., 1927, n° 121 s.
[356] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 98. Pour une analyse détaillée de la cause des garanties personnelles, V. *infra*, n° 512 s.

Cette affirmation est transposable à toute sûreté personnelle. Dès lors, ce que la notion de cause permet au débiteur principal de faire, elle doit l'autoriser également au garant indemnitaire satisfactoire, car la raison d'être de son propre engagement disparaît, si celui qu'il a entendu conforter ne reçoit pas le bénéfice attendu du contrat principal. Cela permet d'aboutir, une nouvelle fois, à un résultat comparable à celui obtenu via le caractère accessoire du cautionnement, en n'ayant recours qu'à des notions de droit commun des contrats.

b. Garanties indemnitaires comportementales

132. Hypothèses visées – Les événements perturbateurs qui viennent d'être décrits n'ont pas, *a priori*, une importance aussi grande lorsque l'obligation du garant est simplement comportementale.

En effet, la prescription de l'obligation principale ou encore le cas fortuit dont était victime le débiteur principal s'opposaient au paiement et, *ipso facto*, provoquaient la faute du garant satisfactoire, qui s'était engagé à rapporter une exécution qui n'intervenait pas. Dans une telle hypothèse, le garant n'a pas le choix : il doit se défendre, et utiliser pour cela le bon fondement.

En revanche, le garant débiteur d'une obligation comportementale peut fort bien, dans les hypothèses étudiées, l'avoir respectée : le débiteur principal était victime d'un cas de force majeure mais lui, de son côté, exécutait scrupuleusement son obligation de ne pas diminuer sa participation en capital dans sa filiale. Nulle faute ne peut lui être reprochée, et il n'y a pas à s'inquiéter davantage. La conjonction d'un événement perturbateur et d'une faute du garant pourra toutefois survenir, mais elle ne sera pas automatique. Ainsi, le débiteur principal a refusé de payer car l'obligation était prescrite, mais le garant a par ailleurs méconnu son obligation de ne pas diminuer sa participation dans le capital de la filiale.

133. L'absence de lien de causalité – Le moyen de défense dont pourra user le garant s'impose ici avec une assez grande évidence : certes, il a commis une faute, mais elle n'est pas à l'origine du préjudice du créancier, dont la créance, prescrite, n'aurait pas été payée quoi qu'il arrive. Il y a donc absence de lien de causalité entre la faute et le préjudice que le bénéficiaire voudrait alléguer. Cela ne posera pas de problème pour les obligations comportementales de moyens, qui imposent au bénéficiaire de rapporter la preuve d'une faute de la part du garant, mais également du lien de causalité entre cette faute et le préjudice dont la réparation est demandée.

En revanche, s'agissant des obligations comportementales de résultat, surgit un problème déjà évoqué : la jurisprudence estimant que la violation d'une obligation de résultat emporte présomption de faute mais aussi de lien de causalité[357]. D'où un résultat tout à fait surprenant : si cette solution est appliquée, le garant qui n'a promis qu'un simple comportement est moins bien traité que celui qui a promis au créancier satisfaction. Il a été démontré en effet que, l'obligation du garant satisfactoire voyant l'obligation principale incluse dans son objet, cela crée entre elles un lien particulier qui provoque des conséquences en partie similaires à celles du caractère accessoire du cautionnement. Le garant comportemental, dont l'obligation est entièrement propre et ne contient aucune référence à l'obligation

[357] V. *supra*, n° 118.

principale dans son objet, subirait donc une forme d'indépendance un peu inattendue de son engagement.

Ce résultat contraire au bon sens doit être refusé, et imputé une nouvelle fois à cette jurisprudence inadéquate sur la présomption du lien de causalité en présence d'une obligation de résultat violée, jurisprudence qui doit être remise en question[358].

B. Effets de l'indemnisation

134. Plan – Lorsque le promettant échoue à rapporter l'exécution de l'obligation principale et qu'il ne peut exciper d'aucun moyen de défense, il doit indemniser le bénéficiaire. Quelles seront la forme (1) et le montant (2) de cette indemnisation ?

1. Forme de l'indemnisation

135. Plan – Ici encore, il faut distinguer garanties satisfactoires (a) et comportementales (b).

a. Garanties indemnitaires satisfactoires

136. Plan – Le mode d'indemnisation privilégié, qui pouvait même sembler exclusif, est ici la réparation par équivalent (α). Mais certains affirment qu'une réparation en nature est possible (β).

α. Le principe : la réparation par équivalent

137. Une particulière adéquation à la garantie d'obligations non monétaires – Pour que la question de la forme de l'indemnisation se pose véritablement, il faut que l'obligation principale ne porte pas sur une somme d'argent, mais soit d'un autre type : faire, ne pas faire, ou donner autre chose que de la monnaie[359].

M. Simler remarque à juste titre que, contrairement à ce qui est attendu de la caution, le promettant n'aura jamais à se substituer au débiteur pour exécuter l'obligation principale. « Le porte-fort d'exécution se différencie du cautionnement en ce qu'il est en toute hypothèse constitutif d'une obligation de faire, à savoir rapporter la ratification ou obtenir l'exécution de l'obligation par le tiers. Il en est ainsi même si cette obligation du tiers est de ne pas faire. Dire que le porte-fort est tenu de se substituer au débiteur est alors absurde »[360]. Ce qui permet à l'auteur de conclure à l'adéquation du mécanisme à la garantie de certaines opérations : « La promesse de porte-fort apparaît comme particulièrement appropriée à la garantie de l'exécution des obligations de faire et de ne pas faire. De telles obligations peuvent certes être garanties par un cautionnement, mais sa mise en œuvre se traduit par des distorsions qui en altèrent la nature. Une caution peut certes s'obliger à exécuter elle-même une obligation de faire incombant au débiteur garanti. Le plus souvent,

[358] *Ibid.*
[359] Mais les obligations de donner existent-elles réellement ? V. *infra*, n° 355.
[360] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1026.

cependant, elle ne sera tenue qu'à indemniser le créancier en cas de défaillance du débiteur principal »[361].

Il faudra revenir ultérieurement sur la théorie mentionnée, selon laquelle, en de pareils cas, la caution ne garantit pas l'obligation principale elle-même mais seulement l'indemnité qui sera due en cas d'inexécution[362]. En effet, si cette idée – qui met fort opportunément entre parenthèses la définition même du cautionnement – est admise, la distinction entre porte-fort d'exécution et cautionnement s'estompe. Il est clair, pour l'heure, qu'aucune exécution en nature de l'obligation du promettant n'est envisageable. L'engagement d'une caution est d'exécuter l'obligation principale en cas de défaut, et on peut l'y contraindre. L'engagement du promettant est de rapporter le fait d'un tiers qui, par hypothèse, n'est pas intervenu et ne peut plus l'être, sans quoi le garant ne serait pas poursuivi. La conclusion paraît s'imposer: il faudra verser des dommages et intérêts.

β. L'exception : la réparation en nature

138. Distinction entre exécution en nature et réparation en nature – Un auteur rappela cependant qu'il ne faut pas confondre l'exécution en nature, qui n'est pas envisageable, et la réparation en nature. « Peut-on mettre à la charge du porte-fort, au titre de son obligation de réparation envers le bénéficiaire, une réparation en nature consistant à faire la même chose et non pas ce que devait le tiers ? »[363].

Décidément, entre une caution qui pourrait ne pas avoir à se substituer au tiers mais simplement à garantir une indemnité, et un garant indemnitaire qui pourrait être contraint de faire « la même chose » que le débiteur principal, d'importants problèmes de frontières entre les deux concepts se révèlent, qu'il faudra bientôt résoudre. Mais il faut reconnaître que la remarque fait écho à un véritable débat doctrinal sur la question[364]. Lorsque les parties en ont décidé ainsi, il n'y a aucune raison de le leur interdire.

La véritable question est celle-ci : le bénéficiaire peut-il y contraindre le promettant ?

139. Dans le porte-fort de ratification – Le problème se posait déjà, en quelque sorte, dans le cadre du classique porte-fort de ratification. Demolombe écrivait ainsi : « Mais [l'indemnité due par le promettant], en quoi consiste-t-elle ? et quel doit en être le résultat ? elle consiste dans les dommages-intérêts, auxquels l'autre partie a droit par suite de l'inexécution de l'engagement que le porte-fort a contracté envers elle ; et elle doit, en conséquence, avoir pour résultat de la mettre, autant que possible, dans la même situation que si cet engagement avait été exécuté, c'est-à-dire que si le tiers avait ratifié ; or, la meilleure manière de la mettre dans cette situation, n'est-ce pas de forcer le porte-fort à exécuter lui-même l'obligation, si cette exécution lui est possible ? Nous le croyons ainsi »[365].

Cette idée était combattue, par exemple par Baudry-Lacantinerie et Barde : « Le dommage que le porte-fort s'est engagé à réparer, c'est celui qui est causé par

[361] *Ibid.*, n° 1022.
[362] V. *infra*, n° 243.
[363] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-71, b/.
[364] V. par ex. les réf. citées par L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 249.
[365] C. DEMOLOMBE, *op. cit.*, n° 224.

la non obtention de la ratification, et non pas celui résultant de l'inexécution de la convention qui serait née de cette ratification, et à laquelle, au surplus, le porte-fort serait demeuré étranger »[366].

Ces derniers arguments semblent pertinents : le bénéficiaire d'une promesse de ratification sait bien qu'il n'a passé qu'un fantôme de contrat, et qu'il est au pouvoir de son véritable cocontractant de ne jamais signer. Si la ratification n'intervient pas, il ne peut prétendre avoir perdu la même chose que celui qui serait titulaire d'un véritable contrat en bonne et due forme, assorti d'un garant d'exécution. Sous couvert de réparation en nature du préjudice subi, il ne peut être demandé au promettant de prendre à sa charge le contrat projeté.

140. Position du Code civil – Que répondre, concernant le porte-fort d'exécution, à la suggestion de Mme Riassetto ? Le Code civil met en avant un principe, issu de l'article 1142, qui prône une réparation par équivalent des obligations de faire ou de ne pas faire. Mais il ajoute immédiatement deux exceptions. L'article 1143 dispose ainsi : « Néanmoins, le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait par contravention à l'engagement, soit détruit ; et il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur, sans préjudice des dommages et intérêts s'il y a lieu ». Le dénouement le plus probable, dans le cas qui nous intéresse, n'est pas que le promettant se voie ordonner de procéder lui-même à la destruction, mais que la destruction se fasse à ses frais, ce qui ramène à la situation de base dans laquelle l'inexécution de son obligation se solde par un versement d'argent. La même remarque vaut pour la deuxième exception, posée par l'article 1144 du Code civil. « Le créancier peut aussi, en cas d'inexécution, être autorisé à faire exécuter lui-même l'obligation aux dépens du débiteur. Celui-ci peut être condamné à faire l'avance des sommes nécessaires à cette exécution » : de l'argent, encore.

141. Une solution inopportune – Mais il semble que la jurisprudence ait tendance, aujourd'hui, à remettre en question le rejet de la réparation en nature, au-delà même des dérogations prévues par les textes[367]. Certains affirment que, hors les cas où la réparation en nature est impossible matériellement, ou juridiquement parce qu'elle implique une contrainte sur la personne, le juge a toute latitude pour prononcer une exécution en nature qui semblerait opportune[368]. Le bénéficiaire devra toutefois y consentir, car la Cour de cassation a décidé que la réparation en nature ne peut être imposée à la victime du préjudice[369].

Si la réparation en nature par le promettant est donc envisageable, elle ne devrait intervenir que rarement en pratique : si les parties souhaitent que le garant personnel exécute lui-même l'obligation principale en cas de défaillance, que ne concluent-elles un contrat de cautionnement[370] ? Car le concept de réparation en nature suscite tout de même cette sérieuse réserve, exprimée par Mme Viney :

[366] L. BARDE et G. BAUDRY-LACANTINERIE, *op. cit.*, n° 143.
[367] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 594.
[368] L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 249.
[369] Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, pourvoi n° 04-14586 : *Bull. civ.*, III, n° 180 ; *JCP G*, 2006, II, 10010, note C. NOBLOT ; *RDC*, 2006, p. 818, obs. G. VINEY ; *RTD. civ.*, 2006, p. 129, obs. P. JOURDAIN.
[370] À cette question, il peut toutefois y avoir une réponse : elles souhaitent conclure une garantie sous certains aspects plus sévère que le cautionnement, débarrassée de certains aspects du caractère accessoire. Ce qui pose encore une fois la question des véritables critères de délimitation entre les deux mécanismes.

« N'est-il pas en effet contestable, au regard du principe de la force obligatoire du contrat, de permettre au juge d'exiger du débiteur une prestation autre que celle qui avait été stipulée dans la convention ? Or c'est bien ce qu'il fait lorsqu'il ordonne une mesure de réparation en nature distincte de l'exécution pure et simple, par le débiteur lui-même ou par un tiers aux dépens du débiteur »[371]. Il faut donc se prononcer contre cette possibilité.

b. Garanties indemnitaires comportementales

142. Plan – Contrairement à ce qui prévaut en matière de garanties satisfactoires, l'exécution en nature sera le principe (α), et l'exécution par équivalent l'exception (β).

α. Le principe : l'exécution en nature

143. Une garantie fondée sur une prestation en nature – Il vient d'être rappelé que l'exécution forcée en nature d'une garantie indemnitaire satisfactoire n'est pas envisageable : l'engagement, qui consistait à rapporter l'exécution de l'obligation principale, est par hypothèse irrémédiablement compromis au moment où le bénéficiaire saisit les tribunaux. En revanche, il semble tout à fait envisageable de demander l'exécution forcée en nature de certaines garanties comportementales. Si le garant avait promis, sans tenir parole, de « consentir un prêt, consentir un abandon de créance, souscrire à une augmentation de capital du débiteur conforté »[372], dans un délai fixé ou implicite, le bénéficiaire peut demander l'exécution forcée assortie d'une astreinte[373].

L'exécution en nature semble devoir être le principe, et l'exécution par équivalent l'exception. Ici, la question de l'exécution forcée en nature ne dépend pas de la nature de l'obligation principale : fût-elle de payer une somme d'argent, l'obligation comportementale qui la renforce sera, elle, une prestation en nature.

144. Prévenir plutôt que guérir – Une garantie consistant en une prestation en nature, qui peut être fournie sous la contrainte si besoin, mérite-t-elle encore le qualificatif d' « indemnitaire » ? Il faut reconnaître qu'il existe une différence claire de philosophie entre les garanties comportementales et satisfactoires. La vie des sûretés s'articule autour d'un moment-clé : la défaillance du débiteur principal, mais le centre de gravité de ces deux mécanismes se situe pour l'un avant, pour l'autre après ce moment. Lorsque le bénéficiaire se contente d'une simple promesse que le garant adoptera un comportement précis, c'est qu'il pense qu'il est de nature à éviter la défaillance du débiteur. En revanche, lorsque le bénéficiaire obtient un engagement satisfactoire, il ne s'attend pas nécessairement à ce que le garant empêche la défaillance de survenir, mais veut qu'il en absorbe les conséquences financières. De ces deux types d'engagements, l'un prévient et l'autre guérit.

Cela ne signifie pas que le garant satisfactoire ne tentera pas d'user des moyens de pression dont il disposerait sur le débiteur. Mais il n'est même pas

[371] G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 921, V. p. 945.
[372] C. KOERING et N. RONTCHEVSKY, art. préc., n° 145-93.
[373] En ce sens : M.-E. MATHIEU-BOUYSSOU, art. préc., n° 19.

certain que ces moyens existent, et ils ne sont en tout cas pas entrés dans le champ contractuel[374]. S'il n'y en a pas, ce n'est pas un problème pour le bénéficiaire, qui obtiendra son dédommagement. Le dénouement par le versement d'une indemnité est donc banal dans le cas d'une garantie satisfactoire ; il devrait relever de l'exception s'agissant d'une garantie comportementale. Au sein des sûretés constituées par une obligation propre de faire ou de ne pas faire du garant, seule la catégorie des garanties satisfactoires, symbolisée par le porte-fort d'exécution, semble donc mériter parfaitement la qualification de « garantie indemnitaire ».

β. L'exception : la réparation par équivalent

145. Hypothèses de dénouement indemnitaire – Toutefois, le dénouement indemnitaire des garanties comportementales, pour être plus rare, n'en reste pas moins possible. Ainsi, certains engagements comportementaux peuvent être méconnus de manière irréversible : si une société mère a promis de ne pas diminuer sa participation dans une filiale au-dessous d'un certain seuil, qu'elle a malgré tout vendu des titres, et qu'il ne s'en trouve plus sur le marché pour lui permettre de repasser au-dessus du seuil en les rachetant, l'exécution forcée en nature n'est pas possible.

Par ailleurs, lors même que les comportements promis seraient susceptibles d'être adoptés sous la contrainte judiciaire, il est possible que le bénéficiaire ne l'exige pas. La première raison pourrait être qu'il n'a pas les moyens de savoir si le comportement est bel et bien adopté, par exemple s'il consiste en une surveillance rigoureuse par une société mère de la gestion de sa filiale : comment le bénéficiaire saurait-il si cette surveillance est bien exercée ? Si elle ne l'est pas, il mettra en œuvre la garantie, et c'est le juge qui conclura éventuellement à une surveillance défectueuse. Il sera alors probablement trop tard pour obtenir autre chose qu'une réparation par équivalent.

Le désintérêt pour la voie de l'exécution forcée peut également relever d'un choix stratégique du bénéficiaire. Si l'obligation principale comporte un faible intuitus personæ[375], particulièrement s'il s'agit d'une obligation monétaire, il peut tout à fait prendre bonne note de ce que le confortant n'adopte pas le comportement promis, mais sans protester : il attendra alors l'échéance de la dette principale pour utiliser cette circonstance à l'appui d'une demande d'indemnisation[376].

2. Montant de l'indemnisation

146. Obligations non monétaires – La Cour de cassation le rappelle : « le propre de la responsabilité civile est de rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle

[374] V. *infra*, n° 240 s.

[375] Si la prestation peut être fournie uniquement ou préférentiellement par le débiteur principal, par exemple en raison d'un savoir-faire particulier, le bénéficiaire préférera certainement obtenir du confortant, si besoin sous la contrainte, qu'il adopte le comportement promis, afin de maximiser les chances d'exécution. La garantie comportementale aura rempli son rôle naturel de prévention des défaillances.

[376] Encore faudra-t-il mettre en évidence un lien de causalité suffisant entre le défaut de comportement et l'inexécution de l'obligation principale, à moins qu'une clause pénale n'ait été stipulée : V. *infra*, n° 164 s.

se serait trouvée si l'acte dommageable ne s'était pas produit »[377]. M. Simler préconisait l'emploi d'un porte-fort d'exécution plutôt que d'un cautionnement concernant les obligations de faire ou de ne pas faire, car le bénéficiaire attendra alors une indemnisation plutôt qu'une substitution au débiteur, qui n'est d'ailleurs souvent pas possible[378]. Plus adapté à ces obligations dans son principe même, il le serait également en raison du montant obtenu : « [...] pour les obligations de faire, le porte-fort d'exécution répond à la nature des choses. Le créancier entend être couvert en cas d'inexécution imputable au débiteur. Le porte-fort d'exécution répond très exactement à ce besoin et la garantie qu'il confère épouse naturellement les limites du préjudice subi, ni plus, ni moins. Or, très souvent, ce préjudice ne peut être évalué par avance. Il peut être très supérieur à la valeur de la prestation due par le débiteur – et, dans ce cas, le porte-fort est une garantie bien meilleure que le cautionnement – ou, au contraire, très inférieur, notamment si le prix de la prestation non exécutée n'a pas encore été payé »[379].

Le porte-fort d'exécution semble donc régner sans partage sur la garantie de telles obligations : son mécanisme est adapté, et sa mise en œuvre aboutit à des résultats opportuns. Le propos peut être élargi aux autres garanties indemnitaires, particulièrement aux garanties comportementales lorsqu'elles se dénouent par le paiement d'une indemnité.

147. Obligations monétaires – Mais qu'en est-il sur le terrain des obligations de somme d'argent, celui sur lequel cautionnement et porte-fort d'exécution entrent en concurrence ? Dans ce cas, la réparation « [...] se traduira vraisemblablement par un résultat équivalent, le préjudice subi étant égal au montant de la dette impayée. Mais il pourrait ne pas en être ainsi. Le défaut d'un débiteur peut emporter pour le créancier des conséquences graves, pouvant aller jusqu'au dépôt de bilan et à la procédure collective »[380].

La question est d'importance : le bénéficiaire obtiendra-t-il réparation, en plus du montant de la créance augmenté des intérêts de retard et des frais, d'autres chefs de préjudice ? Dans la mesure où le préjudice est certain, direct et prévisible, les règles de la responsabilité contractuelle le commandent. « [...] En pratique, la réparation procède d'abord de manière analytique, par addition des différents postes de préjudice que le juge identifie, lesquels n'ont pour bornes que son imagination »[381]. Ainsi, le bénéficiaire a dû emprunter de l'argent à un taux défavorable pour faire face à la carence du débiteur principal. Ou encore, l'absence des ressources sur lesquelles il comptait l'a privé des moyens de soumissionner à un marché, et par conséquent d'une chance sérieuse de le remporter, ou l'a empêché d'acquérir des marchandises pour lesquelles il avait un acheteur, matérialisant un gain manqué.

Mais deux remarques s'imposent pour tempérer ces qualités apparentes du porte-fort. La première est que le cautionnement lui-même permet, dans certaines

---

[377] Cass. 2e civ., 28 oct. 1954 : *JCP G* 1955, II, 8765, note R. SAVATIER. La formule est d'ailleurs de M. SAVATIER lui-même, comme le rappellent L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, note n°1 p. 135.
[378] V. *supra*, n° 137.
[379] P. SIMLER, note ss. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005 et Cass. com., 13 déc. 2005, préc., p. 319.
[380] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1025.
[381] L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, p. 136.

hypothèses, d'obtenir davantage que la seule créance[382]. La deuxième est que, pour que ces avantages se concrétisent, il faut que les juges procèdent à une véritable évaluation du préjudice, ce qu'ils n'ont pas toujours l'air d'être disposés à faire.

Un arrêt du 16 avril 1991 en constitue une parfaite illustration[383]. Le promettant s'engageait à ce qu'un tiers verse une somme d'argent au bénéficiaire, ce qui peut être analysé en deux temps. D'abord, ce qu'un auteur appelle un « porte-fort de conclusion », c'est-à-dire l'engagement « qu'un tiers conclura un contrat [avec le bénéficiaire] ou souscrira une obligation »[384], qui ne se distingue que faiblement d'un porte-fort de ratification[385]. Ensuite, dans la mesure où « le versement » était promis, il s'agissait également un porte-fort d'exécution. Or, le pourvoi reprochait aux juges d'appel : « d'avoir évalué le préjudice causé [au bénéficiaire] par l'inexécution de l'engagement de porte-fort, au montant du versement prévu à son profit par la convention [alors que] la promesse de porte-fort a pour objet l'indemnisation et non la garantie du bénéficiaire » et ajoutait « qu'en se prononçant comme elle a fait, sans rechercher le préjudice réel subi par M. Z..., en raison de son départ, et sans cantonner l'obligation du promettant à la réparation de ce préjudice, la cour d'appel a violé l'article 1120 du Code civil ». Un grief parfaitement cohérent au regard des principes de la responsabilité contractuelle. Pourtant, la Cour de cassation décide que : « en allouant à M. Z... une indemnité égale à la somme dont le défaut de la ratification promise l'avait privé, la cour d'appel, loin de violer l'article 1120 du Code civil, en a fait une exacte application et a légalement justifié sa décision »[386].

Ce n'est pas ainsi qu'il faudrait raisonner. Une juste application des principes valoriserait davantage les garanties indemnitaires. Une solution du même type a pourtant été rendue à propos d'une lettre d'intention renfermant un engagement comportemental[387].

148. Exigence de prévisibilité – Lorsque l'on dit qu'une garantie indemnitaire peut aboutir à une indemnisation bien plus élevée que celle résultant d'un cautionnement, il faut garder à l'esprit l'article 1150 du Code civil, selon lequel la responsabilité contractuelle ne peut entraîner que la réparation du seul préjudice qui pouvait être prévu au moment de la conclusion du contrat. Mais il ne faut pas non plus surestimer la portée de cette exigence. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur ou les différents frais que doit supporter le

---

[382] V. *infra*, n° 263.

[383] Cass. 1re civ., 16 avril 1991, inédit, pourvoi n° 89-17982. Sur cet arrêt, V. aussi *infra*, n° 211.

[384] I. RIASSETTO, obs. sur Cass. com., 13 déc. 2005, préc., n° 11.

[385] Dans les deux cas, il est promis que le tiers contractera une obligation. Dans le cas du porte-fort de ratification, il adhérera à un contrat déjà négocié qu'il n'a plus qu'à ratifier, alors que dans le cas du porte-fort de conclusion, il souscrira une obligation nouvelle. La différence semble ténue, tant l'existence d'un contrat passé sans pouvoirs et en attente de ratification est fragile.

[386] L'usage du terme « ratification » laisse entendre que la Cour s'est contentée de raisonner en termes de porte-fort classique. Puisque la promesse de ratification avait été violée, il n'était pas nécessaire de s'interroger sur la promesse d'exécution subséquente, qui était pourtant bien stipulée.

[387] Cass. com., 16 juill. 1991 : *Bull. civ.*, IV, n° 265. Cet arrêt déduit de ce que les moyens promis n'avaient pas été mis en œuvre que la société confortante « devait être condamnée à verser [au bénéficiaire] l'intégralité de [sa créance », sans faire référence à la recherche pourtant nécessaire du préjudice réel. Des auteurs commentent : « la solution confirme le peu d'attention que les juridictions françaises attachent à l'évaluation du dommage à la différence des juges du *Common Law* » (M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, note n° 24 p. 405).

créancier impayé sont des événements absolument prévisibles : n'est-ce pas dans leur perspective même qu'une sûreté personnelle a été mise en place ?

149. Perte d'une chance – Il a déjà été observé que, dans le cas de la violation par le garant d'une obligation simplement comportementale, l'évaluation du préjudice obligera souvent à recourir à la notion de perte de chance[388]. En effet, par définition, le comportement promis ne devait pas entraîner automatiquement la satisfaction du bénéficiaire, mais était seulement de nature à augmenter la probabilité d'exécution de la dette principale. La Cour de cassation affirme que : « la réparation d'une perte de chance doit être mesurée à la chance perdue et ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée »[389]. Quel montant faut-il fixer ? Pour le savoir, il faut évaluer le préjudice global, puis l'affecter d'un coefficient en fonction de la probabilité qu'aurait eue l'événement espéré – ici, l'exécution – de se produire, si le contrat avait été respecté[390].

De tout ce qui précède, il découle que les garanties indemnitaires sont, contrairement aux garanties autonomes, des sûretés dont le régime de base est d'une rigueur modérée, mais opportunément supérieure à celle du cautionnement dans quelques situations sensibles. Encore faut-il préciser que cette rigueur peut être largement renforcée – ou, au contraire, adoucie – par des clauses adéquates.

II. Une importante liberté contractuelle

150. Première source de modularité : la variété des garanties indemnitaires – Dans leur recherche de la sûreté personnelle la plus adaptée à leurs besoins, et si elles ne sont pas satisfaites par le classique cautionnement, les parties commenceront par considérer l'éventail des garanties indemnitaires existantes. Entre les garanties comportementales, de moyens ou de résultat, et les garanties satisfactoires, un large choix s'offre à elles. Le garant adoptera le comportement d'un bon père de famille dans ses relations avec le conforté, afin de maximiser les chances d'exécution, ou il exécutera des diligences bien précises, ou encore, il offrira au créancier l'assurance que l'exécution surviendra, ce qui l'amènera indirectement à verser une indemnité dans le cas contraire. Lorsque des moyens sont promis, ils peuvent d'ailleurs être supérieurs à ceux que mettrait en œuvre un bon père de famille, auquel cas il s'agira d'une obligation de moyens renforcée.

151. Deuxième source de modularité : les aménagements contractuels – Mais, une fois le mécanisme sélectionné, il sera possible d'y inclure des clauses aménageant les conditions ou les conséquences de la responsabilité contractuelle, comme dans tout contrat. L'autonomie de la volonté permet en effet aux parties de fixer aussi bien leurs obligations respectives, que les conséquences d'un manquement à la parole ainsi donnée[391].

Peuvent ainsi être stipulées des clauses allégeant (A) ou aggravant (B) la responsabilité du garant.

---

[388] V. *supra*, n° 118. En ce sens, M.-H. DE LAENDER, art. préc., n° 7.
[389] Cass. 1re civ., 16 juillet 1998, pourvoi n° 96-15380 : *Bull. civ.*, I, n° 260 ; Cass. 1re civ., 15 janv. 2002, inédit, pourvoi n° 98-15247.
[390] A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 679, et les réf. citées, note n° 32, p. 486.
[391] *Ibid.*, n° 421.

A. Clauses allégeant la responsabilité du garant

152. Comparaison avec le cautionnement – La possibilité de minorer l'engagement du garant ne surprendra guère, car elle est admise sans difficulté en matière de cautionnement. L'art. 2290 alinéa 2 du Code civil dispose ainsi que : « [Le cautionnement] peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses ». Il est donc possible de faire de même en ayant recours à une sûreté dont la mise en œuvre se traduit *in fine* par la responsabilité contractuelle du garant.

153. Plan – Ces avantages concédés au garant peuvent toucher au principe même de l'indemnisation (1), ou seulement à son montant (2).

1. Principe de l'indemnisation

154. Recours impossible à la clause de non-responsabilité – Il est théoriquement possible de stipuler, dans un contrat, des clauses de non-responsabilité en vertu desquelles le débiteur n'aura pas du tout à répondre de l'inexécution de certaines obligations[392]. Une telle clause n'a de sens que pour écarter une obligation secondaire du contrat. Les garanties indemnitaires ne contiennent qu'une véritable obligation, comportementale ou satisfactoire, qui doit pouvoir être sanctionnée par une responsabilité en cas de manquement. Sans cette conséquence, l'engagement de porte-fort d'exécution n'a aucun sens, et la promesse comportementale devient purement potestative[393].

155. Conditions plus favorables que le débiteur principal – Le rôle d'un garant indemnitaire satisfactoire consiste certes, en principe, à rapporter l'exécution de l'obligation principale telle qu'elle a été initialement stipulée. Mais rien n'interdit de prévoir dans le contrat de sûreté un terme plus lointain, ou des conditions supplémentaires par rapport à celles qui pèsent sur le débiteur principal.

156. Couverture des risques plus étroite – Il n'y a pas non plus d'obstacle à ce que le garant refuse, négativement, de couvrir certains événements, et notamment des cas de force majeure que le débiteur principal, lui, prend à sa charge. Il peut aussi, positivement, imposer sa propre définition de la force majeure, qui produira ses effets dans ses relations avec le bénéficiaire[394]. L'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur principal pourrait ainsi être considérée comme un cas fortuit.

2. Montant de l'indemnisation

157. Deux possibilités de limitation – Le garant indemnitaire qui souhaiterait limiter les sommes susceptibles d'être engagées pourrait songer, tout

---

[392] *Ibid.*
[393] En ce sens, I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-79, a), 2.
[394] Pour un exemple d'aménagement conventionnel de la force majeure admis par la jurisprudence : Cass. com., 8 juill. 1981, pourvoi n° 79-15626 : *Bull. civ.*, IV, n° 312 ; *RTD. civ.*, 1982, p. 426, obs. G. DURRY.

d'abord, à contracter une obligations plus étroite. « L'étendue de l'obligation du porte-fort peut être valablement limitée, par référence au fait du tiers, à l'obligation pesant sur le tiers. Il est en effet possible de prévoir que le porte-fort ne promet l'exécution que d'une fraction de la dette ou que du principal de celle-ci à l'exclusion des intérêts et accessoires »[395].

La deuxième possibilité consiste à prendre un engagement normal de rapporter l'exécution de l'obligation principale, mais de limiter ensuite la responsabilité encourue à un plafond[396]. Il semble toutefois qu'il ne soit pas toujours possible de procéder par voie de limitation de l'obligation assumée. En effet, l'obligation du porte-fort d'exécution est basée sur une référence à la dette principale, et il est facile d'en modifier le libellé en précisant que le promettant s'engage à rapporter l'exécution, par exemple, de la moitié de la somme due. Mais l'obligation d'un garant comportemental ne s'appuie pas directement sur l'obligation principale, même si elle peut être mentionnée dans le document et constitue à vrai dire sa cause[397]. Est-il possible, pour une société mère, de dire qu'elle s'engage à maintenir sa participation dans sa filiale « mais en garantie de la moitié de la dette principale » ? Il semble plus logique, ici, qu'elle limite l'indemnité qui pourrait être due en cas de défaillance. D'ailleurs, même en matière de porte-fort d'exécution, il est possible que seule cette voie soit ouverte : ainsi, lorsque la dette principale consiste en une obligation de faire, indivisible. Il ne sera pas possible, alors, de s'engager à en rapporter l'exécution pour une fraction seulement, mais il sera toujours possible de limiter le montant des dommages-intérêts encourus.

158. Exceptions au principe de validité des limitations – Il faut préciser qu'une limitation de l'obligation ou un plafonnement de la responsabilité à un montant trop faible mériteraient une requalification, respectivement, en clause de non-obligation ou en clause exonératoire de responsabilité, clauses qui ne sauraient être admises en notre matière[398].

Ensuite, en vertu de l'article 1150 du Code civil, la faute dolosive fait échec aux limites conventionnelles de responsabilité, qui sont alors réputées non écrites.

La jurisprudence y assimile la faute lourde, considérée comme « une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle »[399], appréciée subjectivement[400]. On peut imaginer ici l'exemple d'une société mère ayant promis d'exercer une surveillance étroite sur la gestion de sa filiale, et laissant s'y développer des manipulations comptables grossières masquant un état latent de

[395] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n°150-79, a), 1.
[396] En ce sens : I. RIASSETTO, art. préc., n° 150-79, a), 2.
[397] C'est ce qu'il semblait *supra*, n° 131, mais V. cep. *infra*, n° 512 s., pour des développement plus nuancés sur la cause de l'engagement de garant indemnitaire.
[398] V. *supra*, n° 154.
[399] Cass. ch. mixte, 22 avril 2005 (2 arrêts), pourvois n° 02-18326 et 03-14112 : *Bull. ch. mixte*, n° 3 et 4 ; *RDC*, 2005, p. 651, avis R. DE GOUTTES ; *RTD. civ.*, 2005, p. 604, obs. P. JOURDAIN ; *CCC*, 2005, n° 150, note L. LEVENEUR ; *JCP G*, 2005, II, 10066, obs. G. LOISEAU ; *RDC*, 2005, p. 673, obs. D. MAZEAUD ; p. 752, obs. P. DELEBECQUE.
[400] La faute lourde ne peut donc se déduire du caractère essentiel de l'obligation éludée. Sur la saga jurisprudentielle *Chronopost* ayant conduit à cette conception subjective, V. par ex. L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 986.

cessation des paiements. Cela empêcherait le jeu tant de la clause limitative de responsabilité stipulée que de l'article 1150 du Code civil : la réparation du préjudice devrait être intégrale.

Enfin, la jurisprudence écarte les clauses limitatives de responsabilité – mais pas l'application de l'article 1150 du Code civil – en présence d'un manquement à une obligation essentielle du contrat, fondant cette solution sur l'article 1131 du même Code[401]. Mais peut-on considérer qu'est contradictoire ou privé de cause l'engagement d'un garant qui souhaite couvrir une partie du risque seulement ? Il faut remarquer tout d'abord que la question du manquement à une obligation essentielle s'est posée, semble-t-il, uniquement à propos de contrats synallagmatiques : vente, bail[402], prestation de service dans les affaires Chronopost. Peut-être faut-il y voir le premier signe d'une nécessaire distinction, en notre matière, entre garant professionnel et garant ponctuel[403]. Celui qui s'engage ponctuellement et gratuitement, dans un contrat unilatéral, au bénéfice d'un créancier, peut difficilement se voir reprocher de contredire la portée de son propre engagement en limitant, fût-ce sensiblement, les conséquences financières de sa garantie. En revanche, le garant professionnel, rémunéré pour sa couverture, dans le cadre d'un contrat synallagmatique, serait plus facilement coupable de vouloir ensuite altérer ladite couverture, par des plafonds ou des exclusions de garantie exagérés ou occultes[404].

B. Clauses augmentant la responsabilité du garant

159. Comparaison avec le cautionnement – L'idée que le garant puisse être tenu plus durement que le débiteur principal est rejetée en bloc en matière de cautionnement. L'article 2290, alinéa 1 du Code civil dispose en effet que : « Le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses ». Mais aucune interdiction de ce type ne semble devoir toucher les garanties indemnitaires, et il est loisible aux parties d'aménager le régime des éventuelles inexécutions comme elles pourraient le faire dans tout autre contrat. Le fait que le garant puisse être tenu alors que le débiteur principal ne l'était pas ne sera pas sans incidence sur la question des recours[405].

160. Plan – Ici encore, il sera possible d'agir sur le principe de l'indemnisation (1) ainsi que sur son montant (2).

---

[401] V. not. Cass. com., 30 mai 2006, pourvoi n° 04-14974 : *Bull. civ.*, IV, n° 132 ; *D.*, 2006, p. 2288, note D. MAZEAUD ; *RDC*, 2006, 1075, note Y.-M. LAITHIER.

[402] V. par ex. L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 984 s.

[403] Sur le principe de cette distinction, V. *infra*, n° 365 s. Sur ses conséquences, V. le premier titre de la seconde partie.

[404] Cela a été jugé en matière d'assurance, domaine dont il sera démontré ultérieurement qu'il n'est pas sans rapport avec celui qui nous occupe. V. par ex. Cass. 1re civ., 14 janv. 1992, pourvoi n° 90-15940 : *Bull. civ.*, I, n° 14 : « Mais attendu que, s'agissant d'un contrat d'assurance couvrant la responsabilité professionnelle d'une société de prestations de services en matière d'informatique, l'ensemble constitué par les deux clauses d'exclusion invoquées, avait pour conséquence d'exclure de la garantie de l'assureur tout sinistre se rapportant précisément à ce type d'activité; d'où il suit que c'est à bon droit que la cour d'appel a refusé de faire application desdites clauses ».

[405] V. *infra*, n° 616.

1. Principe de l'indemnisation

161. Conditions plus dures – Le garant peut être tenu *in duriorem causa*. Si le créancier, par exemple, s'aperçoit en cours de contrat qu'il faudrait que l'exécution de l'obligation principale se produise avant le terme initialement stipulé, rien n'interdit en théorie au garant de lui promettre cette exécution plus précoce. En pratique, il faut bien reconnaître qu'une telle hypothèse sera rare, car la sûreté sera habituellement constituée concomitamment à la conclusion du contrat de base.

162. Couverture de risques supplémentaires – Le garant peut également prendre à sa charge des cas fortuits dont le débiteur principal n'avait pas à répondre. Il contractera ainsi ce que certains appellent une « obligation de résultat aggravée »[406]. Un résultat sensiblement équivalent est obtenu par une définition conventionnelle très restrictive de la force majeure.

163. Couverture de risques exceptionnels – On se souvient que M. Ancel, se référant à la pratique du porte-fort dans d'autres pays et notamment en Suisse, suggérait que le garant pouvait continuer à être tenu alors même que l'obligation principale était nulle ou s'éteignait sans satisfaction du créancier[407]. Cela ne semble toutefois pas correspondre au mécanisme tel qu'il est décrit par la doctrine française, et dont quelques éléments de mise en œuvre viennent d'être indiqués. La nullité de l'obligation principale entraîne par exemple par contrecoup la nullité d'une garantie indemnitaire satisfactoire, ou brise le lien de causalité entre la faute du garant comportemental et le préjudice subi par le créancier[408].

Il semble difficile d'échapper à ces conséquences, sauf à changer substantiellement l'objet de la garantie : le mécanisme de l'obligation de faire ou de ne pas faire assorti d'une éventuelle responsabilité contractuelle semble ne pas pouvoir servir de base à un tel engagement. Et pourtant, n'est-il pas déjà admis que le porte-fort permet de garantir l'exécution d'une obligation souscrite par un incapable[409] ? Cela semble s'accorder assez mal avec l'analyse actuelle du mécanisme, et s'explique bien mieux par un raisonnement en termes de garantie, ainsi qu'il sera exposé ultérieurement[410].

2. Montant de l'indemnisation

164. Principe : libre stipulation d'une clause pénale – Il est possible de stipuler, à l'appui d'une garantie indemnitaire, une clause pénale, qui consiste en une évaluation forfaitaire de dommages et intérêts que le débiteur devra verser en cas de faute[411]. Cette évaluation sera presque toujours supérieure au préjudice réel,

---

[406] Par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 580.
[407] V. *supra*, n° 58.
[408] V. *supra*, n° 120 s.
[409] V. *supra*, n° 53.
[410] V. *infra*, titre 2.
[411] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 621. *Adde* la définition de D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, 1992, n° 705 : « […] la clause pénale est un contrat unilatéral et accessoire créé pour garantir, par la menace d'une sanction, l'exécution d'une obligation principale et qui, en cas d'inexécution illicite imputable au débiteur, confère au créancier le pouvoir d'exiger l'exécution d'une peine privée ». Les clauses pénales rencontrées jusqu'ici en jurisprudence ont

afin d'être dissuasive. La peine s'appliquera même en l'absence de préjudice, ce qui est une entorse aux conditions classiques de la responsabilité civile[412].

Une clause pénale peut donc être associée aux garanties indemnitaires[413] : à Rome, elle était même considérée comme une preuve que la promesse pour autrui était contractée en son nom propre et qu'elle était donc valable[414]. La jurisprudence l'a admis pour un porte-fort d'exécution[415]. En matière de lettres d'intention, un pourvoi formé devant la Cour de cassation excipait expressément de l'article 2290 du Code civil pour échapper à la peine prévue. La Haute juridiction répondit : « la cour d'appel, qui n'a pas qualifié l'engagement de cautionnement, ne peut encourir le grief du moyen »[416]. La caution, en effet, pourrait certes avoir à payer une clause pénale due par le débiteur principal lui-même[417], mais certainement pas une clause pénale propre : le caractère accessoire s'y oppose absolument.

165. Tempéraments – Il faut garder à l'esprit qu'une clause pénale valablement stipulée par les parties pourrait ne pas développer ses pleins effets. L'article 1152 alinéa 2 du Code civil, est susceptible de s'appliquer, qui dispose : « [...] le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la peine qui avait été convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire. Toute stipulation contraire sera réputée non écrite »[418].

CONCLUSION DU CHAPITRE I

Le concept de garantie indemnitaire s'est introduit au sein du débat doctrinal français sous la forme du porte-fort d'exécution. Ce mécanisme est fondé sur une interprétation large de l'article 1120 du Code civil, selon lequel une personne peut promettre à un bénéficiaire qu'elle lui rapportera le fait d'un tiers. Pour juger de la valeur de cette interprétation, un retour aux sources romaines fut utile, mais l'on revient de ce périple historique avec la curieuse sensation que cette disposition de

---

presque toujours été libellées en argent, mais rien n'interdit d'imaginer des clauses pénales non monétaires : N. RONTCHEVSKY, « La révision de la clause pénale, aujourd'hui et demain », *in Mélanges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 695.

[412] Cass. 3e civ., 20 déc. 2006, pourvoi n° 05-20065 : *Bull. civ.*, III, n° 256 ; *JCP G*, 2007, II, 10024, note D. BAKOUCHE. Ajoutons que si la démonstration d'un préjudice n'est pas exigée, celle d'un lien de causalité ne peut l'être non plus. Ainsi, la violation d'une obligation comportementale sans rapport causal avec l'inexécution de l'obligation principale entraînera pourtant le versement de la peine. C'est la logique d'une telle clause.

[413] En ce sens, s'agissant du porte-fort d'exécution : I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-79, c).

[414] V. *supra*, n° 32.

[415] CA Limoges, 12 janv. 2006, n° RG 03/0156 et CA Colmar, 2 janv. 2006, n° RG 02/02174, cités par I. RIASSETTO, *loc. cit.*

[416] Cass. com., 6 mai 2003, inédit, pourvoi n° 00-22045 : *JCP G*, 2003, I, 176, n° 13, obs. P. SIMLER.

[417] Cass. com., 6 févr. 2001, pourvoi n° 97-10646 : *Bull. civ.*, IV, n° 29. Le pourvoi prétendait que : « une clause pénale, en raison de son caractère exceptionnel et lourd ne constitue pas un accessoire du cautionnement mais une peine personnelle au débiteur et dont lui seul est redevable ». La Cour de cassation, au contraire, approuva la cour d'appel d'avoir décidé que : « la pénalité de 10 % due par le débiteur principal constituait un accessoire de la dette ».

[418] Sur la question de savoir si des clauses pénales non monétaires pourraient être révisées, V. N. RONTCHEVSKY, « La révision de la clause pénale, aujourd'hui et demain », art. préc.

notre Code civil, qui avait sa place dans un droit archaïque et formaliste, n'est probablement pas nécessaire en droit positif français.

Cette impression est renforcée par l'étude des lettres d'intention : il s'avère que le porte-fort d'exécution n'est qu'une des formes possibles de garantie indemnitaire, celle qui consiste à garantir au créancier qu'il obtiendra satisfaction. Si cette promesse n'est pas tenue, le bénéficiaire est fondé à réclamer l'indemnisation de son entier préjudice. Mais le garant peut également s'engager à adopter une certaine attitude à l'égard du débiteur principal qui, en raison des liens privilégiés qu'il entretient avec lui, est de nature à augmenter les chances d'exécution du contrat principal. Il y a peu de temps encore, les lettres d'intention, qui sont susceptibles de renfermer tous les types de garanties indemnitaires, étaient fondées sur la seule liberté contractuelle des parties, ce qui démontre que le débat autour de l'article 1120 du Code civil est largement vain.

S'il fallait trouver un fondement textuel à ces sûretés, pourquoi ne pas utiliser, précisément, le nouvel article 2322 du Code civil, destiné théoriquement à consacrer les seules lettres d'intention, mais dont la définition s'avère bien plus large ? Il faut se féliciter de pouvoir faire de cette disposition autre chose qu'une lettre d'intention, au sens où la pratique entend cette expression. Ce mécanisme d'origine anglo-saxonne, consistant pour les sociétés à contracter des sûretés sans se plier aux règles sociales et comptables correspondantes, est contraire à l'éthique et à la transparence qui devraient prévaloir en ces temps de crise financière.

La nature juridique des divers engagements de garantie indemnitaire ayant été révélée, il fut possible de donner un premier aperçu des règles gouvernant leur mise en œuvre. Leur fonctionnement est soumis aux principes classiques de la responsabilité contractuelle. Les résultats par défaut sont proches de ceux obtenus avec un cautionnement, en écartant toutefois opportunément certaines conséquences excessives qui découleraient du caractère accessoire. Surtout, il est loisible aux parties d'aménager conventionnellement les règles de la responsabilité contractuelle afin de les rendre plus souples, mais aussi plus rigoureuses vis-à-vis du garant, ce qu'interdirait évidemment l'article 2290 du Code civil. Il n'en fallait pas plus pour que certains considèrent que l'on cherche à tourner les règles classiques du cautionnement, en usant d'un mécanisme faussement original.

CHAPITRE II

L'ORIGINALITÉ CONTESTÉE : L'ASSIMILATION AU CAUTIONNEMENT

166. Le centre du débat – L'introduction en droit français des garanties indemnitaires a ses adversaires. Lorsqu'il est question du porte-fort d'exécution, de rares auteurs contemporains adoptent encore la position classique consistant à refuser un tel usage à l'article 1120 du Code civil[419]. Mais l'inutilité d'une telle discussion a déjà été démontrée[420]. Les arguments les plus redoutables sont ceux qui nient l'originalité des garanties indemnitaires par rapport aux sûretés préexistantes, et plus particulièrement par rapport au cautionnement.

167. Rejet immédiat de l'assimilation aux garanties autonomes – Certaines formules utilisées par la doctrine pourraient laisser penser, l'espace de quelques instants, que les garanties indemnitaires sont très proches de la seconde grande sûreté personnelle du droit français : la garantie autonome. Ainsi un auteur écrit-il : « Le porte-fort de l'exécution apparaît comme une sûreté personnelle appartenant à la catégorie des garanties autonomes »[421], tandis que l'inventeur des termes « garanties indemnitaires »affirme : « [...] l'obligation du porte-fort est tout à fait indépendante de celle du débiteur originaire »[422].

Toutefois, le véritable sens de ces propos a déjà été évoqué : les garanties indemnitaires sont des sûretés non-accessoires, sans être pour autant assimilables à des garanties autonomes au sens du nouvel article 2321 du Code civil. Ces propos ne font que traduire la difficulté qu'il y a à insérer ces mécanismes au sein de la *summa divisio* classique entre garanties accessoires et non-accessoires[423].

Tout, ou presque, sépare les véritables garanties autonomes de notre sujet d'étude. Les garanties indemnitaires, pour commencer, ne sont pas autonomes[424] : l'étude a prouvé qu'elles sont sensibles à de nombreuses vicissitudes affectant

---

[419] V. ainsi les arguments de P. DUPICHOT, *supra*, n° 22. On trouvait encore dans le 7e édition du manuel de M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, Litec, 2004, au n° 33, le qualificatif de « faux porte-fort » à propos du porte-fort d'exécution, mais il ne figure plus dans l'édition actuelle. L'expression avait été approuvée par J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD, obs. sur. CA Lyon, 5 nov. 1999 : *RTD. com.*, 2001, p. 142.

[420] V. *supra*, n° 103.

[421] J.-F. SAGAUT, art. préc. Une affirmation telle que celle de Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *op. cit.*, n° 1194, est encore plus ambiguë : « [Le porte-fort d'exécution] constitue pour le créancier une véritable garantie autonome ».

[422] P. ANCEL, thèse préc., n° 56.

[423] V. *supra*, n° 108.

[424] En ce sens, V. not. P. SIMLER, note précitée ss. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005 et Cass. com., 13 déc. 2005.

l'obligation principale[425]. La prestation due par un garant indemnitaire, même satisfactoire, n'est ni abstraitement définie, ni payable à première demande ou sur simple présentation d'un document[426], puisqu'il s'agit de réparer un préjudice. Aucune somme n'est versée avant qu'un dommage n'ait été constaté et évalué[427].

Quant aux garanties autonomes, elles ne sont pas indemnitaires. Cela semble évident, puisqu'elles peuvent être appelées avant même qu'un préjudice soit allégué, avant même qu'il existe. Pire : alors même que le préjudice n'existera finalement jamais. La somme versée est abstraitement définie : un préjudice aurait-il été subi qu'elle peut lui être inférieure ou supérieure ; si elle lui est égale, ce ne sera que par l'effet d'une coïncidence. Un auteur a cependant soutenu la position suivante : « la garantie dite autonome est une garantie indemnitaire. L'exécution de la "garantie autonome" est censée compenser le préjudice qui résulte de l'inexécution par le débiteur de ses obligations, avec ceci de très particulier qu'en matière de garantie autonome le préjudice couvert par la garantie est toujours évalué *a priori*, la somme susceptible d'être versée par le garant autonome étant toujours fixée, nous l'avons dit, par avance, et en principe de manière forfaitaire »[428]. Une évaluation forfaitaire et par avance, censée compenser un préjudice : voici qui évoque fortement la clause pénale.

L'idée est toutefois contestable, et fut à juste titre réfutée : « La garantie indépendante n'est pas, comme le cautionnement, un procédé d'exécution en cas de défaillance du débiteur principal ; d'ailleurs, son montant limité à 5 ou 10 % du marché n'y suffirait pas. La garantie indépendante envisagée par les parties est tout entière contenue dans le procédé primitif de la consignation : la possession par le bénéficiaire d'une somme d'argent, faible fraction du prix du contrat [...] doit tenir lieu pour lui tout à la fois de moyen de pression sur le cocontractant pour l'inciter à exécuter correctement et de compensation financière partielle pour le cas où il lui serait impossible d'obtenir la condamnation de ce cocontractant à des dommages-intérêts »[429]. Le garant – ou plus vraisemblablement le donneur d'ordres, le garant étant couramment une banque qui contrepasse tout montant, aussitôt payé, sur le compte du donneur d'ordres – pourra récupérer la totalité ou une partie de la somme versée si elle l'a été indûment. Il faudra en passer par une évaluation, amiable ou

[425] V. *supra*, n° 121 s.

[426] Sur les différentes variantes de garantie autonome, V. par ex. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 887 s.

[427] A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1250, font remarquer que la stipulation d'une clause pénale permet au bénéficiaire d'une garantie indemnitaire de ne pas avoir à justifier du préjudice subi. Mais il devra toujours démontrer qu'il y a eu inexécution par le débiteur principal de son obligation. Sans cela, on ne saurait considérer que le garant est fautif ; il ne saurait y avoir de responsabilité. La différence avec les garanties autonomes reste très claire.

[428] F. JACOB, note ss. Cass. com., 3 nov. 1992 : *JCP E*, 1993, I, 454, n° 14. L'auteur qualifie d'ailleurs de « *garantie indemnitaire* » l'étrange et incohérent engagement contracté en l'espèce, stipulé payable à première demande et sans qu'aucune exception puisse être tirée de la mauvaise exécution du contrat principal par le bénéficiaire, mais sans qu'un montant abstrait ait été fixé. Toute qualification que choisirait le juge décevrait les parties. Celle de garantie autonome n'est pas accessible, car on imagine mal reconnaître au juge le pouvoir de fixer lui-même son montant. Une garantie indemnitaire, même « durcie » par les parties, ne sera jamais payable à première demande. Peut-être faut-il admettre à contre-cœur, face à de telles situations, de laisser l'engagement dégénérer en cautionnement, en tant qu'il est la sûreté personnelle de base. Également favorable à la reconnaissance d'un caractère indemnitaire aux garanties autonomes : G. FERREIRA, thèse préc., n° 70 s.

[429] M. CABRILLAC et C. MOULY, *Droit des sûretés*, 7e édition, *op. cit.*, n° 431 ; *Adde* C. MOULY, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne », *in Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 267.

contentieuse, du préjudice réellement subi par le bénéficiaire. Entre-temps, la garantie autonome n'aura servi, et c'est sa fonction historique, que de substitut de gage-espèces, bien loin du fonctionnement des véritables garanties indemnitaires.

168. Distinction plus délicate : garantie indemnitaire et cautionnement – En revanche, il est tout à fait cohérent de vouloir comparer les garanties indemnitaires au cautionnement. Il a été constaté que les effets des garanties indemnitaires satisfactoires, avant aménagement éventuel des conséquences de la responsabilité contractuelle par les parties, sont proches de ceux d'un cautionnement, même si cela résulte de l'application de régimes juridiques différents.

À ce stade, la proposition consistant à user, comme fondement textuel des garanties indemnitaires, du nouvel article 2322 du Code civil, en contemplation de sa large définition[430], sera temporairement oubliée. Il n'est pas certain, en effet, que la jurisprudence l'admettrait sans difficultés : elle pourrait être tentée de rajouter à la loi des conditions qu'elle ne contient pas, afin de limiter l'usage de ces documents au contexte qui est historiquement le leur. Dès lors, la question de la validité des garanties indemnitaires et du contournement des règles du cautionnement, qu'elles rendent possible, rejoint la question plus générale du recours à l'innomé, puisque ces mécanismes ne sont plus expressément prévus par un texte. De quoi s'agit-il ?

169. Le recours à l'innomé – Le sens des termes « contrats innomés » a varié. « Les contrats synallagmatiques de bonne foi, reconnus valables par le droit civil de Rome, dès l'époque classique, répondaient chacun à une fonction économique spéciale et étaient gouvernés par des règles particulières. Les interprètes du droit romain les qualifièrent de contrats nommés, en s'inspirant de certains textes suivant lesquels ce sont des contrats qui ont un « nomen ». À côté de ces contrats, existent dans le droit de Justinien d'autres opérations qui ne correspondent pas aux cadres habituels : ce sont des contrats innomés. [...] Toutefois, l'existence d'un contrat innomé était subordonnée à certaines conditions »[431]. Les contrats innomés romains étaient donc ceux qui, par extraordinaire, parvenaient à s'échapper du numerus clausus des conventions dans lesquelles la volonté contractuelle devait en principe être canalisée.

En droit contemporain, en revanche, « l'avènement du principe consensualiste et de l'autonomie de la volonté devait permettre aux volontés individuelles d'imaginer toutes sortes de conventions »[432] : les contrats dits « nommés » par le Code civil, comme le cautionnement, « ne sont envisagés normalement qu'à titre supplétif, c'est-à-dire pour le cas où les stipulations contractuelles seraient succinctes et incomplètes et où il serait nécessaire d' "habiller" la volonté »[433].

---

[430] V. *supra*, n° 105 s.

[431] F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préf. R. LE BALLE, LGDJ, 1957, n° 559. V. aussi, sur cette question : F. TERRÉ, « Volonté et qualification », *in Le rôle de la volonté dans le droit, APD*, 1957 ; D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.*, 2000, p. 331 ; Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 61 s. ; L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 407 s. ; L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER et P. MALAURIE, *Les contrats spéciaux*, *Defrénois*, 6e édition, 2012, n° 3 s. Précisons que les deux orthographes, « innomé » et « innommé » sont admises.

[432] F. TERRÉ, thèse préc., n° 560.

[433] *Ibid.*, n° 562.

Connaîtrions-nous, alors, une ère de totale liberté contractuelle ? Le penser serait une erreur. M. Terré rappelle que, bien souvent, des règles impératives sont associées aux contrats nommés. Faut-il accepter que les contrats innomés voisins leur échappent ? « Logiquement, le caractère impératif de la réglementation du ou des contrats voisins ne devrait pas influer sur le développement de l'innomé. En effet, ces règles strictes ont été édictées à propos d'un groupe plus ou moins vaste de contrats [...]. Mais il faut en même temps éviter que l'apparition de nombreux contrats innomés ne retire à la règle impérative sa portée réelle. Sans doute, l'exigence d'un caractère effectivement autonome constitue [...] une limite tangible, susceptible d'assurer le respect de la loi et de contrecarrer les fraudes. Mais ce rôle devient d'autant plus essentiel que la réglementation du contrat nommé voisin est impérative. Les cadres préétablis deviennent alors rigides et l'éclosion de l'innomé est rendue difficile, parce que les conséquences sont considérables »[434].

170. Plan – De ces propos, il résulte qu'il faut caractériser le « degré d'impérativité » du contrat nommé. Plus celui-ci sera élevé, plus l'originalité du contrat innomé voisin devra être grande pour que l'on admette qu'il échappe à son emprise. L'image suscitée est celle des corps célestes : plus un astre est volumineux, plus les corps de dimension inférieure devront en être éloignés pour éviter son champ d'attraction et ne pas y finir écrasés.

Dans le cadre de cette étude, il faudra donc prendre la mesure du caractère impératif du cautionnement (section 1), puis celle de l'originalité des garanties indemnitaires (section 2), afin de déterminer si celles-ci méritent de rester distinctes de celui-là.

SECTION 1
CRITIQUES FONDÉES SUR LE CARACTÈRE INSTITUTIONNALISÉ DU CONTRAT NOMMÉ

171. Une « institutionnalisation » du cautionnement ? – Dans une thèse remarquée, un auteur, après avoir reconnu le « caractère classiquement supplétif des règles applicables au cautionnement »[435], cherche à démontrer que cette situation est en train de changer, au profit d'une « institutionnalisation du droit du cautionnement »[436]. Du simple modèle contractuel supplétif que constitue souvent le contrat nommé, on passerait donc peu à peu à un ensemble de règles auquel les parties adhéreraient en bloc, sans pouvoir les modifier aisément[437]. La part des « éléments objectifs » du contrat serait donc en forte augmentation, au détriment des « éléments subjectifs »[438].

---

[434] *Ibid.*, n° 597.
[435] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 61.
[436] *Ibid.*, n° 60 s.
[437] Le mot « institution » admet comme définition : « Par opposition. à une règle de droit particulière, ensemble de règles concernant un même objet » (*Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Institution », sens n° 3).
[438] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 67 s. La soumission des actes juridiques à ces deux forces parfois contraires avait été mise en évidence, not., par P. HÉBRAUD, « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *in Mélanges Maury*, Dalloz, 1960, t. 2, p. 419.

En d'autres termes, le « degré d'impérativité » du contrat de cautionnement serait en forte augmentation ces dernières années. Corrélativement, d'après le raisonnement de M. Terré, l'originalité exigée des contrats innomés gravitant dans son orbite pour éviter la requalification sera plus importante.

172. Plan – Ce risque de contournement du statut protecteur de la caution est pourtant, à certains égards, surestimé (I). Cela a néanmoins conduit la jurisprudence à nier complètement l'originalité de certaines garanties indemnitaires, en leur accolant purement et simplement le régime du cautionnement (II).

I. Une crainte exagérée : le contournement du statut protecteur de la caution

173. Délimitation des règles propres au cautionnement – Il importe de faire la part des choses entre ce qui relève bien du seul cautionnement, et ce qui ne lui est propre qu'en apparence. Car la sévérité avec laquelle le juge appréciera l'originalité conceptuelle des sûretés personnelles alternatives au cautionnement s'expliquera par le souci d'éviter que l'on contourne trop facilement ses règles impératives. Si certaines de ces règles peuvent être appliquées à d'autres garanties que le cautionnement, alors la pression exercée sur ses voisins innomés doit diminuer.

174. Règles liées au caractère accessoire – Il a été relevé à juste titre que « certaines règles impératives s'appliquant au cautionnement participent de sa structure et découlent de la spécificité de l'engagement de la caution »[439]. Il est certain qu'elles ne peuvent être transposées, par exemple, aux garanties indemnitaires. Les règles du caractère accessoire renforcé décrivent le fonctionnement intime du cautionnement, et ne pourraient être appliquées à une autre sûreté personnelle sans qu'elle ne devienne... un cautionnement. Voudrait-on imaginer une garantie indemnitaire soumise au caractère accessoire renforcé qu'on ne le pourrait pas : l'idée recèle une contradiction interne insurmontable.

Or, il a été écrit que ces règles constituent « un ordre public de protection relatif »[440], c'est-à-dire fonctionnant à sens unique et en faveur du garant, à l'image de l'ordre public social connu du droit du travail. Il est alors possible de reprocher aux garanties indemnitaires de contourner des règles impératives de protection des garants, et d'attendre d'elles qu'elles justifient cette entorse par une nature juridique suffisamment originale.

175. Règles transposables à d'autres sûretés – En revanche, il n'est pas certain qu'il faille poser dans la balance, sur le plateau des règles impératives contournées, certains éléments décrits comme constitutifs du « régime institutionnalisé du cautionnement »[441] mais ne relevant pas du caractère accessoire renforcé[442].

---

[439] N. BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, thèse préc., n° 293.
[440] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 235.
[441] *Ibid.*, n° 67 s.
[442] Ainsi, « s'il faut assurément se garder de transposer intempestivement aux autres sûretés personnelles les solutions admises en matière de cautionnement, il convient cependant de faire le départ entre celles

176. Plan – En effet, si ces protections du garant semblent, au premier abord, viser un nombre limité de sûretés et souvent le seul cautionnement (A), leur fondement très général devrait amener à les étendre à toutes les sûretés personnelles (B).

A. La méthode obsolète : la protection des seules cautions

177. Réglementation pléthorique – Il existe une multitude de textes de protection, qui visent parfois des catégories spéciales de garants considérées comme faibles et nécessitant une protection particulière. La caution est enroulée dans ces pages de codes comme dans une armure de papier, au risque d'étouffer le mécanisme. À ce stade, il n'est pas nécessaire de fournir une description totalement exhaustive des textes de protection[443], mais plutôt un aperçu des méthodes du législateur en matière de protection des garants personnels.

178. Plan – Afin d'ordonner un minimum le foisonnement législatif à suivre, il sera procédé à l'examen de textes relatifs à la formation du contrat (1), puis à son exécution (2).

1. Formation du contrat

179. Les mentions manuscrites – L'engagement de la caution, au moins lorsqu'il garantit une obligation principale de payer, est lui-même un engagement de payer, qui revêt de surcroît un caractère unilatéral. À ce titre, il est soumis aux exigences de preuve de l'article 1326 du Code civil, disposition qui fut un temps instrumentalisée par la jurisprudence et transformée en formalité requise *ad validitatem*[444]. Il a été affirmé par plusieurs auteurs que l'article 1326, alors même qu'il n'est pas une disposition spéciale au cautionnement, n'est pas applicable aux garanties indemnitaires : en effet, elles ne constituent jamais des obligations de payer, mais plutôt des obligations de faire ou de ne pas faire[445].

Mais il faut s'intéresser davantage, ici, aux mentions spéciales inventées par le législateur pour se substituer à l'application de l'article 1326 C. civ. dans un certain nombre de situations à l'importance pratique considérable. Ainsi, les articles L. 313-7 et L. 313-8 du Code de la consommation prescrivent quelles mentions doivent, à peine de nullité, précéder la signature de la caution personne physique en matière de crédits à la consommation et de crédits immobiliers aux particuliers. Ces textes ont une vocation pédagogique, car ils expliquent au garant que se porter caution, c'est « s'engager à rembourser au prêteur les sommes dues sur ses revenus et biens » ; renoncer au bénéfice de discussion, c'est « rembourser le créancier sans pouvoir exiger qu'il poursuive préalablement » le débiteur principal. Un cours accéléré – un peu tardif peut-être – de droit du cautionnement, en somme, afin que le

---

qui sont tributaires du caractère accessoire du cautionnement et celles tenant à sa nature de sûreté personnelle » (P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.* n° 36).

[443] Ces questions se retrouveront toutefois au stade de la description du régime des garanties indemnitaires : V. *infra*, titre premier de la seconde partie.

[444] Pour une description de cette épopée jurisprudentielle, V. par ex. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 369 s., spéc. n° 393 s.

[445] Sur cette question, V. *infra*, n° 227.

signataire comprenne ce à quoi il s'engage. Le souscripteur d'une autre garantie n'aurait-il pas besoin, *a fortiori* même si la sûreté est plus rigoureuse, d'être renseigné de la sorte ? Il est important de noter que la mention manuscrite doit comporter la limitation du cautionnement dans son montant et dans sa durée, ce qui impose indirectement mais nécessairement de prévoir de telles limites, alors qu'elles ne sont pas nécessaires en droit commun.

Ensuite, selon une méthode qui lui est, hélas, familière, le législateur a édicté un autre texte avec un champ d'application plus large, sans toutefois supprimer le précédent. Ainsi, les articles L. 341-2 et 341-3 du Code de la consommation, issus de la loi « Dutreil » du 1er août 2003, prescrivent-ils que les mêmes mentions figurent dans l'acte signé par une personne physique qui s'engage sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel.

Enfin, il faut citer, en matière de baux d'habitation, l'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989 telle qu'elle a été modifiée par la loi du 21 juillet 1994[446]. La caution doit prendre conscience, toujours à peine de nullité[447], de la portée de son engagement, qualitativement – comprendre ce qu'implique le mécanisme du cautionnement – et quantitativement – le montant du loyer et ses conditions de révision sont mentionnés. Le législateur impose, de surcroît, la reproduction exacte d'un texte rappelant la faculté de résiliation dont bénéficie le garant dans un cautionnement indéterminé. Mais le rappel figurera même dans les actes de cautionnement à durée déterminée, ce qui risque de troubler le garant plutôt que de l'éclairer[448] ! La pédagogie est un art subtil.

180. Les époux communs en biens – Une autre disposition relative à la formation du contrat de sûreté personnelle vise le cautionnement et lui seul : l'article 1415 du Code civil. Selon ce texte, « 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 ». Ici encore, il est tentant de mettre en œuvre un raisonnement *a fortiori* et d'estimer que ce texte est d'autant plus nécessaire en présence d'une garantie plus sévère. C'est d'ailleurs ce qu'a fait la jurisprudence, qui a choisi d'y soumettre l'aval[449], mais aussi et surtout les garanties autonomes[450].

---

[446] Sur les très nombreux problèmes posés par l'application de ce texte, V. P. SIMLER, « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie. L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 », *in Mélanges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 753.

[447] Il n'y a même pas besoin d'établir que la caution a subi un grief du fait de l'absence de la mention telle qu'elle est prévue par la loi, pour que la nullité soit prononcée. Cass. 3e civ., 8 mars 2006, pourvoi n° 05-11042 : *Bull. civ.*, III, n° 59 ; *JCP G*, 2006, I, 195, n° 3, obs. P. SIMLER ; *JCP G*, 2006, II, 10131, note E. BAZIN ; *D.*, 2006, IR, p. 808; obs. Y. ROUQUET ; *RDBF*, mai-juin 2006, n° 95, obs. A. CERLES ; *RDC*, 2006, n° 3, p. 749, obs. G. LARDEUX ; *RTD. civ.*, 2006, p. 797, obs. P. CROCQ.

[448] Cela a été expressément jugé par Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, pourvoi n° 05-17804 : *Bull. civ.*, III, n° 187 ; *JCP G*, 2006, I, 195, n° 2, obs. P. SIMLER. La Cour applique ici, sans le viser, l'adage selon lequel là où la loi ne distingue pas, il n'y a pas lieu de distinguer.

[449] Cass. com., 4 févr. 1997, pourvoi n° 94-19908 : *Bull. civ.*, IV, n° 39 ; *JCP G*, 1997, II, 22922, note B. BEIGNIER ; *D.*, 1997, p. 478, note S. PIEDELIÈVRE. La Cour se contente d'affirmer que l'article 1415 est applicable, sans expliquer pourquoi. V. aussi, plus récemment, Cass. 1re civ., 4 juin 2009, pourvoi n° 08-15228, inédit : *JCP G*, 2009, 492, n° 2, obs. P. SIMLER.

[450] Cass. 1re civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 04-11037 : *Bull. civ.*, I, n° 313 ; *JCP G*, 2006, I, 195, n° 9, obs. P. SIMLER ; *JCP G*, 2006, II, 10141, note S. PIEDELIÈVRE ; *JCP N*, 2006, 1310, 3ème espèce, note V. BRÉMOND ; *D.*, 2006, A.J., p. 1815, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RDBF.*, juill.-août 2006,

Cette disposition tend donc à être interprétée d'une manière très extensive[451].

181. Contrôle de proportionnalité – Ici encore, le législateur a commencé par protéger la caution personne physique garantissant un crédit à la consommation ou un crédit immobilier aux particuliers (art. L. 313-10 C. conso.)[452]. Le bénéficiaire perd la possibilité de réclamer la garantie si « l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à ses obligations ».

Cette disposition inspira la Cour de cassation, qui rendit quelques années plus tard un arrêt « Macron »[453] bien connu. Un dirigeant avait souscrit un aval, équivalent cambiaire du cautionnement, pour garantir les dettes de sa société à hauteur de 20 millions de francs. Ni son revenu, 37550 francs mensuels, ni son patrimoine, d'un peu moins de 4 millions de francs, n'étaient négligeables. La cour d'appel est toutefois approuvée par la Cour de cassation d'avoir considéré l'aval comme « manifestement disproportionné » en raison de « l'énormité de la somme garantie par une personne physique ». Il faut souligner ici que le patrimoine de certaines personnes physiques n'a rien à envier à celui de sociétés de grande importance : la formule est étrangement choisie. Cela n'empêchait pas d'estimer, en l'espèce, que « dans les circonstances de fait, exclusives de toute bonne foi de la part

n° 133, obs. D. LEGEAIS ; *RTD. civ.*, 2006, p. 592, obs. P. CROCQ ; *Dr. famille*, sept. 2006, n° 168, obs. B. BEIGNIER ; *RDC*, avr. 2006, p. 1193, obs. D. HOUTCIEFF. Ici, la Cour justifie son raisonnement analogique : « ce texte est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté ». L'argument décisif est donc la nature de sûreté personnelle de la garantie autonome.

[451] F. JACOB et N. RONTCHEVSKY, « L'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties », *in Mélanges AEDBF-France, t. 3*, Banque éditeur, 2001, p. 197. Cet article discute du champ d'application du texte de manière générale, mais s'arrête particulièrement sur le cautionnement réel. Les grandes lignes de l'évolution de cette question peuvent être rappelées. La Première chambre civile de la Cour de cassation avait appliqué l'article 1415 à cette sûreté, alors même que l'objectif du texte est de limiter le gage du créancier cautionné par un seul époux ; or, le cautionnement réel consiste précisément, pour le garant, à n'engager qu'un ou plusieurs biens au soutien de la dette (P. SIMLER, *op. cit.*, n° 21). La Chambre commerciale, de son côté, développa une analyse du mécanisme insistant sur son aspect réel, dans une affaire ne concernant pas l'article 1415, mais d'une manière qui contredisait clairement son homologue civile (Cass. com., 24 sept. 2003, pourvoi n° 00-20504, inédit : *JCP G*, 2004, I, 141, n° 5, obs. P. SIMLER). La Chambre mixte réunie pour arbitrer ce différend écarta l'application de l'article 1415, mais moyennant une motivation qui surprit bien des auteurs, remettant en cause le concept même de cautionnement réel – expression qui n'est plus employée : « une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'impliquant aucun engagement personnel à satisfaire à l'obligation d'autrui et n'étant pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas, la cour d'appel a exactement retenu que l'article 1415 du Code civil n'était pas applicable » (Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, pourvoi n° 03-18210 : *Bull. ch. mixte*, n° 7 ; *JCP N*, 2006, 1009, note P. SIMLER ; *JCP E*, 2006, 1056, note S. PIEDELIÈVRE ; *D.*, 2006, jur., p. 729, avis J. SAINTE-ROSE et note L. AYNÈS ; *Banque et Droit*, janv.-févr., 2006, p. 55, obs. F. JACOB ; *Defrénois*, 2006, p. 1600, obs. G. CHAMPENOIS).

[452] Cette disposition a été introduite, pour la première fois, par une loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, en son article 19.

[453] Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14105 : *Bull. civ.*, IV, n° 188 ; *Defrénois*, 1997, p. 1424, n° 158, obs. L. AYNÈS ; *Dr. sociétés*, oct. 1997, p. 9, obs. T. BONNEAU ; *RTD. com.*, 1997, p. 662, obs. M. CABRILLAC ; *RD. banc. et bourse*, 1997, p. 221, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *JCP E*, 1997, II, 1007, note D. LEGEAIS ; *D.*, 1998, p. 208, note J. CASEY ; *LPA*, 27 mai 1998, p. 33, note S. PIEDELIÈVRE ; *RTD. civ.*, 1998, p. 100, obs. J. MESTRE ; *RTD. civ.*, 1998, p. 157, obs. P. CROCQ.

de la banque, cette dernière avait commis une faute en demandant un tel aval, "sans aucun rapport" avec le patrimoine et les revenus de l'avaliste ».

C'est donc la mauvaise foi de la banque qui fut mise en évidence : elle constituait une faute[454], qui entraîna la condamnation à 15 millions de francs de dommages et intérêts. Par compensation, la dette de l'avaliste se trouva réduite d'autant.

La Cour de cassation sembla ensuite faire marche arrière dans un arrêt lui aussi bien connu, « Nahoum »[455], mais il apparut dans l'évolution ultérieure de la jurisprudence qu'il s'agissait plutôt d'écarter les cautions dirigeantes de cette protection[456].

Le législateur, dans la loi « Dutreil » du 1er août 2003, fit sienne cette volonté de généraliser le contrôle de la proportionnalité du cautionnement aux facultés du débiteur. Il reprit l'exigence figurant à l'article L. 313-10 C. conso. en élargissant le champ d'application aux cautionnements souscrits par toute personne physique au bénéfice d'un créancier professionnel (art. L. 341-4 C. conso.)[457]. Suivant la même méthode qu'en matière de mentions manuscrites, il évita soigneusement de supprimer la première disposition, devenue pourtant inutile. Les dirigeants, évincés par la jurisprudence du bénéfice de sa protection, peuvent donc à présent s'abriter sous l'égide du... Code de la consommation : étrange conception du consommateur.

Encore une fois, en tout cas, il est surprenant que ce type de disposition ne puisse bénéficier qu'à une caution. Les enjeux sont sans lien avec ce qui donne au cautionnement sa physionomie unique : le caractère accessoire renforcé.

2. *Exécution du contrat*

182. Obligations d'information – Le droit commun des obligations justifie-t-il, à lui seul, que la caution bénéficie d'une information durant la vie du contrat ? Après avoir répondu par la négative[458], des auteurs tempèrent : « Cependant, la loyauté et la bonne foi doivent, comme dans tout contrat, présider aux relations entre le créancier et la caution [...]. Si le manquement a lieu en cours de contrat, le créancier engage sa responsabilité »[459]. La bonne foi fait donc une nouvelle apparition comme fondement possible d'une protection dont bénéficient les cautions.

Mais dans cette matière encore, des textes spéciaux sont intervenus. Et de quelle manière ! Contemplant le résultat, des auteurs se désolent : « Un tel foisonnement d'obligations d'information, dont plusieurs ont approximativement le

---

[454] Résultant d'un comportement déloyal précédant la signature du contrat, on peut se demander si la faute n'est pas de nature délictuelle. En ce sens : L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 298.

[455] Cass. com., 8 oct. 2002, pourvoi n° 99-18619 : *Bull. civ.*, IV, n° 136 ; *Defrénois*, 2003, n° 22, p. 411, obs. P. THÉRY ; *RTD. civ.*, 2003, p. 125, obs. P. CROCQ ; *D.*, 2003, p. 414, note C. KOERING ; *JCP E*, 2003, p. 1920, note D. LEGEAIS ; *JCP G*, 2003, II, 10017, note Y. PICOD ; *Banque et Droit*, janv.-févr. 2003, p. 52, obs. F. JACOB ; *JCP E*, 2003, p. 706, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

[456] V. par ex. P. DUPICHOT, thèse préc., n° 109 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 461 s.

[457] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 249, fait remarquer que : « L'extension jurisprudentielle du principe de proportionnalité conserve cependant un intérêt marginal pour les cautionnements n'entrant pas dans le champ d'application de l'article L. 341-4 du Code de la consommation, en particulier si le créancier n'est pas "professionnel" ».

[458] V. pourtant, au stade de la formation du contrat, les solutions retenues sur le fondement du droit commun : *infra*, n° 196.

[459] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 152, a). *Adde* les réf. citées.

même objet et partiellement le même champ d'application, constitue l'illustration paroxystique d'une méthode législative détestable, placée sous le signe de l'improvisation la plus incohérente »[460]. Le constat n'est pas trop sévère, et il est unanimement partagé[461]. Plonger dans un tel dédale est impossible, sans le fil d'Ariane d'un solide manuel : plus que jamais, le mythe de la loi compréhensible par tout justiciable s'effondre. Il ne servirait à rien, ici, de se lancer sur le chemin de croix que constitue la description de ces textes hétéroclites[462]. Certains ont pour objet une information sur l'encours de la dette principale[463], d'autres visent à avertir la caution du premier incident de paiement du débiteur principal[464].

Il a été remarqué que : « dans les quatre textes imposant l'obligation d'information annuelle, six critères d'applications sont mis en œuvre : la qualité de la caution (personne physique ou morale), la qualité du créancier (professionnel ou non), la qualité du débiteur (particulier, entrepreneur individuel ou entreprise), la nature de la dette principale (« concours financier » ou « dette contractuelle professionnelle » ou encore crédit régi par le Code de la consommation), le montant du cautionnement (défini ou indéfini) et la durée du cautionnement (déterminée ou non) »[465]. Il serait possible pour une entreprise de services informatiques de concevoir un logiciel indiquant au créancier, au terme d'une longue série de questions, quels sont les textes applicables dans sa situation.

Une remarque déjà plusieurs fois formulée s'impose, ici encore : si on laisse de côté sa traduction technique désastreuse, ce type de protection mérite-t-il de bénéficier uniquement à une caution ?

À cette question, une réponse négative a été apportée dans d'autres domaines.

B. La méthode d'avenir : le droit commun des sûretés personnelles

183. Plan – Il existe d'ores et déjà, dans notre droit, des dispositions constitutives d'un droit commun des sûretés personnelles, mais elles sont peu nombreuses (1). La question de l'extension du champ d'application mérite d'être posée à propos de toutes les règles protectrices des cautions qui ne relèvent pas du caractère accessoire renforcé (2).

1. Le droit commun de lege lata

184. Plan – Certains textes visent, au-delà du seul cautionnement, d'autres sûretés personnelles limitativement énumérées (a). Cette méthode a le mérite de tenir compte de ce que la période durant laquelle il n'y avait qu'une sûreté

[460] *Ibid.*, n° 168.
[461] V. par ex. M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 437 s. La loi Dutreil semble avoir cristallisé le mécontentement de la doctrine à propos des méthodes du législateur. Un auteur a relevé les qualificatifs dont elle a été affublée, parmi lesquels: « réforme précipitée », « loi fourre-tout » mettant en cause les « capacités de notre législateur », faisant du droit français des sûretés « une espèce de capharnaüm où seul l'hyperspécialiste a une petite chance de s'y retrouver tout en courant le risque encore plus grand de s'y perdre totalement » (F. JACOB, « L'avenir des garanties autonomes en droit interne, 15 ans après », *in Mélanges Simler*, *op. cit.*, p. 341, V. note n° 37).
[462] V. par ex. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 417 s.
[463] Art. L. 313-22 CMF ; art. 47-II de la loi du 11 février 1994 ; art. 2993 du Code civil ; art. L. 341-6 C. conso.
[464] Art. L. 313-9 C. conso. ; art. 47-II al. 3 de la loi du 11 février 1994 ; art. L. 341-1 C. conso.
[465] M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 438.

personnelle en droit français est révolue. Mais elle n'est pas satisfaisante, du point de vue méthodologique et ne saurait remplacer le véritable droit commun, adossé à des notions générales (b).

a. Les prémices du droit commun : les dispositions énumératives

185. La loi du 26 juillet 2005 – Prenant acte de ce que les obligations d'une entreprise en difficulté pouvaient être garanties par d'autres mécanismes que le cautionnement, la loi du 26 juillet 2005 a pris le parti d'étendre certaines de ses dispositions protectrices aux coobligés et garants autonomes[466]. Il en allait ainsi de l'article L. 622-28 du Code de commerce, alinéas 2 et 3, qui faisait bénéficier d'une suspension des poursuites « les personnes physiques coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome », depuis le jugement d'ouverture jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation. Le cours des intérêts était arrêté (al. 1). L'article L. 611-10 al. 3 du même Code permettait à ces trois types de garants, sans distinguer selon qu'ils étaient des personnes physiques ou morales, de bénéficier de l'accord homologué à la suite d'une procédure de conciliation. L'article L. 626-11, encore, leur permettait de profiter d'un plan de sauvegarde, mais uniquement, cette fois-ci, s'ils étaient des personnes physiques.

186. Griefs de fond – Un reproche de fond peut, tout d'abord, être adressé à ces textes : le traitement réservé aux garanties autonomes. Ces protections accordées aux garants sont destinées à « dissiper les réticences des chefs d'entreprise à déclencher les procédures de règlement [des] difficultés »[467]. Ceux-ci craignent en effet, en tirant le signal d'alarme indiquant au reste du monde que les finances de l'entreprise sont compromises, de précipiter sur eux les créanciers affolés. La solution retenue empêche le jeu normal des sûretés : par là, sont décrits à la fois ses bienfaits supposés et ses méfaits indiscutables.

Une sûreté qui ne peut fonctionner correctement lorsque le débiteur est en difficulté a-t-elle encore un sens ? Au moins ce choix politique ne contrarie-t-il pas la nature juridique du cautionnement. Mais, et c'est là le grief de fond qui peut être adressé à ces textes, il va totalement à l'encontre du concept même de garantie autonome. « Reconnaître au garant un droit à ces avantages, c'est [...] plus qu'affaiblir les garanties autonomes, c'est nier leur spécificité »[468]. Reposant sur le versement, sur simple demande peu ou pas justifiée, d'une somme abstraitement envisagée, la garantie autonome ne devrait voir son fonctionnement entravé que dans les cas très précis de l'abus et de la fraude manifeste, aujourd'hui consacrés par les textes (art. 2321 C. civ.). Que peut bien faire l'arrêt du cours des intérêts au garant autonome qui s'est engagé à verser une somme fixée à l'avance ? À vrai dire, l'analyse récemment proposée, qui voit dans la garantie autonome une promesse de gage-

[466] P. PÉTEL, « La réforme collatérale : les incidences de la modification du droit des procédures collectives par la loi du 26 juillet 2005 », *in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, ss. la dir. d'Y. PICOD et P. CROCQ, EJT, coll. Droit et Procédures, 2006, p. 31 ; N. RONTCHEVSKY, « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, janv.-févr. 2006, p. 17.
[467] F. JACOB, « L'avenir des garanties autonomes... », art. préc., p. 353.
[468] *Ibid.*, p. 354. Dans le même sens, V. par ex. P. CROCQ, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.*, 2006, p. 1306, n° 24.

espèces, est convaincante[469]. Elle se situe dans la lignée des analyses de Christian Mouly, qui mettait déjà en avant l'origine historique du mécanisme, destiné à remplacer autant que possible le gage-espèces pur et simple[470]. Plutôt que d'immobiliser immédiatement la somme, avec les coûts importants de trésorerie que cela engendre, il est mis en place un « droit potestatif » de déclencher la constitution du gage, qui n'aura peut-être pas besoin d'être exercé[471].

Il faut en tirer deux enseignements. Premièrement, la garantie autonome est une sûreté personnelle très particulière, presque une sûreté réelle, et sa soumission à un droit commun des sûretés personnelles à venir devra faire l'objet de réflexions suffisantes. Deuxièmement, l'affaiblissement de la garantie autonome risque de pousser le créancier qui bénéficiera d'un rapport de forces suffisamment favorable à réclamer tout simplement un gage-espèces, ce qui constituera un véritable retour en arrière du point de vue de l'ingénierie juridique.

187. Griefs de forme – La critique qui peut être facilement adressée à la loi du 26 juillet 2005 et qui paraît la plus fondamentale à ce stade de l'étude est celle-ci : si le législateur estime qu'une même règle doit s'appliquer à des mécanismes aussi différents que le cautionnement et la garantie autonome, pourquoi ne pas viser toute sûreté personnelle ? Pourquoi s'intéresser aux antipodes, mais pas à tout ce qui est susceptible de se trouver entre elles ? Il a ainsi été souligné que « si l'objectif du législateur est de s'assurer que la règle édictée ne puisse être contournée en recourant à une autre forme de garantie que le cautionnement, ce sera là un échec. En effet, en procédant simplement à l'adjonction au cautionnement de deux nouveaux cas de figures, la loi laisse hors de son champ d'application tout ce qui ne correspond pas à ces trois types d'engagements »[472]. La seule justification acceptable eût été qu'il existe un fond commun unissant le cautionnement, l'engagement de codébiteur solidaire et la garantie autonome, mais qui ne se retrouve nulle part ailleurs. On le chercherait en vain : le seul point commun est leur nature de sûreté personnelle.

C'est entendu : les choix opérés par la loi du 26 juillet 2005 étaient critiquables, mais ils ont été réformés depuis, au moins sur le plan méthodologique.

188. La loi du 23 juin 2006 – Entre-temps, hélas, l'exemple fut jugé bon et fut repris. C'est ainsi que la loi n° 2006-728 du 23 juillet 2006, portant réforme des successions et des libéralités, a modifié l'article 792 du Code civil. Celui-ci dispose aujourd'hui : « Les créanciers de la succession déclarent leurs créances en notifiant leur titre au domicile élu de la succession. Ils sont payés dans les conditions prévues à l'article 796. Les créances dont le montant n'est pas encore définitivement fixé sont déclarées à titre provisionnel sur la base d'une évaluation. Faute de déclaration dans un délai de quinze mois à compter de la publicité prévue à l'article 788, les créances non assorties de sûretés sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci. Cette disposition bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte ».

[469] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 342 s.
[470] C. MOULY, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne », art. préc.
[471] *Ibid.*, n° 344.
[472] N. BORGA, thèse préc., n° 316.

Encore une fois, la nature profonde des garanties autonomes est méconnue par le législateur. Surtout, il est à nouveau procédé par voie d'énumération. Il y a pourtant mieux à faire et, d'ailleurs, on a fait mieux.

b. Le droit commun véritable : les dispositions générales

189. Le droit des sociétés – Nul besoin d'aller chercher bien loin pour trouver des exemples de dispositions appréhendant les sûretés personnelles de manière générale. Ces textes ont déjà été évoqués au moment de l'étude des lettres d'intention, qui cherchaient alors à les éluder[473]. Il s'agit, d'une part, de l'exigence de faire figurer en annexe au bilan les « cautions, avals et garanties »[474] consentis par toute société commerciale ; d'autre part, de la procédure d'autorisation requise dans les sociétés anonymes pour délivrer les mêmes engagements[475]. Le terme de « garantie » est de nature à englober toutes les sûretés personnelles, et peut-être davantage.

190. Le droit des procédures collectives – Un autre exemple de droit commun des sûretés personnelles, plus net encore, est constitué par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté[476]. Les textes dans lesquels la loi du 26 juillet 2005 avait ajouté les coobligés et garants autonomes aux côtés des cautions[477] ont été à nouveau amendés. Sont à présent visées les personnes coobligées « ou ayant consenti une sûreté personnelle »[478]. Il s'agit d'une première. L'acte de naissance du droit commun intervient en matière de procédures collectives, où l'on cherche à neutraliser – ou au moins à affaiblir – les sûretés personnelles. Il n'y a pas là de véritable paradoxe, car les règles communes sont un instrument privilégié de protection des garants. Les avantages conférés au créancier relèvent, eux, du régime propre à chaque mécanisme.

Le droit commun actuel se résume donc aujourd'hui à peu de choses. Mais demain ?

2. *Le droit commun* de lege ferenda

191. Plan – Le droit commun des sûretés personnelles tel qu'il résulte expressément des textes n'est qu'à l'état embryonnaire. Mais ne faut-il pas voir dans les protections accordées initialement à la caution un droit commun en puissance ? Certains mettent en garde contre ce raisonnement, qui comporte les dangers de toute

[473] V. *supra*, n° 65.
[474] Art. L. 232-1, I, 1° C. com.
[475] Art. L. 225-35 al. 4 C. com. pour les sociétés à conseil d'administration ; art. L. 225-68 al. 2 C. com. pour les sociétés à conseil de surveillance.
[476] P. CROCQ, « L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.*, 2009, n° 1, p. 75 ; M. FARGE et O. GOUT, « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés », *RLDC*, mars 2009, p. 25 ; D. LEGEAIS, « L'ordonnance n° 2008-1345, 18 déc 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *RDBF*, 2009, n° 1, p. 53 ; F. MACORIG-VENIER, « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés », *Dr. et Patr.*, janv. 2010, p. 26.
[477] V. *supra*, n° 185.
[478] La partie de l'ancien article L. 611-10 al. 3 qui utilise cette expression figure à présent à l'article L. 611-10-2 C. com.

analogie (a). Pourtant, il faut tenir compte de ce que cette transposition reposerait sur des fondements de droit commun (b).

a. Les dangers du recours à l'analogie

192. L'extension par analogie des règles applicables au cautionnement – À propos d'une éventuelle extension à d'autres sûretés des protections édictées au seul bénéfice des cautions, un auteur expose que : « Seul un raisonnement analogique peut conduire à ce résultat, en considérant que les règles impératives de protection de la caution doivent, a pari et *a fortiori*, s'appliquer à chaque fois que l'engagement en cause est plus rigoureux qu'un cautionnement »[479].

Or, l'article 1103 al. 3 de l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations[480] dispose : « Les contrats innomés sont soumis par analogie aux règles applicables à des contrats comparables, dans la mesure où leur spécificité n'y met pas obstacle ». Mais il ne faudrait y voir qu'une preuve que « le juge répugne actuellement à user du raisonnement analogique »[481], et qu'il est nécessaire de vaincre sa résistance. D'où viennent ces préventions ?

193. Un mode de raisonnement dangereux – Jean Carbonnier définissait l'analogie ainsi : « En un sens, c'est plus qu'une interprétation, puisqu'il s'agit d'étendre la loi à des matières ou à des cas qu'elle n'a pas prévus, ce qui implique un passage du connu à l'inconnu. De ce que la loi a statué pour une situation, on en déduit qu'elle est applicable aux situations semblables. L'analogie est un peu la métaphore du droit »[482].

Ce passage « du connu à l'inconnu » n'est toutefois pas sans risques. Dans un ouvrage au titre évocateur, « Prodiges et vertiges de l'analogie », un philosophe contemporain a mis en garde contre les résultats absurdes auxquels peut conduire un usage imprudent de ce mode de raisonnement[483]. Citant Musil, il donne cet exemple savoureux : « Il existe des papillons jaune citron ; il existe également des Chinois jaune citron. En un sens, on peut donc définir le papillon : chinois nain ailé d'Europe centrale [...]. On entrevoit ici pour la première fois la possibilité d'une concordance, jamais étudiée encore, entre la faune lépidoptère et la civilisation chinoise. Que le papillon ait des ailes et pas le chinois n'est qu'une phénomène superficiel. Un zoologue eût-il compris ne fût-ce qu'une infime partie des dernières et des plus profondes découvertes de la technique, ce ne serait pas à moi d'examiner en premier la signification du fait que les papillons n'ont pas inventé la poudre : précisément parce que les Chinois les ont devancés »[484].

---

[479] N. BORGA, thèse préc., n° 301.
[480] Précité.
[481] N. BORGA, *loc. cit.* L'auteur estime que constitue un exemple de cette réticence le refus, sous l'empire de la loi du 26 juillet 2005, d'étendre le bénéfice de la suspension des poursuites individuelles à la caution réelle. Pourtant, « ce texte avait [...] pour objectif d'inciter les dirigeants à déposer le bilan au plus vite pour favoriser le redressement. Sa *ratio legis* invitait donc à une compréhension large » (n° 315).
[482] J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, n° 156.
[483] J. BOUVERESSE, *Prodiges et vertiges de l'analogie*, éd. Raisons d'agir, 1999. L'ouvrage expose comment un certain nombre de théories issues des sciences dures, comme le théorème de Gödel, sont utilisées par des auteurs de sciences humaines. Ils le justifient par une analogie dans laquelle sont mis en exergue les points communs entre le contexte d'origine de la théorie et son contexte d'accueil, laissant opportunément de côté les différences pourtant cruciales qui les séparent.
[484] R. MUSIL, cité par J. BOUVERESSE, *op. cit.*, p. 21.

Pour comprendre le point faible de l'analogie, tel qu'il vient d'être illustré, il faut avoir à l'esprit le vieux débat philosophique sur les propriétés essentielles ou accidentelles d'un objet[485]. L'analogie va rapprocher deux situations qui, par hypothèse, ne sont pas identiques. Elle va ainsi affirmer que ce qui les sépare n'est qu'accidentel, tandis qu'elles partagent une essence commune. Dans l'exemple parodique de Musil, le jaune citron est une qualité essentielle partagée par les deux objets d'études, le reste, entre autres l'absence d'ailes des chinois, n'étant que secondaire. C'est cela qui est dangereux : l'arbitraire avec lequel il sera décidé qu'une caractéristique d'un objet peut être éludée.

Gérard Cornu décrivait l'analogie comme une « déduction après induction »[486]. L'idée a été développée ainsi : « Dans l'ordre des arguments analogiques, il faut établir une passerelle entre deux zones disjointes du réel ; pour cela, il faut d'abord construire un lien vertical (induction), une sorte d'échelle pour s'élever au-dessus des deux zones mises en correspondance, puis établir le lien horizontal [...] et achever la construction par un nouveau lien vertical (déductif cette fois), une nouvelle échelle pour pouvoir « redescendre » de l'autre côté »[487]. L'analogie présente donc les mêmes faiblesses que l'induction elle-même[488].

194. Conséquence : la méfiance du droit – Rapportée au seul domaine de l'interprétation des lois, l'analogie consiste à étendre le champ d'application initialement conféré à un texte par le législateur, en arguant d'une essence commune entre la situation visée et celle qui ne l'est pas, et du caractère négligeable – au regard de cette question – de leurs différences. Elle est bien entendu proscrite s'agissant des incriminations pénales, qui s'interprètent strictement. Jean Carbonnier remarque que l'analogie faisait partie des « philosophies pénales » des régimes totalitaires[489] : permettant de faire dire arbitrairement à un texte ce qu'il ne disait pas, elle participait de l'entreprise de terreur.

Il est compréhensible que, pour toutes ces raisons, la jurisprudence ait fait preuve d'une grande prudence face à ce mode de raisonnement[490]. Il ne faudrait pas croire, pour autant, qu'elle ne l'utilise jamais : que fait-elle d'autres, parmi de multiples exemples, lorsqu'elle applique le droit des sociétés aux associations pour

---

[485] On peut ainsi se représenter « une sorte de bourse ou de boîte dans laquelle se trouvent enfermées des propriétés qui sont ce qu'elle a de plus "intime", de plus "profond", ce qui lui est le plus "intérieur" ; alors que sur sa surface "visible", elle porte des propriétés qui lui restent extérieures, qui pourraient s'en détacher sans dommage pour elle. Une prédication essentielle nous fait entrer dans l'intimité de la substance, alors qu'une prédication accidentelle ne fait que rester à "la surface des choses" comme l'on dit parfois » (F. SCHMITZ, *Wittgenstein*, éd. Les belles lettres, 1999, p. 58).

[486] G. CORNU, « Le règne discret de l'analogie », *in Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 129, V. p. 132. Cet auteur est globalement très favorable au procédé, tout en étant conscient de ses dangers : « En tant qu'elle est l'œuvre de l'interprète, son apport propre, cette induction, recherche du fondement rationnel, marque que l'extension raisonnée de la règle est une application non assistée, un exercice libre, un acte doctrinal, une solution "construite" (au sens de Gény), un saut autonome de la pensée qui ne trouve, dans la loi, ni appel ni appui, à la différence de l'exemplarité ».

[487] M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *op. cit.*, p. 412 s.

[488] Sur l'induction, V. *ibid*, p. 319 s.

[489] J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, p. 306.

[490] Il n'y aucune crainte à avoir, en revanche, face à ce que J. CARBONNIER décrit comme « l'analogie légale », et qui n'est qu'une technique de législation par renvoi : « Il y a analogie légale quand, au lieu de réglementer distinctement deux institutions entre lesquelles il existe une certaine parenté de nature, la loi fait une économie de textes en renvoyant d'une institution à l'autre » (*loc. cit.*). Sur cette question, V. G. CORNU, art. préc., p. 134 s.

pallier les carences de la loi[491] ? Mais elle a aussi refusé de s'en servir à plusieurs reprises[492].

S'agissant de l'extension des protections accordées à la caution à d'autres garants, il y a pourtant des raisons de penser que le pas peut être franchi.

b. Le soutien des fondements communs

195. La bonne foi, fondement de nombreuses protections de la caution – L'analogie n'est dangereuse que lorsqu'elle oblige à spéculer sur la ratio legis, au risque de se tromper et d'écarter arbitrairement des caractéristiques de la législation qui auraient dû lui conserver son strict champ d'application initial. Ce risque ne se retrouve pas dans l'écrasante majorité des protections accordées à la caution, qui ne sont, de l'avis général, que la transposition à une matière particulière d'un principe de droit commun des contrats : la bonne foi. Son rôle est consacré par l'article 1134 al. 3 du Code civil s'agissant de l'exécution du contrat, mais cette disposition est interprétée de manière constante comme concernant également la formation des conventions. Ici, la ratio legis est donc apparente[493].

196. La bonne foi en l'absence de texte spécial – Certaines décisions protectrices de la caution se fondent d'ailleurs directement sur la bonne foi, en l'absence de texte spécial. C'est elle qui a permis d'affirmer qu'il existe une obligation précontractuelle d'information de la caution[494]. Conformément au droit commun des contrats, l'obligation d'information pèse sur la partie qui « détient une information pertinente [...] si celui qui se prétend créancier de cette obligation a lui-même ignoré le fait recélé et si cette ignorance est légitime » ; elle est fondée sur le devoir de bonne foi[495]. La sanction de la réticence dolosive repose, implicitement mais nécessairement, sur l'existence d'une telle obligation précontractuelle d'information[496]. Or, une jurisprudence abondante sanctionne par exemple le créancier qui garde le silence, face à la caution, sur la situation irrémédiablement compromise du débiteur qu'elle ne connait pas[497]. L'article 1134 alinéa 3 se trouve donc bien là, caché derrière l'article 1116 du Code civil.

---

[491] M. COZIAN, F. DEBOISSY et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 71, intitulé « Le droit des sociétés au secours des associations ». Il s'agit d'une analogie, dans laquelle le juge estime que les deux objets partagent une essence commune (ils sont des groupements), et que les règles initialement libellées comme visant les seules sociétés visaient en réalité cette essence. Pourtant, les deux objets présentent des caractéristiques distinctives (le caractère lucratif ou désintéressé), mais il est considéré implicitement comme négligeable pour l'application de la règle.

[492] Outre l'exemple tiré du droit des procédures collectives cité *supra*, n° 192, des exemples de droit civil avaient été relevés par J. CARBONNIER, *loc. cit.*

[493] G. CORNU, art. préc., p. 137 s., se référant aux travaux de GÉNY, souligne que la *ratio legis* ne doit pas être réduite à .

[494] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 84.« la seule intention du législateur historique », car elle se trouve « dans la finalité et les objectifs de la loi, plus amplement encore dans l'esprit de la loi, plus diffusément même dans l'esprit du système juridique »

[495] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 259.

[496] *Ibid.*, n° 233.

[497] Par ex. Cass. 1re civ., 21 janv. 1981 : *Bull. civ.*, I, n° 25 , *D.*, 1981, I.R., p. 503, obs. M. VASSEUR. C'est à juste titre que la cour d'appel « a reproché à la banque, qui savait que la situation [du débiteur principal] était beaucoup plus grave que la difficulté passagère de trésorerie invoqué (*sic*) par le gérant de cette société, d'avoir caché [à la caution] la situation réelle, qui, inéluctablement, devait aboutir, à bref

Mais il est sans doute tout autant le moteur de nombreux textes spéciaux de protection de la caution.

197. La bonne foi derrière les textes spéciaux – Ne peut-on estimer, tout d'abord, que les mentions manuscrites que le créancier doit faire rédiger par la caution, afin de permettre à celle-ci de prendre pleinement conscience de la nature de son engagement, sont encore une application de l'obligation précontractuelle d'information, qui repose elle-même sur la bonne foi ? C'est ce type de raisonnement que semblent avoir suivi les juridictions du fond ayant annulé des garanties autonomes pour dol. Le juge « a déduit du caractère inhabituel pour un particulier de la souscription d'une garantie de cette nature une obligation particulière d'information envers le garant, dont l'inexécution emporte, sur le fondement du dol, nullité de l'engagement »[498]. Le raisonnement est loin d'être absurde[499]. Le dol n'est qu'une erreur provoquée, et l'erreur peut être de droit aussi bien que de fait[500].

Puisqu'il est admis que le créancier disposant d'un avantage en termes d'informations factuelles doit rétablir l'équilibre en les transmettant à la caution, pourquoi ne pas décider également qu'un créancier professionnel, qui tente de faire souscrire une garantie autonome à un profane, doit lui faire prendre conscience de la nature juridique particulière de cet engagement ? Les mentions manuscrites imposées par les textes spéciaux pour les cautionnements ne sont donc qu'une traduction de la bonne foi précontractuelle.

De la même manière, la bonne foi doit jouer durant l'exécution du contrat, et explique la multitude d'obligations légales d'information de la caution[501].

Rattacher la question de la proportionnalité à la bonne foi est encore plus simple : la Cour de cassation l'a fait, elle-même, dans l'arrêt « Macron »[502], et plusieurs auteurs vont en ce sens[503].

198. La nécessité théorique d'étendre les protections – Lorsqu'elle a étendu le champ d'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties autonomes[504], la jurisprudence a procédé à une véritable analogie : en l'absence d'un fondement de droit commun évident auquel rattacher la solution, elle a nécessairement spéculé sur la ratio legis et augmenté le champ d'application du texte au terme de ce raisonnement d'induction puis déduction. Il devrait lui être bien plus simple encore d'admettre la nécessité théorique d'étendre les protections de la caution qui reposent sur le principe de bonne foi. En effet, il n'y aurait pas là de

---

délai, à une liquidation des biens [...] ». *Adde* les nombreuses références citées par P. SIMLER, *op. cit.*, note n° 104 p. 155.

[498] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 905.

[499] Il semble en tout cas plus rigoureux que celui reposant sur « l'inéquité » de la garantie à première demande : CA Paris, 5 févr. 1992 : *JCP G*, 1993, I, 3623, n° 14, obs. P. SIMLER ; *D.*, 1993, somm., p. 107, obs M. VASSEUR.

[500] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 224.

[501] En ce sens : P. DUPICHOT, thèse préc., n° 124 s.

[502] V. *supra*, n° 181.

[503] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 97 s., spéc. n° 98 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 18, qui se réfèrent implicitement à la bonne foi lorsqu'ils affirment qu'en exigeant une sûreté disproportionnée, le créancier « ne rechercherait pas une véritable protection contre l'insolvabilité [...], il cache donc un autre dessein ».

[504] V. *supra*, n° 180.

véritable analogie, mais uniquement des déductions, un mode de raisonnement qui ne présente pas les mêmes dangers, à partir du droit commun. Seulement, certaines de ces déductions emprunteraient une forme décidée par le législateur lui-même, tandis que, dans les domaines pour lesquels il ne s'est pas prononcé, la manifestation concrète du principe devra être conçue par le juge. Comment admettre que, seules parmi les garants personnels, les cautions soient protégées contre la mauvaise foi du créancier, alors que ce principe est supposé irriguer tous les contrats ?

Un auteur a mis en avant « l'inapplicabilité pratique » d'une transposition des protections de la caution aux autres garants, donnant pour exemple l'inadéquation des mentions manuscrites prescrites par le législateur à d'autres mécanismes[505]. Il y a là en effet un obstacle technique, mais qui n'enlève rien à la légitimité théorique de la transposition. Dès lors, pourquoi ne pas considérer, par exemple, que le juge devra contrôler la fourniture au garant profane d'une information suffisante sur la nature juridique de son engagement, comme il l'a fait en matière de garanties autonomes, sans pour autant exiger une mention manuscrite d'un libellé précis, qu'il n'est pas en son pouvoir de créer ex nihilo ? Le cautionnement lui-même impose aux juridictions un effort d'imagination : des auteurs se demandent, à propos du contrôle de proportionnalité : « comment mesurer l'excès, lorsque le cautionnement garantit des dettes futures, sans limitation, ce qui, jusqu'à nouvel ordre, n'est pas illicite ? »[506].

Il faudra s'interroger ultérieurement sur la transcription concrète des protections de la caution aux garanties indemnitaires[507], mais retenons pour l'heure que, de ce bloc monolithique que semblait être la réglementation du cautionnement, peut être détachée toute la gangue des protections qui ne relèvent pas de son identité même, c'est-à-dire du caractère accessoire renforcé. Puisque ces règles ont vocation à bénéficier à toute sûreté personnelle, la pression exercée sur les contrats innomés voisins du cautionnement doit se relâcher d'autant, et permettre plus facilement aux nouvelles figures d'émerger. Ce n'est pourtant pas ce qu'a décidé la jurisprudence.

II. Une solution inadéquate : l'application forcée du régime du cautionnement

199. L'étrange solution retenue : deux mécanismes différents, un même régime – Ne sont-ce pas les craintes de contournement des règles protectrices de la caution, dont il a été montré qu'elles sont largement exagérées, qui justifient la solution retenue ? La Chambre commerciale de la Cour de cassation a décidé de reconnaître une identité propre au mécanisme du porte-fort d'exécution, assorti pourtant d'un régime d'emprunt : celui du cautionnement. Elle n'en a pas nié l'originalité, sans quoi elle eût procédé à une requalification. Et pourtant, son régime serait le même que celui de la sûreté personnelle de référence. L'équation classique « différence de nature = différence de régime »[508] n'est pas vérifiée.

200. La conclusion d'une lente évolution – La Haute juridiction n'est parvenue à cette solution qu'au terme d'un lent processus. Durant de longues

[505] N. BORGA, thèse préc., n° 305.
[506] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 298.
[507] V. *infra*, titre premier de la seconde partie.
[508] J.-L. BERGEL, « Différence de nature = différence de régime », *RTD. civ.*, 1984, p. 255.

années, quelques décisions discrètes ont semblé aller dans le sens d'une reconnaissance digne de ce nom. À l'issue de ce laborieux processus, la montagne accoucha finalement d'une souris. Entre-temps, les lettres d'intention, y compris celles qui renferment précisément un engagement de porte-fort d'exécution, étaient accueillies par la Cour de cassation, puis par le Code civil, ce qui est pour le moins paradoxal.

201. Divergences au sein des juridictions du fond – Il ne faut pas s'attarder sur les décisions qui ont pu être rendues, en la matière, par les juges du fond, car elles ne présentent aucune homogénéité globale. Ainsi, dans la plus grande tradition des auteurs classiques[509], le Tribunal de commerce de Paris a-t-il pu juger : « que se référant à une jurisprudence constante, il faut distinguer la situation du porte-fort de celle de la caution. Que le porte-fort s'engage seulement à ce qu'un tiers assume une obligation déterminée, qu'il ne promet pas qu'une fois cet engagement pris, il sera exécuté et qu'ainsi dès qu'intervient la ratification, le porte-fort est dégagé »[510]. Cette figure juridique continue donc de pâtir d'avoir été rattachée à l'article 1120 du Code civil, alors qu'il a été démontré que cette référence est tout à fait inutile[511].

Inversement, la Cour d'appel de Douai a très nettement reconnu l'existence du porte-fort sûreté, lui accolant un régime juridique original, affirmant que : « la promesse de porte-fort au sens de l'article 1120 du Code civil constitue un engagement irréductible du promettant envers le bénéficiaire, dont l'inexécution est sanctionnée par l'allocation de dommages-intérêts », ce dont il résulte que « l'absence de déclaration de créance du bénéficiaire à la procédure collective ouverte à l'encontre du tiers visé par le porte-fort est sans effet dans les rapports entre celui-ci et le bénéficiaire, le caractère autonome de la promesse de porte-fort n'ouvrant pas au promettant la possibilité de se prévaloir des exceptions qu'aurait pu soulever le débiteur principal, contrairement à l'engagement de caution »[512].

202. Plan – Face à ces divergences des juges du fond, il appartenait à la Cour de cassation de trancher. Dans l'évolution de sa jurisprudence jusqu'à l'application du régime du cautionnement au porte-fort, un axe majeur se dessine : il y eut un avant (A) et un après (B) l'année 2005.

A. La jurisprudence et le porte-fort d'exécution avant 2005 : la prudence

203. Plan – Certains ont cru pouvoir déceler, dans les décisions rendues avant 2005, des marques d'hostilité de la Cour à l'endroit du porte-fort sûreté, mais les exemples cités ne sont pas convaincants (1). L'attitude qui prévaut alors est plutôt celle d'une reconnaissance accordée du bout des lèvres (2).

---

[509] V. *supra*, n° 52 s.
[510] T. com. Paris, 5 oct. 1998, n° RG 97/001564, cité par I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-10.
[511] V. *supra*, n° 103 s.
[512] CA Douai, 2e ch., 2 déc. 1999 : *Banque et Droit*, sept.-oct. 2000, p. 42, obs. N. RONTCHEVSKY. Sur le régime des garanties indemnitaires dans le cas d'une procédure collective ouverte contre le débiteur principal, V. *infra*, n° 587 s.

1. L'hostilité prétendue

204. Des requalifications en cautionnement ? – Un auteur affirme que la Haute juridiction « a, déjà, à deux reprises, requalifié des promesses de porte-fort d'exécution en autant de cautionnements dans des décisions passées inaperçues. [...] quoique ces décisions n'aient pas été publiées au Bulletin, il semble que la Cour de cassation [...] ne paraisse pas disposée à laisser des institutions à l'originalité discutable empiéter sur le vaste territoire dévolu au cautionnement »[513]. Et il est vrai que la requalification est la sanction logique face à un mécanisme manquant d'originalité. Des deux décisions citées, l'une émane de la Chambre commerciale, l'autre de la Première chambre civile.

205. L'arrêt de la Chambre commerciale du 7 octobre 1986 – Dans l'acte considéré, il était stipulé qu'une personne « se port[ait] fort et garant solidaire » de l'exécution de certaines obligations[514]. Les premiers juges, déjà, avaient qualifié l'opération de cautionnement, approuvés par la cour d'appel – très maladroitement[515] – puis par la Cour de cassation.

Que faut-il en conclure ? Rien d'extraordinaire. La qualification choisie par les parties contenait une contradiction intrinsèque. En effet, un porte-fort d'exécution ne peut en aucun cas être un engagement de « garant solidaire ». L'idée de solidarité avec le débiteur principal exprime nécessairement que le garant est tenu de la même chose que lui, ce qui n'est compatible qu'avec la mise en place d'un cautionnement[516]. L'obligation de celui qui se porte fort est nouvelle et personnelle. Le problème est le même que celui des pseudo-garanties autonomes : « L'engagement de payer (*a fortiori* de rembourser) à première demande "ce que doit ou devra" ou "ce que pourra devoir" le débiteur garanti, ou "les sommes dues aux termes du contrat", ou encore "si le débiteur manque à son obligation" ne peut être un engagement réellement autonome, quelles que soient les autres clauses de l'acte »[517]. De même, il faut restituer son exacte qualification à un cautionnement affublé d'un faux-nez de porte-fort. Le partisan de cette nouvelle sûreté approuvera le raisonnement autant qu'un autre, et peut-être davantage.

206. L'arrêt de la Première chambre civile du 27 février 1990 – Dans cette deuxième affaire, deux personnes déclaraient « se porter fort du remboursement par la société à M. Z... de Mota de sa créance »[518]. La Cour de cassation approuva les juges du fond d'avoir requalifié l'engagement en cautionnement : s'agirait-il, pour le porte-fort d'exécution, du désaveu redouté ? La réponse est non. Car, dans la même convention, le bénéficiaire de la sûreté déclarait « que pour le cas éventuel où ladite clause de porte-fort serait conduite à jouer, il

[513] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 425.
[514] Cass. com., 7 oct. 1986, inédit, pourvoi n° 84-14553, *Lamyline*.
[515] La cour d'appel avait jugé que « si l'on ne devait pas retenir la thèse du cautionnement et chercher une autre qualification juridique on ne trouverait que la délégation », ce qui dans les deux cas permettait la condamnation. Pour écarter le grief du pourvoi qui reprochait aux juges du fond, à juste titre, de n'avoir pas su choisir une qualification, la Cour de cassation fut obligée de recourir à la notion de motif surabondant, et élimina celui relatif à la délégation pour ne retenir que le cautionnement.
[516] Ou, évidemment, avec un engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette.
[517] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 287.
[518] Cass. 1re civ., 27 févr. 1990, inédit, pourvoi n° 88-16726.

accorde aux garants un délai supplémentaire d'un mois à chaque échéance ci-dessus visée pour régler en lieu et place de la société la créance ou le solde dû ». Il est difficile d'imaginer formule plus typique d'un cautionnement que ce « régler en lieu et place » du débiteur principal. Dès lors, il n'est absolument pas surprenant de lire que les juges du fond, approuvés par la Cour de cassation, ont affirmé « que les parties, abusées par des connaissances juridiques inexactes, n'ont pas entendu se placer dans la situation prévue par l'article 1120 du Code civil mais ont pris un engagement de caution pour le cas où la société n'honorerait pas ses engagements de remboursement ». L'importance prêtée à ces deux décisions ne résiste pas à l'analyse. Elles ne sont pas représentatives de l'attitude de la Haute juridiction face au porte-fort d'exécution.

2. *La bienveillance timide*

207. Circonspection – Il semble que la jurisprudence a longtemps ressenti un certain malaise face au porte-fort d'exécution, ayant parfois à statuer sur des situations où il avait été utilisé, mais évitant de se prononcer sur la validité du mécanisme de manière générale, sous forme d'attendu de principe. Cette jurisprudence dispersée, sans ligne directrice claire, se prête à une présentation chronologique.

208. Garantie d'un pas-de-porte – Dès 1962, la Chambre sociale était confrontée à une situation dans laquelle un promettant, bailleur rural, s'était fait fort – il avait « déclaré faire son affaire personnelle » – de ce que le nouveau preneur paierait un pas-de-porte à l'ancien[519]. Mais cette convention était nulle. La Cour décide en effet que : « l'accord ayant pour objet la cession du bail rural moyennant finance est radicalement nul [et] qu'il en va de même de l'engagement de faire payer un prix de cession par le fermier entrant, que cette nullité s'étend à la convention de porte-fort portant sur l'exécution d'une telle promesse ».

Il faut préciser cependant que, si l'obligation du nouveau preneur de payer un pas de porte à l'ancien préexistait à la garantie, il s'agissait bien d'un simple porte-fort d'exécution. Mais, si le nouveau preneur n'avait pas encore pris un tel engagement, il pesait sur le bailleur une double obligation de garantir la conclusion, puis l'exécution de l'obligation ainsi contractée. La Cour, en tout cas, ne semble pas s'étonner que l'article 1120 du Code civil puisse être utilisé pour promettre l'exécution d'une obligation. De surcroît, elle fournit des éléments de régime : ainsi qu'il a été exposé auparavant, le porte-fort d'exécution n'est pas insensible à la nullité de l'obligation principale[520].

209. Garantie du paiement de travaux – L'arrêt de la Troisième chambre civile du 8 novembre 1978[521] est plus ambigu. Un architecte avait garanti à un entrepreneur de plomberie que le maître de l'ouvrage accepterait son devis en le signant, et en l'accompagnant de la mention « Vu l'architecte avec promesse d'accord du client, mettez-vous au travail le plus vite possible ». S'était-il également, ce disant, engagé à ce que l'entrepreneur soit payé ? Le pourvoi

[519] Cass. soc., 15 févr. 1962 : *Bull. civ.*, V, n° 195.
[520] V. *supra*, n° 122 s.
[521] Cass. 3e civ., 8 nov. 1978, pourvoi n° 77-12801 : *Bull. civ.*, III, n° 339.

contenait un argument qui intéresse directement la présente étude : « la promesse de porte-fort, seule caractérisée en l'espèce, garantit seulement l'engagement du tiers et non l'exécution effective de la convention ». La Haute juridiction répond ainsi : « il apparaissait que non seulement l'architecte s'était porté fort de la ratification du contrat par le maître de l'ouvrage, mais encore s'était porté garant de son exécution ».

Mais que signifie ce terme de « garant » ? Faut-il comprendre que l'architecte s'était porté fort, successivement, de la ratification puis de l'exécution de l'obligation, ou, selon une solution plus classique, qu'il s'était porté fort de la ratification puis s'était rendu caution de l'obligation ? La condamnation au paiement des travaux ne nous éclaire pas sur ce point, car le préjudice étant dans cette affaire égal aux obligations de sommes d'argent non exécutées, un cautionnement et un porte-fort d'exécution aboutissent au même résultat. Certains auteurs semblent avoir identifié ici la solution classique[522].

210. Droit de la distribution – C'est ensuite à la Chambre commerciale qu'il est revenu de se prononcer sur une hypothèse de porte-fort, dans un arrêt en date du 14 janvier 1980[523]. L'arrêt est cité par M. Simler comme l'une des « premières applications jurisprudentielles » du porte-fort d'exécution[524]. Le contexte était celui du droit de la distribution : dans le cadre d'un contrat de bière, un débitant de boissons avait contracté vis-à-vis de son fournisseur une obligation d'approvisionnement exclusif et une obligation de vendre un montant minimum de marchandises ; il s'était « porté fort » qu'un éventuel cessionnaire ou locataire-gérant du fonds tiendrait ces engagements. Le pourvoi, ici encore, s'appuie sur les solutions de la doctrine classique lorsqu'il affirme que : « le porte-fort n'est, à la différence de la caution, tenu que de procurer l'engagement d'autrui et nullement l'exécution de cet engagement par autrui ». Mais la Cour de cassation adopte une position inverse : « en constatant que [le débitant de boissons] s'était porté fort de l'exécution par son locataire-gérant des obligations dont il était tenu envers [son fournisseur], et que [le locataire-gérant] n'avait pas tenu ses engagements, la cour d'appel a décidé, à bon droit, que [le fournisseur] qui n'avait traité qu'avec [le débitant de boissons] était recevable à agir directement en responsabilité contre ce dernier ».

La Cour n'esquiva donc pas l'argument du pourvoi et répondit clairement que le porte-fort peut être utilisé autrement qu'il ne l'est classiquement. Pour autant, était-on face à un porte-fort d'exécution tel qu'il est habituellement envisagé ? Probablement pas : le distributeur initial des boissons, qui avait promis au producteur qu'un éventuel locataire-gérant ou cessionnaire respecterait à son tour les obligations pesant précédemment sur lui, avait très certainement retranscrit ces obligations dans le contrat de location-gérance. Ce faisant, le distributeur avait promis la conclusion et l'exécution d'obligations contractées... envers lui, et pas envers le bénéficiaire[525] ! Il ne s'agit plus d'une sûreté personnelle, car il n'y a pas adjonction d'un second patrimoine pour garantir une créance principale. Le producteur, ici, n'a toujours qu'un seul et unique débiteur : le distributeur initial. En

[522] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-10, a).
[523] Cass. com., 14 janv. 1980, pourvoi n° 78-10.696 : *Bull. civ.,* IV, n° 16.
[524] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1020.
[525] En ce sens : I. RIASSETTO, thèse préc., n° 1141.

cas d'inexécution de ses obligations par le second débiteur, le débiteur initial dispose contre lui de toutes les possibilités qui sont celles d'un créancier contre un débiteur dans un rapport obligataire normal ; le créancier initial, lui, ne peut que réclamer des dommages et intérêts au débiteur initial à raison de l'inexécution de son engagement de porte-fort.

211. Inapplicabilité de l'article 1326 – Les faits soumis à l'examen de la Première chambre civile, le 16 avril 1991[526], étaient les suivants : un médecin quittant la clinique où il avait exercé avait signé un protocole d'accord avec le directeur de l'établissement, par lequel ce dernier s'engageait « à obtenir le versement » par la clinique d'une certaine somme. Il y avait certainement là un double porte-fort, consistant à promettre, d'une part, que la clinique contracterait cette obligation de payer une somme d'argent, d'autre part, qu'elle l'exécuterait bel et bien. Les juges, y compris de cassation, n'ont pas eu besoin de raisonner en termes de porte-fort d'exécution puisque la clinique, refusant de s'engager, avait ainsi violé la première partie de l'engagement : un classique porte-fort de ratification. L'arrêt est toutefois intéressant en ce qu'il décide que : « l'engagement de porte-fort ayant pour objet, non le paiement d'une somme d'argent, mais une obligation de faire, l'écrit qui le constate n'est pas soumis aux dispositions de l'article 1326 du Code civil ». Il affirme également, de manière contestable, que la cour d'appel n'avait pas à rechercher le préjudice réel, mais qu'il était normal d'allouer au bénéficiaire « une indemnité égale à la somme dont le défaut de la ratification promise l'avait privé »[527].

212. Une obligation de moyens ? – Un arrêt quelque peu étrange, rendu le 29 février 2000, vient s'intercaler dans cette série[528]. Un homme s'était porté fort du paiement de diverses sommes d'argent dont une société était débitrice. Une procédure collective fut ouverte contre cette société. Les juges du fond avaient rejeté une action contre le promettant, arguant de ce que seule la procédure collective avait empêché le débiteur de s'exécuter, et en déduisant que le promettant n'avait pas manqué à sa parole, raisonnement tout à fait contestable[529].

Mais la réponse de la Cour est plus étonnante encore : « en se déterminant ainsi, sans rechercher si M. X..., qui s'était porté fort[...] de l'exécution d'obligations déjà contractées par le tiers, ce dont il résulte qu'il était tenu d'une obligations de moyens à l'égard de son cocontractant, n'avait pas, avant la mise en redressement judiciaire [du débiteur], mis en œuvre tous les moyens pour obtenir l'exécution par la société de ses engagements, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard [de l'article 1120] ». Elle reconnaît indubitablement l'utilisation du porte-fort aux fins de garantie, mais affirme qu'il est tenu d'une obligation de moyens, ce en quoi la décision reste isolée[530].

---

[526] Cass. 1re civ., 16 avril 1991, inédit, pourvoi n° 89-17982. Sur cet arrêt, V. aussi *supra*, n° 147.
[527] V. *supra*, n° 147.
[528] Cass. com., 29 février 2000, inédit, pourvoi n° 96-13604.
[529] L'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal matérialise en effet l'échec du promettant à rapporter l'exécution : V. *infra*, n° 587 s.
[530] V. *supra*, n° 100.

213. Promesse d'embauche – Un mois et demi plus tard, la Première chambre civile, dans un arrêt du 18 avril 2000[531], eut quant à elle à se prononcer sur les faits suivants : le cessionnaire de parts d'une société avait promis au cédant une embauche dans l'entreprise pour une période déterminée, mais n'avait pas tenu parole. Il y avait là un porte-fort, par lequel le promettant s'engageait non seulement à ce qu'un contrat de travail soit conclu avec la société – c'était un porte-fort de conclusion –, mais encore à ce que ce contrat soit maintenu pour une durée précise – c'était également un porte-fort d'exécution[532].

La Cour de cassation juge : « qu'ayant relevé que la société Pneus station Marceau Legros et compagnie s'était portée fort pour la société Auto pneu marché de faire bénéficier M. X... d'un contrat de travail jusqu'à l'âge de 60 ans, et que le contrat souscrit avait été rompu par la société Auto pneu marché, alors que le salarié était âgé de 55 ans, ce dont il résultait qu'il n'y avait pas eu ratification de l'engagement pris par la société Pneus station Marceau Legros et compagnie, la cour d'appel en a exactement déduit que celle-ci n'était pas déchargée de son obligation à l'égard de M. X... ». Ce disant, la Haute juridiction admet que le porte-fort poursuivait ses effets après la conclusion du contrat de travail, durant son exécution. Elle use cependant du terme de « ratification », qui n'est véritablement adapté qu'à l'hypothèse du porte-fort classique.

214. Bilan : reconnaissance du mécanisme – Certes sans éclat, discrètement, et dans des arrêts non publiés, mais clairement et à plusieurs reprises, la Cour de cassation a donc admis l'utilisation du porte-fort dans de multiples configurations, qui sont toutes différentes de sa classique fonction de ratification. Cette lente maturation prit fin en 2005, mais sous forme de désastre plutôt que d'apothéose.

B. La jurisprudence et le porte-fort d'exécution depuis 2005 : la confusion

215. Plan – L'année 2005 pourrait, au premier abord, être considérée comme la grande année du porte-fort d'exécution en jurisprudence – et, par contrecoup, en doctrine, car les arrêts adoptés suscitèrent une avalanche de commentaires et un intérêt jamais vu encore pour le mécanisme[533]. La vérité est tout autre : de ces décisions, le concept ressort obscurci, ce qui pourrait le condamner à l'abandon. Les praticiens ne quitteront les rives friables du cautionnement que pour la terre ferme, non pour des sables mouvants. Nous constaterons en effet que l'arrêt rendu par la Première chambre civile en 2005 est d'une interprétation particulièrement difficile (1). La Chambre commerciale trancha quant à elle bien plus nettement, mais semble avoir rebroussé chemin depuis (2). Faute d'une position nette à l'échelle des chambres, il sera *a fortiori* plus difficile encore de fixer une doctrine unitaire pour la Haute juridiction dans les prochaines années[534].

---

[531] Cass. 1re civ., 18 avr. 2000, pourvoi n° 98-15360 : *Bull. civ.*, I, n° 115 ; *Bull. Joly Soc.*, 2000, p. 936, note A. COURET ; *JCP E*, 2000, p. 2005, obs. G. VIRASSAMY.

[532] En ce sens : A. COURET, note préc. : « le porte-fort peut promettre au-delà de l'engagement d'autrui l'exécution de cet engagement : tel était bien le cas en l'espèce » (n° 4).

[533] P. GROSSER évoque ainsi un « *grand cru jurisprudentiel* » pour le porte-fort d'exécution (note ss. Cass. com., 13 déc. 2005, préc.).

[534] Un arrêt récemment rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation mentionne bien la figure du porte-fort. Un homme cédait ses titres et s'était porté fort que certains de ses proches les céderaient

1. La Première chambre civile de la Cour de cassation

216. Plan – Il faut examiner, à titre principal, l'important arrêt du 25 janvier 2005 (a), avant de revenir plus brièvement sur une décision postérieure (b).

a. L'arrêt du 25 janvier 2005

217. Le contexte – Le premier des deux grands arrêts rendus en 2005 à propos du porte-fort l'a été par la Première chambre civile, le 25 janvier[535]. Les faits étaient les suivants : une SCI s'était portée caution hypothécaire d'un prêt consenti aux époux Garcia, qui étaient également les détenteurs des parts de la SCI, directement et par l'intermédiaire d'une SARL. Les parts de la SCI furent cédées, moyennant l'engagement des cessionnaires « dans le cas où [la SCI] viendrait à être mise en cause dans le paiement des prêts, à ne pas se retourner tant par eux-mêmes que par la SCI contre les débiteurs principaux et à obliger la SCI à faire face aux remboursements en capital, intérêts et accessoires ».

Ayant été forcés malgré tout de rembourser le prêt en tout ou partie, les consorts Garcia subirent un préjudice, que les cessionnaires des parts de la SCI furent condamnés à réparer. L'un d'eux le reprocha à l'arrêt d'appel, affirmant dans son pourvoi « qu'en se bornant à constater la non exécution de la promesse du porte-fort pour le condamner à payer des dommages-intérêts aux époux Garcia en refusant de rechercher préalablement comme elle y avait été invitée expressément si l'engagement de caution de la SCI et celui de renoncer à tout recours contre les débiteurs principaux avaient été valablement contractés, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision au regard de l'article 1120 du Code civil ». Il aurait fallu vérifier que l'engagement avait été « valablement contracté » : l'argument n'est pas très précis.

Il est écarté par la Première chambre civile en ces termes : « Mais attendu que la promesse de porte-fort est un engagement personnel autonome d'une personne qui promet à son cocontractant d'obtenir l'engagement d'un tiers à son égard ; que la cour d'appel qui a constaté que M. Y... s'était porté fort d'obtenir l'engagement de la SCI de procéder aux remboursements de ces prêts, et que le tiers n'avait pas ratifié cet engagement, a exactement décidé que M. Y... n'avait pas satisfait à son obligation de résultat, peu important la validité de l'engagement de caution de la SCI, et n'avait donc pas à effectuer une recherche que ses propres constatations rendaient sans intérêt ».

218. La nature de l'engagement : recours au porte-fort « moderne » – S'agissait-il véritablement d'un porte-fort d'exécution ? En effet, il faut bien constater que ces termes n'apparaissent nulle part dans la décision. M. Leveneur,

---

également à la même personne. Cette pratique (sur laquelle V. *infra*, n° 383) est bien un porte-fort, mais pas un porte-fort d'exécution. Il est simplement jugé qu'une ratification de porte-fort peut être tacite, ce qui n'a rien de nouveau. C'est pour résoudre une autre question, de procédure, que la formation solennelle fut réunie (Ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-16008 : *RLDC*, juin 2011, p. 11, obs. A PAULIN).

[535] Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, pourvoi n° 01-15926: *Bull. civ.*, I, n° 43 ; *Dr. et Patr.,* 2006, n° 145, p. 131, obs. P. DUPICHOT ; *RTD civ,*. 2005, p. 391, obs. B. FAGES et J. MESTRE ; *Defrénois,* 2005, p. 908, obs. J. HONORAT ; *CCC,* mai 2005, p. 13, note L. LEVENEUR ; *Banque et Droit,* 2005, n° 100, p.41, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RLDC,* 2005/14, n° 584, obs. M. SÉJEAN ; *JCP G,* 2006, I, n° 10021, note P. SIMLER (1re espèce) ; *Dr. et Patr.*, 2005, n° 141, p. 104, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

après avoir décrit la fonction traditionnelle du porte-fort, explique que l'on peut aussi promettre « tout autre fait, spécialement l'exécution par une personne d'une obligation dont elle est tenue – la promesse de porte-fort constitue alors une sûreté personnelle [...] – ou encore comme ici, le paiement de la dette d'autrui »[536].

L'idée est précisée par M. Stoffel-Munck : « cette dernière obligation était nouvelle, car un cautionnement hypothécaire n'oblige pas à payer la dette d'autrui, mais à y affecter en garantie la valeur d'un immeuble »[537]. La SCI étant caution hypothécaire n'était donc pas, à l'origine, débitrice d'une obligation consistant à payer la dette de remboursement de prêt des époux Garcia. Pour M. Leveneur, il s'agirait donc d'un porte-fort dans lequel le fait promis serait le paiement de la dette d'autrui. Mais M. Stoffel-Munck arrive à une conclusion différente : « Il ne s'agissait donc pas d'un « porte-fort d'exécution » mais d'un porte-fort classique, la chose promise étant l'engagement de la SCI »[538].

Une autre analyse était cependant envisageable : celle du double porte-fort. Ici, il était question « d'obliger la SCI à faire face aux remboursements », ce qui suppose non seulement qu'elle s'engagera à procéder à ces remboursements, mais encore qu'elle remboursera effectivement. Il est donc tout à fait cohérent de considérer qu'il y avait ici une promesse de ratification, puis, si la ratification était obtenue, une promesse d'exécution de l'obligation en résultant[539]. De plus, le recours au porte-fort classique ne suffisait pas à analyser la totalité des obligations en présence : celle consistant à promettre que la SCI ne mettrait pas en œuvre ses recours contre les débiteurs principaux constitue bel et bien un porte-fort autre que de ratification, le « fait » promis étant ici une abstention[540].

219. La qualification retenue par la Cour : le porte-fort « classique » – Cette affaire appelait donc une triple qualification : un porte-fort de ratification, par lequel le promettant s'engageait pour la SCI, sous réserve de ratification ultérieure, à ce qu'elle prenne le remboursement des prêts à sa charge ; un porte-fort d'exécution, par lequel le garant promettait que cette obligation, une fois contractée, serait parfaitement exécutée ; un porte-fort d'abstention.

Tout porte cependant à croire que la Cour de cassation a raisonné comme M. Stoffel-Munck, et de nombreux autres auteurs avec lui, en termes de porte-fort classique uniquement. La définition de ce mécanisme, par la Haute juridiction, comme la promesse « d'obtenir l'engagement d'un tiers » à l'égard du bénéficiaire, va nettement en ce sens. Sans partager l'analyse de ces auteurs sur le fond de l'espèce, il faut conclure avec eux que « cet arrêt ne signe donc pas (encore ?) l'acte de naissance de cette sûreté personnelle »[541] qu'est le porte-fort d'exécution.

---

[536] L. LEVENEUR, obs. préc.

[537] P. STOFFEL-MUNCK, obs. préc.

[538] *Ibid.* Dans le même sens : P. DUPICHOT, obs préc. ; J.-F. BARBIÈRI, note ss. Cass. Com., 13 déc. 2005, *Bull. Joly Soc.*, 2006, n° 4, §95, note n° 3, qui estime que « le débat n'avait porté [...] ni sur la notion de porte-fort d'exécution, ni, *a fortiori,* sur son régime » ; R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc., note n° 5 ; É. SAVAUX., note ss. Cass. com., 13 déc. 2005, *Defrénois,* 2006, n° 5, p. 420.

[539] On objectera qu'il est possible d'opter pour une analyse dualiste : un porte-fort de ratification combiné avec un cautionnement. Mais, ici, l'engagement « d'obliger la SCI à faire face à ses engagements » évoque bien davantage une obligation de faire pesant sur le garant.

[540] Pour reprendre une classification plusieurs fois évoquée, il s'agirait d'une obligation comportementale de résultat.

[541] P. DUPICHOT, obs. préc.

À l'inverse, les autres commentateurs ont eu raison de voir un porte-fort d'exécution dans les faits de l'espèce, mais probablement tort d'affirmer que : « La première chambre civile précise ainsi la nature et le régime de la garantie que peut constituer la promesse de porte-fort »[542]. Cette analyse, pour erronée qu'elle paraisse être, permit en tout cas d'alimenter le débat sur le porte-fort d'exécution.

b. L'arrêt du 15 mai 2008

220. Le contexte – Les faits ayant donné lieu à l'arrêt rendu le 15 mai 2008 par la Première chambre civile de la Cour de cassation[543] étaient les suivants : M. X avait cédé à M. Y un paquet d'actions de la société STHCR, puis avait conclu avec lui un pacte d'actionnaires. Dans ce document, M. X promettait entre autres à M. Y qu'il toucherait des dividendes le 15 mai de chaque année ; les termes précis de cet engagement ne sont malheureusement pas indiqués.

Durant plusieurs années, l'accord fut respecté, et M. Y reçut son dû. Puis les dividendes promis cessèrent d'être versés. Il obtint alors la condamnation, non de son cocontractant, mais... de la société STHCR. Celle-ci se pourvut en cassation, soulignant notamment que « n'ayant pas ratifié la promesse de porte-fort, elle n'était pas engagée par le pacte d'actionnaires auquel elle était tiers » ; et qu'ainsi les juges du fond avaient violé les articles 1120 et 1134 du Code civil.

La Cour de cassation rejeta cette argumentation, dans les termes suivants : « Mais attendu que l'arrêt relève que, sur les résultats des années 2001 à 2004, la STHCR a versé à M. Y... la somme de 67 634, 31 euros ; que, sans avoir à répondre aux conclusions prétendument délaissées, la cour d'appel en a implicitement déduit que ces paiements valaient ratification par la société de la promesse de porte-fort ; Et attendu qu'après avoir rappelé que M. X... s'est engagé personnellement à ce que les dividendes soient payés le 15 mai de chaque année à M. Y..., l'arrêt retient exactement que cet engagement, notifié à la STHCR, de faire exécuter par la société un engagement auquel il n'était pas partie, constitue un porte-fort d'exécution, valable comme comportant la mention manuscrite de cet engagement mais limité au montant des dividendes dus par la STHCR ; que la cour d'appel a légalement justifié sa décision ».

221. La qualification retenue par la Cour : le porte-fort d'exécution – La motivation retenue laisse perplexe. La société n'était tenue d'aucune obligation préexistante de verser les dividendes. Dès lors, pour qu'une obligation puisse naître à sa charge, il eût fallu que le porte-fort conclu par M. X. soit non pas un « pur » porte-fort d'exécution, mais un double porte-fort par lequel il aurait promis que la société accepterait l'engagement passé en son nom, puis qu'elle l'exécuterait correctement. Une telle figure peut très bien exister, mais il eût été bon de disposer des termes du contrat, pour s'assurer qu'elle avait été retenue en l'espèce.

La Cour semble implicitement tenir ce raisonnement, puisqu'elle note que, la société, en versant des dividendes durant plusieurs années, a ratifié la promesse. Il faut relever que, si une ratification peut être tacite, encore faut-il qu'elle soit suffisamment explicite : le fait de verser des dividendes à un associé, ce qu'elle peut

[542] N. RONTCHEVKY, obs. préc.
[543] Cass. 1re civ., 15 mai 2008, pourvoi n° 06-20806, inédit : *Bull. Joly Soc.*, 2009, p. 40, note P. LE CANNU.

très bien faire en temps normal, caractérise-t-il suffisamment la volonté de ratifier la promesse de continuer chaque année, tous les 15 mai ? La question mérite d'être posée.

Mais, si l'on estime que la société a ratifié un engagement, pris en son nom, de verser des dividendes, pourquoi ne pas simplement raisonner à partir du principe de force obligatoire des contrats ? Faire appel au porte-fort d'exécution eût été utile à l'appui d'une condamnation du promettant, et donc de M. X. Cela n'a aucun intérêt, lorsqu'il s'agit de motiver celle de la société. M. X., d'ailleurs, n'aurait pas été condamné « à verser des dividendes à M. Y », mais à réparer le préjudice subi par celui-ci.

Enfin, il est difficile de comprendre précisément quelle est la mention manuscrite à laquelle il est fait référence, et dont il est affirmé qu'elle était une condition de validité du porte-fort.

La Première chambre civile de la Cour de cassation semble donc actuellement mal à l'aise dans le maniement du porte-fort d'exécution, qu'elle manque d'identifier là où il se trouve, et qu'elle utilise là où il ne sert à rien. Il est temps d'examiner la position de la Chambre commerciale.

2. La Chambre commerciale de la Cour de cassation

222. Plan – Les défenseurs de l'introduction, en droit français, du concept de garantie indemnitaire, auraient dû se réjouir de ce que la Chambre commerciale de la Cour de cassation fasse figurer le porte-fort d'exécution dans un attendu de principe, sous le visa conjoint des articles 1120 et 1134 du Code civil[544]. Mais cette consécration valait condamnation. Prononcée le 13 décembre 2005 (a), elle fut réitérée le 18 décembre 2007 (b). Le cap semblait solidement fixé lorsque, tout à coup, dans un arrêt récent, la Chambre commerciale décida de virer de bord (c).

a. L'arrêt du 13 décembre 2005

223. Le contexte – Les faits sur lesquels la Chambre commerciale a eu à se prononcer, dans un arrêt du 13 décembre 2005[545], étaient les suivants. Une société avait signé avec une personne physique un protocole d'accord par lequel elle devait lui céder un fonds de commerce quelques semaines plus tard, avec faculté pour cet acquéreur de se substituer une autre personne. Dans le délai prévu, la personne physique fit usage de cette faculté et se substitua une société en cours de formation,

[544] C'est le terme utilisé par P. SIMLER : « L'excellente sûreté que peut constituer le porte-fort d'exécution serait-elle enfin en passe d'être reconnue par les opérateurs en quête d'une sûreté appropriée ? Les deux arrêts rapportés permettent de le supposer. Il y aurait lieu de s'en réjouir s'ils n'étaient empreints d'une grande confusion » (P. SIMLER, note ss. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005 et Cass. com., 13 déc. 2005, préc.).

[545] Cass. com., 13 déc. 2005, pourvoi n° 03-19217 : *Bull. civ.*, IV, n° 256 ; *Bull. Joly Soc.* 2006, n° 4, § 95, note J.-F. BARBIÈRI ; *D.* 2006, A.J., p. 298, obs. X. DELPECH ; *JCP E,* 2006, n° 1342, note P. GROSSER ; *CCC,* avril 2006, p. 14, note L. LEVENEUR ; *LPA,* 24 juin 2006, p. 17, note S. PRIGENT ; *RLDC*, n° 26, p. 26, obs. I. RIASSETTO ; *Banque et Droit*, 2006, n° 106, p. 60, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Defrénois,* 2006, n° 05, p. 416 s., note E. SAVAUX ; *JCP G,* 2006, jur., n° 10021, note P. SIMLER (2e espèce) ; *Droit et Patr.*, 2006, n° 152, p. 96, obs. L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK ; *Adde* R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc ; I. RIASSETTO, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », *RLDC*, 2006, n° 26, p. 26.

en ajoutant : « je me porte personnellement garant de la parfaite exécution [des engagements issus de la convention] par la société Spac ». Bien entendu, ladite société n'exécuta pas certaines de ses obligations, fut condamnée pour cela, mais fit ensuite l'objet d'une procédure collective.

Le cessionnaire du fonds de commerce assigna fort logiquement le substitué-promettant en paiement des sommes dues, qui fut condamné à son tour par les premiers juges. Pour confirmer cette décision, la cour d'appel retint que : « M. X..., en se substituant la société Spac dans la signature de l'acte de cession et dans l'exécution des opérations prévues au protocole d'accord, s'est porté garant de la signature des engagements qu'il avait initialement lui-même contractés » et en déduisit que « cette garantie ne peut s'analyser comme un engagement accessoire à l'engagement principal et donc comme un cautionnement, l'engagement principal ayant été contracté par M. X..., mais doit s'analyser comme une promesse de porte-fort, le contractant promettant l'exécution de son propre engagement par un tiers ».

224. La nature de l'engagement : une substitution – Avant d'étudier la solution adoptée par la Chambre commerciale, il faut remarquer l'étrange définition que les juges du fond donnent du porte-fort. Il s'agirait de promettre l'exécution de son propre engagement par un tiers. Cette présentation n'est pas exacte. Lorsque le tiers accomplit le fait promis, cela permet *ipso facto* au promettant d'exécuter une obligation qui lui était propre : rapporter ledit fait. Mais l'obligation principale et celle du promettant, si elles sont exécutées simultanément, restent distinctes. Ce que disent ici les juges du fond, c'est que le porte-fort permettait au promettant de faire exécuter par un tiers l'obligation même dont il était le débiteur à l'origine.

En effet, le pseudo-promettant était tenu d'un réseau d'obligations issu d'un protocole d'accord auquel il était partie ; il s'en est ensuite retiré, et un tiers a pris sa place au sein de ce réseau, dont il est devenu le nouveau débiteur. Mme Riassetto insista sur ce point, et proposa une qualification qui semble bien plus adéquate : la faculté de substitution[546]. Celle-ci a été définie par un auteur comme « l'opération par laquelle une personne, le substitué, met en œuvre une obligation née entre deux autres personnes, le substituant et une personne qui n'est pas modifiée, l'insubstitué, sans que le substituant ne disparaisse entièrement du rapport juridique et de telle sorte que le substitué et l'insubstitué soient directement liés entre eux »[547]. Mme Riassetto observe que : « Le substituant n'est pas juridiquement un garant, car il est "maintenu dans le rapport juridique et est, à ce titre, responsable de la bonne exécution de l'obligation". Il ne pourrait en être autrement que s'il a été expressément déchargé »[548].

De deux choses l'une : soit la formule de la personne physique « je me porte garant » est interprétée comme une manière maladroite de signifier que la substitution s'opérera sans décharge, soit il faut comprendre qu'il y a décharge puis immédiatement engagement en qualité de garant. Mais, même dans cette seconde hypothèse, l'auteur a raison de faire observer que rien en l'espèce ne permettait

[546] I. RIASSETTO, art. préc., n° 15 s.
[547] E. JEULAND, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.*, 1998, chron., p. 356.
[548] I. RIASSETTO, art. préc., n° 16. La citation intercalée est de E. JEULAND, *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préf. L. CADIET, LGDL, Bibliothèque de droit privé, t. 318, 1999, n° 369.

d'affirmer que la garantie fournie était un porte-fort d'exécution plutôt qu'un classique cautionnement. Une conclusion s'impose alors : le mécanisme du porte-fort n'est entré dans la discussion qu'à la suite d'une erreur de qualification commise par les juges du fond.

225. La qualification retenue par la Cour : un porte-fort d'exécution – Cela, la Cour de cassation ne le relèvera pas. Si elle marque son désaccord avec l'arrêt d'appel, c'est via un tout autre raisonnement, opéré en deux temps sous le visa des articles 1120 et 1134 du Code civil.

Premier temps : « Attendu que celui qui se porte fort pour un tiers en promettant la ratification par ce dernier d'un engagement est tenu d'une obligation autonome dont il se trouve déchargé dès la ratification par le tiers, tandis que celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même ».

Deuxième temps : « Attendu qu'en condamnant ainsi M. X... à garantir l'exécution de l'opération après avoir retenu, dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interprétation, que sa garantie ne pouvait s'analyser comme un engagement accessoire, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Cet arrêt constitue donc un curieux reflet inversé de l'arrêt de la Première chambre civile du 25 janvier 2005[549], dans lequel la Cour se trouvait probablement face à un porte-fort d'exécution, sans le remarquer. Ici, elle en invente un qui n'existe pas. Suprême injure faite à ce mécanisme : c'est une espèce dans laquelle il n'apparait pas qui va servir de prétexte pour l'évincer de la pratique juridique française[550].

226. Le régime retenu par la Cour : celui du cautionnement – Le raisonnement de la Chambre commerciale repose sur une distinction entre le porte-fort classique, qui serait « autonome », et le porte-fort d'exécution, qui serait « accessoire ». Il faut aussitôt remarquer que, contrairement à ce qui a parfois été affirmé[551], cet arrêt ne semble pas en contradiction avec celui de la Première chambre civile qui, ainsi que cela a été exposé, n'accolait le qualificatif d'autonome qu'à ce qu'elle croyait être un porte-fort de ratification[552]. Dire que le porte-fort de ratification est autonome n'a d'ailleurs pas grand sens : « [...] l'engagement du porte-fort de ratification ne peut pas être autonome, à proprement parler, sauf à dire qu'il est indépendant de l'obligation d'une autre personne qui n'existe pas encore », et il eût été préférable de parler d'engagement personnel[553], ou d'obligation propre. La Cour procède ainsi à une distinction entre porte-fort de ratification et d'exécution, qui auraient des natures juridique et, partant, des régimes distincts. Cela

[549] V. *supra*, n° 217.
[550] *Contra* J.-F. BARBIÈRI, note préc., qui considère qu'il y avait ici un porte-fort de ratification doublé d'un porte-fort d'exécution. C'est l'analyse que nous proposions pour l'arrêt de la Première chambre civile du 25 janvier 2005 (V. *supra*, n° 218), mais les termes employés s'y prêtaient : « obliger la SCI à faire face à ses obligations ». Rien de tel ici, il est seulement question de « se porter garant », ce qui ne permet pas d'éliminer le cautionnement si l'on opte pour le raisonnement de la substitution libératoire suivie d'une garantie.
[551] P. SIMLER, note préc. : « On ne peut concevoir opposition plus radicale ».
[552] V. *supra*, n° 219. En ce sens : E. SAVAUX, note préc., p. 420.
[553] N. RONTCHEVSKY, obs. préc.

revient, contrairement à l'adage, à distinguer là où la loi ne distingue pas : autant cesser, dès lors, de rattacher cette nouvelle sûreté personnelle à l'article 1120 du Code civil.

La position des hauts magistrats a été défendue ainsi : « S'agissant [...] d'une garantie d'exécution de l'engagement contracté par un tiers, il relève de l'évidence qu'elle est accessoire, en ce sens qu'elle n'a vocation à jouer que si le tiers n'exécute pas lui-même parfaitement des obligations valablement contractées et efficientes »[554]. S'il faut entendre, par « accessoire », le caractère renforcé du cautionnement, cela n'a rien d'évident : les garanties indemnitaires satisfactoires sont des garanties d'exécution qui, pourtant, n'obéissent pas aux règles qui sont l'apanage du cautionnement. Car l'affirmation de cet auteur revient alors à dire qu'il ne peut exister de garantie d'exécution autre que le cautionnement lui-même. C'est finalement le résultat que semble vouloir atteindre la Cour, qui ne se contente pas de qualifier l'engagement du porte-fort d'exécution d'accessoire, mais affirme qu'il s'agit de satisfaire à l'engagement principal si le débiteur principal n'y satisfait pas lui-même : chacun aura reconnu ici l'article 2288 du Code civil.

Il faut alors inévitablement poser une question : « Pourquoi consacrer clairement, au visa de l'article 1120 du Code civil, la figure du porte-fort d'exécution, en le distinguant de celle, traditionnelle, du porte-fort de ratification, si c'est pour lui retirer immédiatement toute spécificité ou toute originalité par rapport au cautionnement ? »[555]. Le même auteur doit être approuvé lorsqu'il écrit : « La chambre commerciale ne pouvait pas rester ainsi au milieu du gué : elle devait choisir »[556].

227. Le champ d'application de l'art. 1326 C. civ. – L'arrêt contenait une deuxième partie, dont l'importance ne doit pas être négligée. La Cour de cassation estime que, en adoptant la décision qui fut la sienne « sans rechercher si les actes, dont elle déduisait l'engagement de M. X... de garantir l'exécution de ses obligations par la société Spac, contenaient une mention manuscrite de sa part exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'il avait de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision ». Cet attendu figure sous le visa de l'article 1326 du Code civil, texte qui exige, en cas d'engagement unilatéral de payer une somme d'argent ou de fournir des choses fongibles, une mention manuscrite libellée en chiffres et en lettres[557]. Il a été rappelé tout au long de ces développements que le promettant contracte une obligation de faire : les défenseurs du mécanisme en déduisent que l'article 1326 ne lui est pas applicable[558]. Tous les auteurs ont pourtant déduit de cet attendu que la Cour de cassation exige la présence d'une mention manuscrite en cas de souscription d'un porte-fort d'exécution. M. Leveneur estime que cela est justifié, puisque « le porte-fort d'exécution s'engage à indemniser – ce qui consiste à payer une somme à titre d'indemnité [...] »[559].

---

[554] J.-F. BARBIÈRI, note préc., n° 4. Dans le même sens : L. LEVENEUR, obs. préc.
[555] P. GROSSER, note préc., p. 410, *in fine*.
[556] *Ibid.*, p. 412.
[557] V. *supra*, n° 179.
[558] V. par ex. P. SIMLER, note préc., p. 317, *in fine ;* I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-62. La jurisprudence avait d'ailleurs jugé en ce sens : V. *supra*, n° 211.
[559] L. LEVENEUR, obs. préc.

Mais ce serait oublier que la Cour vient de nier une telle originalité à l'engagement, le transformant en pseudo-cautionnement. Il serait donc cohérent avec le premier attendu que les hauts magistrats, après avoir fait du porte-fort d'exécution un cautionnement bis, le soumettent aux mêmes sujétions.

Une remarque tout de même : le premier attendu notait que la cour d'appel, « dans l'exercice de son pouvoir souverain d'interprétation », avait qualifié l'engagement de non-accessoire. La Haute juridiction avait alors mis en œuvre le syllogisme suivant : l'engagement contenu dans l'acte n'était pas accessoire ; or, le porte-fort d'exécution est un engagement accessoire de se substituer au débiteur principal ; c'est donc que l'engagement contenu dans l'acte n'était pas un porte-fort d'exécution. Peut-on ensuite, dans le même temps, reprocher à la cour d'appel de n'avoir pas recherché la mention de l'article 1326 C. civ. ? Alors que venait de lui être reconnu le pouvoir souverain de décider qu'il ne s'agissait pas d'un engagement accessoire ? Il pouvait sembler, dès lors, qu'il y avait plutôt là une extension aux garanties même non accessoires de l'exigence que le garant rédige « une mention manuscrite de sa part exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'il avait de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite ».

Plus vraisemblablement, cette présentation surprenante s'explique par les particularités de la technique de cassation, et le deuxième attendu, oubliant momentanément les conclusions tirées dans le premier, signifie : « l'engagement eût-il été un porte-fort d'exécution, comme la cour d'appel le prétendait, qu'il eût fallu lui appliquer l'article 1326 du Code civil ».

228. Méfiance envers les nouvelles sûretés personnelles – Pourquoi la Chambre commerciale a-t-elle opté, entre la requalification et la consécration véritable, pour une improbable « troisième voie »[560] ? L'explication suivante a été avancée : « Aucun auteur n'ayant jamais affirmé que le porte-fort d'exécution constitue une garantie accessoire, il est raisonnable de penser que la Cour de cassation n'a pas dénaturé gratuitement cette garantie en retenant cette qualification. La solution s'inscrit vraisemblablement dans le cadre du débat sur le point de savoir si la pratique peut créer des sûretés personnelles qui n'offrent pas au garant les protections données par le législateur à la caution et même, désormais, au garant autonome »[561]. Le constat que le mécanisme ne présente pas d'originalité conceptuelle aurait certainement conduit à une requalification sans faiblesse. Elle n'a pas eu lieu : c'est donc que l'engagement doit présenter un profil distinct, mais receler des dangers que l'on souhaite combattre. Il n'offre pas la même protection que le cautionnement, c'est un fait. Mais, si au sein des mesures de faveur dont jouit la caution, il faut refuser que soient écartées celles qui relèvent du caractère accessoire renforcé, cela revient à empêcher toute autre sûreté personnelle que le cautionnement d'exister. Personne ne prétend que c'est bien la volonté de la Cour. C'est donc qu'il s'agissait d'éviter, comme le note M. Rontchevsky, que soient éludées les protections qui profitaient classiquement à la caution, mais qui ne sont pas liées à son essence. Or, elles pourraient être étendues aux autres sûretés

[560] P. GROSSER, *loc. cit.*
[561] N. RONTCHEVSKY, obs. préc.

personnelles, y compris aux garanties indemnitaires, ainsi qu'il a été démontré[562] : à preuve, certaines d'entre elles ont déjà été étendues aux garanties autonomes.

Il faut donc condamner ce qu'un auteur a élégamment qualifié de « consécration en forme de requiem »[563]. Du reste, dès les premiers accords, la mélodie funèbre semble familière : c'est celle que le législateur, agissant par voie d'ordonnance, a joué en l'honneur des lettres d'intention, dont la consécration causera probablement la perte[564]. L'instrumentiste seul a changé. Il y a là, assurément, une marque du malaise du droit français des sûretés personnelles face aux créations de la pratique, qu'on ne combat pas de front, mais dont on empêche pourtant le développement. Quel praticien voudra conseiller à son client de stipuler un porte-fort d'exécution après un tel arrêt ? Il s'y risquerait d'autant moins que cette décision a, depuis, été confirmée.

b. La confirmation : l'arrêt du 18 décembre 2007

229. Le contexte – Les faits qui étaient soumis à la Chambre commerciale, à l'occasion d'un arrêt du 18 décembre 2007[565], étaient fort simples. Une société AT avait confié à une société EFI la mission de préparer l'introduction de son action en bourse. M. X., dirigeant et principal actionnaire de la société AT, se porta fort du règlement à EFI de ses honoraires. Il s'agissait donc, cette fois-ci sans ambiguïté possible, de l'utilisation d'un porte-fort d'exécution pour la garantie du paiement d'une somme d'argent, en lieu et place d'un cautionnement.

La société AT ayant été placée en redressement puis en liquidation judiciaires sans avoir réglé la totalité des sommes dues, la société EFI se retourna vers M. X et demanda qu'il soit « condamné à lui payer le solde de ses honoraires ». Elle obtint gain de cause, et M. X. fit grief à l'arrêt d'appel de cette décision, en soulignant « que l'obligation de faire se résout en dommages-intérêts ; que le porte-fort s'oblige à obtenir du débiteur qu'il exécute son obligation ; qu'il n'est pas tenu en ses lieu et place ». Ainsi, il n'était pas justifié de le condamner à se substituer à la société AT, « quand il ne pouvait être tenu que de réparer les conséquences de la défaillance de cette dernière ».

230. Une solution réaffirmée – L'intérêt de l'arrêt est manifeste : la qualification est cette fois-ci évidente ; la volonté des parties d'opter pour le porte-fort, expressément affirmée ; les arguments du pourvoi reprennent parfaitement la construction doctrinale favorable aux garanties indemnitaires. Et pourtant, la Chambre commerciale de la Cour de cassation reste inflexible, et oppose au demandeur au pourvoi le même attendu de principe qu'elle avait utilisé en 2005 : « celui qui se porte fort de l'exécution d'un engagement par un tiers s'engage accessoirement à l'engagement principal souscrit par le tiers à y satisfaire si le tiers ne l'exécute pas lui-même »[566].

---

[562] V. *supra*, n° 183 s.
[563] Tel est l'intitulé de la note de P. GROSSER, préc.
[564] Du moins sous une certaine forme : V. *supra*, n° 90 s.
[565] Cass. com., 18 déc. 2007, pourvoi n° 05-14328, inédit : *JCP G*, 2008, I, 151, n° 13, obs. P. SIMLER ; *Banque et Droit*, mars-avr. 2008, p. 43, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RJDA*, 4/2008, n° 365.
[566] Un auteur a fait remarquer que : « L'arrêt rapporté a été rendu par une formation restreinte de trois conseillers et ne sera pas publié au *Bulletin civil,* ce qui laisse entendre que, du point de vue de la Haute juridiction, la solution retenue va de soi » (N. RONTCHEVSKY, obs. préc., p. 44).

Il a déjà été exposé qu'une telle position, qui ne choisit pas entre le courage de la requalification et l'audace de la consécration, doit être désapprouvée. Il faut ajouter que, entre l'arrêt précédemment rendu et celui-ci, l'ordonnance du 23 mars 2006 avait consacré les lettres d'intention au sein du Code civil[567], ce qui aurait dû obliger la Cour à reconnaître l'originalité d'un engagement de faire contracté au soutien du débiteur principal. La Cour comptait-elle appliquer l'article 2322 du Code civil uniquement lorsqu'une société mère soutient sa filiale ? Il a déjà été relevé que ce serait ajouter au texte une condition qu'il ne contient pas[568], et n'irait pas sans poser de graves problèmes de prévisibilité : toute société sera-t-elle admise à soutenir toute autre par ce moyen, ou faudra-t-il caractériser entre elles une communauté d'intérêts, si oui par quels moyens ? Faut-il, autre possibilité, comprendre que la Cour entend reconnaître à l'avenir uniquement les engagements comportementaux, et accoler de force le régime du cautionnement à tout engagement satisfactoire ? Dernière interprétation, qui n'est pas la moins absurde : la Cour n'entendrait pas réserver les lettres d'intention aux seuls garants personnes morales, mais il eût fallu en l'espèce utiliser ce vocable et non celui de « porte-fort » ?

Peut-être est-ce pour ces raisons que la Chambre commerciale a décidé récemment de revenir sur sa position.

c. Le revirement : l'arrêt du 18 juin 2013

231. Le contexte – Les faits à l'origine de cette affaire furent relatés très sobrement par la Chambre commerciale de la Cour de cassation. Un homme s'était porté fort « du respect, par la société […] dont il était le gérant, des clauses et conditions du contrat » conclu avec une autre société. Le contrat principal n'ayant pas été exécuté correctement, le porte-fort fut assigné en exécution de son engagement. La Cour d'appel d'Orléans décida cependant que le dirigeant s'était « engagé, accessoirement à l'engagement principal souscrit [par sa société], à y satisfaire si elle ne l'exécutait pas elle-même ». Les juges du fond faisaient ainsi preuve d'une parfaite fidélité à la jurisprudence du 13 décembre 2005[569]. Ils s'y conformèrent tout autant en décidant que l'article 1326 du Code civil aurait dû être respecté : le garant devait rédiger « une mention manuscrite exprimant, sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'il [avait] de la nature et de l'étendue de l'obligation souscrite ».

232. La solution retenue : originalité du porte-fort – Contre toute attente, la Chambre commerciale censure cette décision, si conforme pourtant aux principes qu'elle avait antérieurement posés. Sous le double visa des articles 1120 et 1326 du Code civil, elle affirme « qu'il résulte du premier de ces textes, que l'engagement de porte-fort constitue un engagement de faire, de sorte que le second ne lui est pas applicable »[570]. Du point de vue des qualifications, cela signifie que le porte-fort

[567] V. *supra*, n° 88 s.
[568] V. *supra*, n° 105 s.
[569] V. *supra*, n° 223 s.
[570] Cass. com., 18 juin 2013, n° 12-18890, à paraître au Bulletin : *Gaz. Pal.*, 10 oct. 2013, p. 18, obs. D. HOUTCIEFF ; *JCP G*, 2013, 260, note G. MÉGRET ; *RLDC*, sept. 2013, p. 35, obs. C. GIJSBERS ; *RLDC,* oct. 2013, p. 30, obs. I. RIASSETTO ; *LEDC*, 4 sept. 2013, p. 3, obs. S. PELLET ; *Bull. Joly Soc.*, 2013, p. 540, obs. J.-F. BARBIÈRI ; *Banque et Droit*, juill.-août 2013, p. 40, obs. N. RONTCHEVSKY ;

recouvre son unité, et cesse d'être artificiellement scindé entre un porte-fort de ratification dont l'originalité serait acceptée, et un porte-fort d'exécution qui, quoique fondé sur le même article 1120 du Code civil, serait opportunément mué en cautionnement. Du point de vue du régime, corrélativement, l'attractivité de la sûreté est restaurée. Cette décision en fournit un aperçu : non seulement le porte-fort d'exécution échappe au lourd formalisme imposé dans la plupart des cautionnements par le Code de la consommation, mais même l'article 1326 du Code civil se trouve ici sans application. Mais alors, le garant est-il nu ? Sera-t-il livré à l'appétit des créanciers sans être aucunement protégé, sans qu'on cherche notamment à savoir s'il a compris la portée de son engagement ? Nous avons cherché à démontrer que le droit commun fournit des instruments permettant de veiller sur les garants personnels, sans nécessairement en faire des cautions[571].

Il faut combattre une vision binaire des sûretés personnelles, dans laquelle le cautionnement représente un havre de paix, tandis que les autres garanties sont présentées comme ouvertes à tous les abus de la part des bénéficiaires. C'est sans doute cette crainte qui a poussé la Chambre commerciale de la Cour de cassation à repousser le porte-fort d'exécution dans un premier mouvement, avant de se raviser.

Il est ainsi souhaitable que les garanties indemnitaires ne soient pas rejetées au seul motif d'une « institutionnalisation du cautionnement ». Encore faut-il, pour mériter une place en droit français des sûretés, qu'elles démontrent une véritable originalité conceptuelle.

SECTION 2
CRITIQUES FONDÉES SUR L'ABSENCE D'ORIGINALITÉ DU CONTRAT INNOMMÉ

> « 20 août - À Oxford, grande émotion. On a découvert qu'un des "dons" avait un chat, or les chats sont interdits à l'université, non les chiens. On a demandé au "don" de se séparer de son chat. Il a refusé avec une véhémence telle qu'il a fallu réunir un conseil pour décider de la conduite à suivre. Cela a duré cinq heures. Finalement il a été décidé que le chat serait nommé "chien honoraire" et la paix est revenue ».
>
> J. GREEN, *Journal 1978-1981, La Lumière du monde*, éd. du Seuil.

233. Critère décisif pour l'admission de l'innommé – Il ressort des travaux de M. Terré sur la liberté individuelle en matière de qualifications[572] que, pour savoir si un contrat innommé mérite d'accéder à la vie juridique, le caractère plus ou moins impératif du contrat nommé le plus proche doit être mesuré. Mais cette première opération n'est utile que pour savoir avec quelle sévérité doit être apprécié le critère principal : celui de la nouveauté véritable, de l'originalité de ce contrat innommé[573].

RTD. civ., 2013, p. 653, obs. P. CROCQ ; *Adde* J.-D. PELLIER, « L'obligation du porte-fort de l'exécution », *D.*, 2013, p. 2561.

[571] V. *supra*, spéc. n° 195 s.

[572] F. TERRÉ, thèse préc., n° 559 s.

[573] V. *supra*, n° 169.

Lors de la première étape, il est apparu que le cautionnement peut être distingué de la plupart des règles protectrices de la partie faible qui lui sont généralement associées, à l'exception du noyau dur constituant le caractère accessoire renforcé, ce qui diminue d'autant son caractère impératif.

Il faut donc procéder à présent à la mesure de l'originalité des garanties indemnitaires. Certains estiment qu'elle est réelle. Pour eux, la Chambre commerciale de la Cour de cassation, dans son arrêt du 13 décembre 2005[574], avait suivi la méthode décrite par Julien Green, en nommant le porte-fort d'exécution « cautionnement honoraire » pour lui appliquer certaines règles, nonobstant sa nature singulière. Pour d'autres, en revanche, le porte-fort d'exécution n'est qu'un chien auquel on a appris à miauler, et l'artifice ne devrait tromper personne.

234. Plan – Car c'est le porte-fort d'exécution qui, au sein des garanties indemnitaires, concentre toutes les critiques sur le plan de l'originalité, plus particulièrement lorsqu'il garantit une obligation principale en argent (I). Ces critiques prennent appui sur le mouvement contemporain de remise en cause de la responsabilité contractuelle (II).

I. L'objet des critiques : le porte-fort d'exécution d'une obligation monétaire

235. Plan – L'originalité des garanties indemnitaires doit être appréciée d'un double point de vue. Elle varie selon l'obligation du garant (A), mais aussi selon l'obligation garantie (B).

A. L'originalité par rapport au cautionnement, fonction de l'obligation du garant

236. Plan – Si l'originalité des garanties indemnitaires comportementales est volontiers admise (1), il n'en va pas de même des garanties indemnitaires satisfactoires (2).

1. L'originalité admise : les garanties comportementales

237. Originalité reconnue par la jurisprudence et la doctrine – C'est en matière de lettres d'intention que la Cour de cassation a eu à examiner des garanties indemnitaires comportementales. Elle en a nettement reconnu l'originalité, admettant « qu'offrir son concours » au bénéficiaire n'est pas « s'engager à se substituer » au débiteur principal[575]. Il est difficile d'imaginer comment un engagement de maintenir sa participation dans une filiale, de lui consentir une avance en compte courant ou de surveiller sa gestion pourrait être rapproché d'un

[574] V. *supra*, n° 222 s.
[575] Cass. com., 9 juill. 2002, pourvoi n° 96-19953 : *Bull. civ.*, IV, n° 117 ; *JCP G*, 2002, I, 188, n° 9, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *JCP E*, 2003, 234, note G. FERREIRA ; *D.*, 2002, somm., p. 3222, obs. L. AYNÈS ; *D.*, 2003, p. 545, note B. DONDERO. V. *supra*, n° 76.

cautionnement. Aussi, même les plus farouches adversaires des garanties indemnitaires reconnaissent-ils l'originalité de ces engagements[576].

238. Aux frontières du concept de sûreté ? – À vrai dire, si ce type d'engagements doit susciter une question, ce serait plutôt celle de leur trop grande originalité. Est-on encore face à une sûreté, à proprement parler ? Certes, l'heure est à l'utilisation d'une définition fonctionnelle plutôt que technique de cette notion[577]. Mais ont par exemple été qualifiées de « pseudo-sûretés »[578], les sûretés négatives, concept qui peut être rapproché de certaines garanties indemnitaires comportementales, celles qui appellent un comportement abstentionniste. « L'expression "sûretés négatives" est une appellation officieuse que la doctrine utilise pour embrasser diverses formules contractuelles restreignant la liberté d'action du débiteur ou l'astreignant à renseigner le créancier de façon à accroître les chances de paiement »[579]. Il s'agira souvent de limites que le débiteur principal accepte de se fixer dans la gestion de son patrimoine : inaliénabilité de certains biens, engagements de ne pas faire tels que « ne pas hypothéquer, ne pas consentir de bail ou souscrire de crédit-bail, ne pas contracter d'emprunt ou souscrire de cautionnement, ne pas réduire sa participation dans le capital d'une société »[580]. L'expression recouvre aussi, par facilité, des engagements plus positifs, mais réduisant la liberté d'action du débiteur, tels que « domicilier ses traitements et salaires auprès de la banque prêteuse » ou lui consentir un « droit de regard »[581]. Quelle qualification peuvent revêtir de telles obligations ? « Ces engagements sont assurément de nature à accroître la sécurité du créancier et s'apparentent, ainsi, à une forme de sûreté réelle, puisqu'ils portent sur le patrimoine du débiteur. Ils ne constituent cependant pas de véritables sûretés de cette nature, non seulement parce qu'ils ne confèrent à leur bénéficiaire aucun droit de préférence, mais encore parce qu'ils sont précisément, le cas échéant, exclusifs de la constitution de sûretés »[582].

Toutefois, la question se pose en termes différents s'agissant des garanties indemnitaires comportementales. Il faut préciser que les obligations comportementales qu'on tendrait à qualifier elles aussi de « négatives » peuvent être de deux sortes. Tout d'abord, le garant peut restreindre sa propre liberté d'action : c'est une hypothèse classique en matière de lettres d'intention, par exemple lorsqu'il promet de ne pas diminuer sa participation dans une filiale. Ensuite, le garant peut promettre que le débiteur principal lui-même s'abstiendra d'user de certaines libertés, auquel cas il s'agit d'un porte-fort d'abstention, ou plus généralement d'un porte-fort de fait quelconque. Peuvent être transposés ici tous les engagements décrits habituellement comme des sûretés négatives souscrites directement par le débiteur principal, à cette différence près : c'est le garant qui promet que le débiteur principal se pliera à ces sujétions. Il semble alors que les garanties indemnitaires comportementales se subdivisent en deux sous-catégories, selon que le garant promet son propre

[576] Ainsi P. DUPICHOT, dont on aura compris qu'il se livre à une attaque structurée de la « faible originalité intrinsèque de la notion de garantie indemnitaire » (thèse préc., n° 382 s.), reconnaît l'originalité tant des obligations comportementales de moyens (n° 411) que de résultat (n° 413).
[577] V. *supra*, n° 7.
[578] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, p. 477.
[579] *Ibid.*, n° 628.
[580] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 33.
[581] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 320.
[582] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *loc. cit.*

comportement, ou un comportement du débiteur qui n'est pas l'exécution pure et simple de l'obligation principale.

Dans les deux cas, si la promesse n'est pas tenue, un second patrimoine viendra s'ajouter à celui du débiteur principal pour répondre, non pas de la dette elle-même, mais des atteintes portées au préjudice du bénéficiaire : il s'agit bien d'une sûreté, de nature personnelle[583].

Ces engagements sont incontestablement originaux par rapport au cautionnement. En va-t-il de même de l'engagement de rapporter l'exécution de l'obligation principale ?

2. L'originalité contestée : les obligations satisfactoires

239. Délimitation des garanties indemnitaires satisfactoires – Il vient d'être exposé qu'il est possible de se porter fort que le débiteur principal adoptera une attitude de nature à augmenter les chances d'exécution de sa dette : il semble s'agir d'une garantie comportementale. Que faut-il penser, en revanche, de ce qu'un auteur a appelé des « obligations satisfactoires de moyens »[584], comme l'engagement de faire tout son possible pour que le créancier reçoive son dû ? Il a déjà été démontré que cette notion est un mirage, car le garant qui voudra s'exécuter, ou le juge qui devra décider si l'engagement a été exécuté, devront se demander quels étaient les moyens dont le bénéficiaire pouvait raisonnablement attendre la mise en œuvre. Il ne s'agit donc que d'une obligation comportementale déguisée. Constitue seul un véritable engagement de garant indemnitaire satisfactoire celui qui équivaut au porte-fort d'exécution. Le garant promet alors au créancier que la dette principale sera réglée.

240. Le porte-fort d'exécution, garant influent ? – Réalisant une synthèse des travaux de la société Jean Bodin sur l'histoire comparée des sûretés personnelles[585], M. Gilissen tente de classer les différents garants personnels selon leur finalité, et propose une catégorie intitulée « le garant influent » : « Dans ce type de sûreté personnelle, le rôle du garant consiste à exercer une influence sur celui qui doit faire ou ne pas faire quelque chose au profit du bénéficiaire de cette obligation. Le garant ne promet donc pas d'exécuter lui-même la prestation ; son intervention est limitée à user de son influence pour convaincre le garanti à exécuter ses engagements, à respecter sa promesse »[586].

Une étude des engagements utilisés en Lorraine au 13ème siècle révèle que, parmi les différents moyens utilisés pour mettre en place un garant influent, figure « la promesse de porte-fort »[587]. Il est encore précisé que : « La promesse de porte-fort peut être vague : faire tout ce qui est en son pouvoir pour que le débiteur

---

[583] En ce sens, V. par ex. C. GINESTET, « La qualification des sûretés », *Defrénois*, 1999, art. 36927 et 36940, n° 21.
[584] V. *supra*, n° 82.
[585] J. GILISSEN, « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, essai de synthèse générale » *in Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XXVIII, *Les sûretés personnelles*, *partie 1*, éd. de la Libraire encyclopédique, 1969-1974, p. 5.
[586] P. 61.
[587] *Ibid.*, p. 62 et J. COUDERT, « Les sûretés personnelles en Lorraine du XIIIe siècle à la fin du Moyen Âge », *in Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XXIX, *Les sûretés personnelles*, partie 2, éd. de la Librairie encyclopédique, 1969-1074, p. 153, V. p. 167 s.

s'exécute ; ce peut être une pression morale, qui sera d'autant plus forte que le lien de dépendance entre garant et garanti sera plus effectif. Mais ce peut aussi être la force, comme par exemple le comte de Champagne qui en 1231, s'engageant comme caution d'une promesse du duc de Lorraine envers les bourgeois de Neufchâteau, promet d'intervenir par la force pour en faire remettre en liberté les bourgeois arbitrairement arrêtés [...] »[588].

Il appert toutefois que promettre d'exercer des pressions morales, ou, à l'époque, promettre d'user de la force, c'est promettre un comportement. S'engager à faire « tout ce qui est son pouvoir », c'est souscrire une obligations satisfactoire de moyens, et donc encore promettre un comportement. Cela ne correspond pas à l'actuel porte-fort d'exécution. L'héritier contemporain du plège influent, c'est le garant indemnitaire comportemental.

241. Rejet de l'influence comme critère de distinction d'avec le cautionnement – Il faut l'admettre : l'originalité du porte-fort d'exécution par rapport au cautionnement ne doit pas être recherchée dans l'influence exercée sur le débiteur principal[589]. Sans doute, la plupart du temps, si l'on promet de rapporter l'exécution de la dette principale, c'est bien qu'on pense pouvoir exercer des pressions sur le débiteur principal. Mais ces pressions peuvent très bien s'avérer infructueuses, et peu importe qu'elles aient été exercées : cela ne diminuera en rien la responsabilité du promettant. Il faut aller plus loin, et envisager que le promettant se soit engagé tout en sachant qu'il n'avait à sa disposition aucun moyen de pression efficace. Ce n'est pas une condition de validité de sa promesse. Dans ce cas, le promettant se tiendra prêt au cas où l'inexécution serait ensuite constatée.

Et pourquoi pas ? Si le bénéficiaire sait que le garant dispose de moyens privilégiés d'influer sur le débiteur principal et qu'il est prêt à se contenter de leur mise en œuvre, il n'y a qu'à mettre en place une garantie comportementale. La promesse d'exécution va plus loin : elle permet de ne pas se poser la question des moyens de pression ; mais, s'ils existent, le bénéficiaire peut être certain qu'ils seront mis en œuvre[590]. C'est tout autant le cas en matière de cautionnement, comme le rappelle M. Gilissen, qui explique que « dans la pratique romaine de l'époque de Cicéron, le cautionnement était surtout un moyen de pression sur le débiteur, tendant à le contraindre de s'exécuter »[591]. Les garants satisfactoires tenteront toujours de convaincre le débiteur principal de s'exécuter s'ils le peuvent. C'est vrai tant pour la société mère ayant conforté sa filiale par l'envoi au créancier d'une lettre d'intention, que pour le père de famille cautionnant les dettes de loyers de ses enfants. Cela ne signifie pas que les garanties indemnitaires satisfactoires se confondent avec le cautionnement, mais le critère de distinction n'est pas là[592]. Il faut donc aller plus

[588] *Ibid*. Le terme « caution » doit être pris dans un sens très large et vieilli, non dans le sens technique de droit positif, sans quoi l'exemple n'aurait aucun sens.

[589] *Contra* G. FERREIRA, thèse préc., n° 144, qui souligne « le rapport d'influence qui sous-tend l'engagement du porte-fort ».

[590] En ce sens : M. MIGNOT, *Droit des sûretés*, Montchrestien, coll. Cours, 2e éd., 2010, n° 719 : « Si une telle influence est exercée, elle demeure à l'état de pur fait et n'entre pas dans le champ contractuel de la promesse de porte-fort ». Cette analyse doit être approuvée, mais non la conclusion de l'auteur, selon laquelle le porte-fort d'exécution se confond avec le cautionnement (n° 720).

[591] *Ibid.*, p. 63. L'affirmation est basée sur des travaux, cités par l'auteur, de J. MACQUERON.

[592] *Contra* P. SIMLER, *op. cit.*, qui affirme, à propos d'une garantie indemnitaire satisfactoire contenue dans une lettre d'intention, ce qui équivaut à un porte-fort d'exécution : « On peut souligner aussi que cet

loin dans l'analyse, et l'on s'aperçoit alors que les auteurs distinguent selon la nature de l'obligation principale dont l'exécution est promise.

B. L'originalité par rapport au cautionnement, fonction de l'obligation garantie

242. Plan – Au sein des garanties indemnitaires, c'est donc l'originalité des obligations satisfactoires qui est remise en question, non celle des obligations comportementales. Encore faut-il préciser que la garantie d'exécution des obligations de faire et de ne pas faire est peu contestée (1). C'est la promesse d'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent qui concentre le feu des critiques (2).

1. L'originalité admise : la garantie des obligations de faire et de ne pas faire

243. Le prétendu cautionnement d'une indemnité – Il est traditionnellement enseigné que : « Le cautionnement d'une obligation de faire (autre que de payer) ou, *a fortiori*, de ne pas faire présente la particularité que la caution ne peut être tenue d'exécuter l'obligation principale aux lieu et place du débiteur. L'exécution en nature de cette obligation, à supposer que son obtention par voie judiciaire soit concevable (v. C. civ., art. 1142), ne peut être exigée que du débiteur lui-même. La caution, même solidaire, ne peut alors être tenue que d'une exécution en équivalent. La garantie, en d'autres termes, porte moins sur l'obligation principale elle-même que sur celle d'indemniser le créancier garanti en cas d'inexécution par le débiteur »[593].

Mais alors, le cautionnement n'en est plus véritablement un, puisque sa nature est de provoquer la substitution du garant au débiteur principal. C'est pourquoi il a été remarqué que : « Dans cette mesure, le cautionnement d'une obligation de faire paraît bien proche du porte-fort d'exécution »[594]. Il n'y a donc pas, ici, à redouter un manque d'originalité du porte-fort d'exécution par rapport au cautionnement, puisqu'à l'inverse, sous le masque du second, se cache en réalité le premier.

244. Le véritable cautionnement d'une obligation de faire – Un auteur a récemment contesté l'analyse classique du cautionnement des obligations de faire en cautionnement d'une indemnité, analyse qui aboutit nécessairement à sa requalification en garantie indemnitaire[595]. Il tire argument des travaux préparatoires du Code civil, démontrant que l'on a modifié la rédaction initialement envisagée de l'article 2011 du Code civil, actuel article 2288. Une première version du texte voulait que la caution « s'oblige envers le créancier à lui payer, à défaut du débiteur,

---

engagement de faire implique de la part de son auteur un rôle actif, tandis que la caution est normalement passive : elle attend... et espère qu'à l'échéance le débiteur garanti paiera » (n° 1001).

[593] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 210. Dans le même sens : C. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. CABRILLAC, éd. Librairies techniques, 1979, n° 18.

[594] J. FRANCOIS, *Droit civil*, ss. la dir. de C. LARROUMET, t. VII, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, n° 484.

[595] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 277.

ce que celui-ci lui doit ». La notion de payement, « à consonance trop "monétaire" », a ensuite été remplacée par celle de satisfaction du créancier, plus neutre[596]. Il faut en déduire que : « Lorsque la dette principale est une obligation de faire, la dette de la caution consiste fort simplement à accomplir cette obligation de faire si le débiteur ne le fait pas lui-même. Partant, en cas de travaux à accomplir, la caution souscrit une dette personnelle d'effectuer les travaux mêmes qui ont été demandés au débiteur principal [...] »[597].

Il faut admettre que cette conception du cautionnement paraît orthodoxe, et l'on ne voit pas pourquoi il serait impossible, par principe, de réclamer l'exécution de l'obligation de faire au garant en pareil cas. Il ne s'agirait pas là d'une douteuse « réparation en nature » dont il a été suggéré qu'elle pouvait être imposée au porte-fort d'exécution, dont l'engagement ne laisse pourtant pas entendre qu'il est prêt à accomplir lui-même la tâche incombant au débiteur principal[598]. Ici, en cautionnant l'obligation principale de faire, le garant veut précisément s'engager à cela. Encore faut-il préciser que cela ne sera pas toujours possible : lorsque l'obligation principale est empreinte d'intuitus personæ, ou lorsqu'elle consiste à ne pas faire. Dans un tel cas, le porte-fort d'exécution semble être la seule possibilité. Remarquons en tout cas que, si cette idée d'un « véritable » cautionnement des obligations de faire est retenue, la distinction avec le porte-fort devient tout à fait nette, et il est d'autant plus aisé d'affirmer l'originalité de cette garantie indemnitaire. Les problèmes de frontière ne se posent véritablement que pour les porte-fort de sommes d'argent.

2. L'originalité contestée : la garantie des obligations monétaires

245. Les réserves de la doctrine – Immédiatement après avoir reconnu l'originalité du porte-fort d'exécution d'une obligation de faire, M. François ajoute : « Si l'obligation de base est pécuniaire, la distinction du porte-fort et du cautionnement est en revanche passablement artificielle. L'obligation du porte-fort est alors de même nature que celle du débiteur. Il n'y a aucune différence entre l'exécution en nature et l'exécution par équivalent à l'égard des obligations de sommes d'argent »[599]. Les propos de M. Libchaber vont dans le même sens : « Il y a [dans la garantie des obligations de faire] un espace de développement du porte-fort qui ne soulèvera aucune objection, qu'elle vienne de la doctrine et des tribunaux [...]. Mais pour être vraiment utile, une sûreté doit garantir les dettes de somme d'argent [...]. Or dans ce cas, il paraît bien difficile d'isoler, de spécifier l'obligation assumée par le promettant »[600]. Que faut-il en penser ?

246. Le « caractère attractif » des obligations principales monétaires – Avant d'aller plus loin dans l'étude de fond de ces arguments, il faut remarquer que

---

[596] V. P.-A. FENET. *op. cit.*, t. 9, p. 27 : la section de législation du Tribunat « remarque que la rédaction présente un caractère limitatif, tandis que la disposition doit être générale. Elle doit embrasser toute espèce d'obligation et d'après l'article il semble que la loi s'applique au seul cas où l'on s'oblige à payer une somme en argent ». C'est elle qui vote la formule : « Celui qui se rend caution d'une obligation se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même ».
[597] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 278.
[598] V. *supra*, n° 138 s.
[599] J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 484.
[600] R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc., p. 789.

nier la spécificité du seul porte-fort d'exécution des obligations monétaires aboutit à un résultat paradoxal. Ainsi, il serait loisible aux parties à un porte-fort d'exécution d'une obligation de faire de stipuler, par exemple, une clause pénale[601]. Elles pourraient même, comme cela est admis en droit suisse, mettre à la charge du promettant des risques exceptionnels, comme la couverture de certains cas de nullité de l'obligation principale[602]. Celui qui garantit une obligation monétaire ne pourrait, en revanche, s'obliger pour un euro de plus que le débiteur principal. Il aurait été libéré, dans l'état du droit antérieur à 2005, en cas de défaut de déclaration de la dette principale à la procédure collective du débiteur.

Qu'est-ce qui justifie cette différence de traitement ? Celui qui garantit qu'un artisan exécutera bien son obligation de repeindre un couloir en blanc pourrait être tenu avec la plus grande rigueur, tandis que celui qui cautionne un emprunt bancaire bénéficierait nécessairement des douceurs de l'accessoire renforcé : un tel résultat ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Le mécanisme de l'accessoire a si bien façonné les esprits que l'on ne parvient pas à imaginer que le garant et le débiteur principal soient tenus de deux obligations différentes exprimées en argent. Une sorte de « caractère attractif » de l'obligation principale monétaire semble l'empêcher, qui attire irrésistiblement à elle l'obligation du garant pour la mouler à sa mesure. En revanche, lorsque l'obligation principale est de faire ou de ne pas faire, et celle du garant une indemnité, chacune est admise à vivre sa vie propre. Nous comparions le porte-fort d'exécution monétaire, forcément requalifié en cautionnement comme privé d'originalité, et le porte-fort d'exécution d'une obligation non monétaire, mais il faut aller plus loin. Le simple garant comportemental peut lui aussi être tenu avec rigueur, sans que cela semble choquer qui que ce soit. Une société mère qui aurait seulement promis de veiller à ce que sa filiale adopte de saines pratiques de gestion pourrait être tenue durement, mais pas celui qui aurait garanti au créancier qu'il obtiendrait satisfaction : un résultat pour le moins paradoxal.

247. L'autonomie conceptuelle du porte-fort monétaire – Si cette assimilation automatique du porte-fort d'exécution monétaire à un cautionnement laisse perplexe sur le plan des résultats, elle peut être dénoncée en amont, sur le plan conceptuel. En effet, « [...] il paraît impossible de retenir une qualification différente selon que le promettant s'est porté fort d'une obligation de faire ou de ne pas faire ou d'une obligation de somme d'argent »[603].

Pourquoi l'obligation de rapporter l'exécution de l'obligation principale pourrait-elle être considérée comme propre et originale dans certains cas, comme empruntée et soumise à l'accessoire renforcé dans d'autres ? Il semble bien que, même en matière monétaire, la caution s'engage à se substituer au débiteur principal, tandis que la réparation due par le promettant est un effet induit de la violation de son engagement. Une sûreté qui fonctionne quand le garant échoue, cet apparent paradoxe n'est-il pas de nature à conserver en toute hypothèse une originalité suffisante au porte-fort d'exécution ?

Pas si l'on considère que les dommages et intérêts contractuels n'existent pas, disent certains. Car les adversaires du porte-fort d'exécution se réclament du

[601] V. *supra*, n° 164 s.
[602] V. *infra*, spéc. n° 492.
[603] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1025.

puissant mouvement contemporain de remise en cause de la responsabilité contractuelle.

II. Le fondement des critiques : la remise en cause de la responsabilité contractuelle

248. Le débat – La responsabilité contractuelle existe-t-elle vraiment ? La question ne manquerait pas de surprendre un étudiant en droit des obligations, tant ce concept est souvent présenté comme un acquis, voire comme un pilier de la matière. Mais la controverse est à présent bien connue en doctrine : elle mobilise les plus belles plumes et les meilleurs esprits[604]. L'une des idées principales des adversaires du concept consiste à dire que les prétendus dommages-intérêts versés à la suite d'une inexécution contractuelle seraient, en vérité, une forme d'exécution du contrat et non une forme de réparation.

Le débat serait décisif en matière de garanties indemnitaires satisfactoires : « Affirmer que la promesse de porte-fort, comme la lettre d'intention, "met en œuvre la responsabilité contractuelle à des fins de garantie" suppose en effet d'admettre que la responsabilité contractuelle n'est pas un "faux concept" »[605]. Faux concept, ou « progrès de la civilisation juridique ? »[606]. Il faut évoquer cette discussion, qui commence par l'analyse du Code civil et de la doctrine classique[607].

---

[604] V. not., **contre la responsabilité contractuelle** : P. LE TOURNEAU (ss. la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 7e éd., 2008, n° 802 s. ; D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD. civ.*, 1994, p. 223 ; « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *in Mélanges Cornu*, PUF, 1994, p. 429 ; P. RÉMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et Cultures*, 1996, n° 31, p. 31 ; « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD. civ.*, 1997, p. 323 ; L. LETURMY, « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD. civ.*, 1998, p. 839 ; **en faveur de la responsabilité contractuelle :** C. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *in Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 543 ; P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, coll. Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, t. 32, 1997, p. 323 ; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920. *Adde* É. SAVAUX, « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD. civ.*, 1999, p. 1, qui prône la prudence avant toute modification substantielle. V. aussi les actes du colloque « Journées Henri, Léon et Jean MAZEAUD. La responsabilité civile », *LPA*, 31/08/06 ; ceux du colloque « Exécution en nature ou par équivalent », *RDC*, 2005, n° 1.

[605] P. GROSSER, note ss. Cass. com., 13 déc. 2005, préc., citant J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 482 puis P. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », art. préc. Dans le même sens : P. DUPICHOT, thèse préc., n° 389 s. ; D. MAZEAUD, « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire », art. préc., n° 15 : « pour qualifier [la lettre d'intention], on a recours au mécanisme de la responsabilité contractuelle, dont l'existence même est fortement remise en question par la doctrine la plus autorisée ».

[606] C. LARROUMET, art. préc., n° 2.

[607] Si l'on veut remonter jusqu'au droit romain, on notera avec intérêt qu'un manuel consacre un chapitre à la « responsabilité contractuelle » : « [...] toute inexécution de son obligation par le débiteur fait naître à sa charge une obligation secondaire, qui a pour objet ce que les juristes romains appellent l'*id quod interest* : l'intérêt qu'avait le créancier de voir l'obligation primaire exécutée correctement. En d'autres termes, cette obligation secondaire, que l'on peut qualifier d'obligation de responsabilité, impose au débiteur de verser au créancier les dommages et intérêts résultant de l'inexécution, de l'exécution tardive ou de l'exécution incorrecte de son obligation primaire » (R. ROBAYE, *op. cit.*, p. 295 s.). D'autres romanistes parlent non seulement de « responsabilité contractuelle », mais aussi de « faute contractuelle » : A.-E. GIFFARD et R. VILLERS, *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, Dalloz, 4e éd., 1976, n° 468 s.

249. La position du Code civil – D'aucuns prétendent que les rédacteurs du Code n'ont jamais voulu que l'on traite l'inexécution du contrat comme un cas de « responsabilité ». Cette matière n'aurait rien à voir avec la responsabilité civile délictuelle, et c'est à tort qu'on l'aurait prise pour modèle. Les adversaires de la responsabilité contractuelle ont voulu tirer argument de la structure du Code, qui aurait « traité le droit du créancier à des dommages et intérêts en cas d'inexécution du contrat comme un effet de l'obligation contractée ; on serait même tenté de dire que les dommages et intérêts sont la forme que prend ordinairement l'obligation contractuelle, lorsque le créancier recourt à la contrainte, faute de pouvoir réclamer (ou obtenir) l'exécution en nature »[608], or « la doctrine moderne, même lorsqu'elle tient à la distinction des deux ordres [de responsabilité], présente l'inexécution [...] comme la source d'une obligation nouvelle, distincte de l'obligation contractuelle primitive »[609].

Mais Mme Viney conteste l'idée que le Code civil ne voie dans les dommages et intérêts qu'une forme d'exécution. Elle en veut pour preuve l'article 1184 al. 2, qui permet de choisir entre l'exécution forcée et la résolution avec dommages et intérêts. « Or, en cas de résolution, les dommages et intérêts ne peuvent évidemment avoir une fonction d'exécution [...] »[610]. Elle fait encore valoir que l'article 1149 prévoit la réparation du lucrum cessans et du damnum emergens, ce qui va au-delà de l'intérêt attendu du contrat. Enfin, elle note que plusieurs dispositions issues du droit des contrats spéciaux utilisent les termes « en répond », « en est responsable »[611] voire, à propos du mandat : « Néanmoins la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire »[612]. Ce qui lui permet de conclure que : « dès 1804, l'assimilation de l'inexécution du contrat à un cas de "responsabilité" était déjà dans l'air et qu'elle n'attendait, pour être officiellement admise, que la conceptualisation de la notion de responsabilité, laquelle n'interviendra que plus tard »[613]. M. Larroumet va dans le même sens lorsqu'il remarque que, dans le Code, « l'idée même de responsabilité civile n'apparaissait pas clairement », y compris en matière délictuelle[614].

250. La position de la doctrine classique – Les adversaires de la responsabilité contractuelle avancent que ce concept n'existait pas chez les premiers commentateurs du Code, et imputent son invention à Planiol[615]. Cette découverte, involontaire[616], aurait ensuite été reprise et prolongée par les frères Mazeaud[617]. De leur côté, les défenseurs de la responsabilité contractuelle s'appuient parfois sur

[608] P. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », art. préc., n° 2.
[609] *Ibid.*, n° 3.
[610] G. VINEY, art préc., n° 7.
[611] *Ibid.*
[612] Art. 1992 al. 2 C. civ. C'est nous qui soulignons.
[613] G. VINEY, *loc. cit.*
[614] C. LARROUMET, art. préc., n° 5.
[615] P. RÉMY, art. préc., n° 11, *in fine*.
[616] Il se serait agi de « sauver la faute » et de « la défendre sur le double front ouvert d'un côté par Saleilles et de l'autre par Sainctelette : repousser à la fois la théorie du risque en matière de délits et celle de la garantie en matière de contrats » (*Ibid.*, n° 12). Sur ces théories, V. *infra*, n° 392 s.
[617] E SAVAUX, n° 6. *Adde* G. VINEY, « La doctrine de la faute dans l'œuvre de Henri, Léon et Jean Mazeaud », *LPA* du 31 août 2006, p. 17.

Domat[618]. Cette discussion est très développée chez tous les auteurs contemporains, qui invoquent les mânes des grands anciens. Elle présente un intérêt certain pour l'histoire du droit civil, mais redonner à chacun sa juste part dans l'apparition du concept ne serait pas utile dans le cadre de cette étude, puisqu'il s'agit avant tout de savoir si, en droit positif, la responsabilité contractuelle doit exister comme concept original. « L'histoire doit être un guide, non un tyran », rappelle M. Tallon[619].

251. Plan – C'est pourquoi il faut à présent étudier, à la lumière du droit positif, les critiques de la responsabilité contractuelle. Elles portent tant sur la manière de définir les manquements contractuels (A) que sur les remèdes consécutifs à l'inexécution (B).

Il convient de rappeler, au préalable, que le débat est d'une grande richesse, et qu'il ne sera possible que d'en donner des aperçus limités, mais suffisants pour répondre aux questions qui nous occupent dans le cadre de cette étude.

A. Critiques de la définition du manquement contractuel

252. Plan – La définition du manquement contractuel telle qu'elle est opérée actuellement serait insatisfaisante, en ce qu'elle est basée sur le concept de faute. Des arguments présentés à l'occasion de ce débat (1), il sera possible de tirer quelques leçons concernant les garanties indemnitaires (2).

1. Le débat

253. Les reproches – L'utilisation du terme « faute » pour qualifier une violation du contrat serait symptomatique d'un alignement, illégitime, du droit des contrats sur la responsabilité civile délictuelle. Ce serait le point de départ de la confusion. M. Tallon se demande ainsi « pourquoi ne pas parler simplement d'inexécution du contrat ? »[620]. La distinction introduite par Demogue aurait aggravé les choses : elle aurait « considérablement renforcé l'analogie de la responsabilité délictuelle et de la "responsabilité contractuelle". D'une part en effet, l'existence d'obligations "de moyens" conforte l'idée que la "faute contractuelle" est une faute de comportement analogue à la faute délictuelle ; d'autre part, les obligations "de résultat" apparaissent alors comme des cas de "responsabilité sans faute" parallèles aux cas de responsabilité délictuelle objective »[621].

Surtout, cette distinction « ne peut prétendre rendre compte de [la] diversité naturelle des obligations contractuelles »[622] : voilà pourquoi il est nécessaire de lui inventer progressivement des degrés supplémentaires, qui ne sauraient pourtant suffire.

---

[618] D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », art. préc., p. 430, relève ces arguments pour mieux les contester : « À vrai dire, Domat a bon dos. Les auteurs, à l'aide de citations isolées de leur contexte, lui font dire ce qu'ils espèrent y trouver ».
[619] *Ibid.*, p. 431.
[620] *Ibid.*, p. 429.
[621] P. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », art. préc., n° 26.
[622] *Ibid.*, n° 27.

254. Les répliques – Un premier tempérament à cette volonté d'évincer la faute du droit des contrats est concédé par M. Tallon lui-même : le droit positif a parfois recours aux fautes dites « qualifiées » : faute intentionnelle, faute lourde, faute inexcusable, et ces notions doivent survivre[623].

Mais, hors de ces cas particuliers, doit-on cesser de parler de faute ? Encore faut-il savoir ce que ce terme recouvre. Or, Mme Viney expose que, chez les frères Mazeaud, qui furent les hérauts du concept de « faute contractuelle », il s'agissait d'une faute « totalement déculpabilisée et désincarnée »[624]. Une faute très objective, puisqu'elle concernait aussi bien le très jeune enfant que le dément[625]. Quant à la critique de la distinction de Demogue, elle est dans un premier temps approuvée par M. Savaux : « Le passage par cette qualification des obligations de moyens et des obligations de résultat constitue effectivement un détour inutile et on peut légitimement souhaiter la disparition de cette distinction dont la mise en œuvre est d'une incroyable complexité »[626]. Mais l'auteur ajoute aussitôt que lorsque l'on essaiera de s'en passer, « l'on constatera inévitablement que selon les cas [le débiteur] s'est engagé à plus ou à moins, à mettre simplement ses facultés au service du créancier pour essayer de lui procurer un avantage, ou à lui fournir cet avantage... à promettre des "moyens" ou un "résultat" ! »[627].

Quelles sont les leçons qui peuvent être tirées de ce premier débat ?

2. *Les enseignements*

255. L'imparfaite distinction de Demogue – À propos de la distinction entre obligations de moyens et de résultat, nous rejoindrons volontiers M. Savaux pour estimer qu'elle sera toujours un guide, un référent utile pour le juge. Mais il faut prendre garde à ce que cette simple table de référence ne prenne pas une importance trop grande. Son application aboutit parfois à des résultats absurdes : un exemple est apparu au cours de l'étude, avec la présomption de lien de causalité en présence d'obligations qui sont théoriquement de résultat, mais un résultat secondaire par rapport à ce que recherche principalement le créancier[628]. Croire que l'on peut faire découler sans risque des régimes juridiques précis des divers étages de la classification, dont il est régulièrement démontré qu'elle est incomplète ou inadaptée à certains contrats, serait dangereux. Le lien de causalité entre l'inexécution et le dommage devrait toujours être démontré[629], et M. Tallon affirme à juste titre, contrairement à la Cour de cassation, qu'« il appartient toujours au créancier de prouver l'inexécution, la tâche étant en principe plus facile pour la preuve de l'inexécution d'une obligation de résultat que pour la violation d'une obligation de moyens »[630].

256. Le recours parfois inutile à la faute – Il n'est pas nécessaire de revenir sur le concept même de responsabilité contractuelle pour admettre les critiques de la

[623] D. TALLON, « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », art. préc., p. 438.
[624] G. VINEY, « La doctrine de la faute dans l'œuvre... », art. préc., p. 19.
[625] *Ibid.*, p. 20.
[626] É. SAVAUX, art. préc., n° 31.
[627] *Ibid.*
[628] V. *supra*, n° 118 s.
[629] *Ibid.*
[630] D. TALLON, art. préc., p. 437.

distinction de Demogue. De même, Mme Viney, qui défend pourtant ce concept, admet que l'expression « faute contractuelle » n'est pas adaptée à toutes les formes de violation du contrat, même dans l'acception très objective que les Mazeaud tendaient à lui donner. « [...] dans certains cas, la preuve de l'inexécution est subordonnée à celle d'un comportement déficient – c'est-à-dire d'une faute –, tandis que, dans d'autres hypothèses, cette preuve n'est pas requise, l'inexécution étant liée à un fait objectif, le défaut de fourniture du bien ou du service promis. Une terminologie rigoureuse devrait donc réserver le terme de "faute contractuelle" à l'inexécution des seules obligations qui n'engagent qu'à un comportement de "bon père de famille". Or on l'emploie ordinairement aujourd'hui pour désigner même l'inexécution des obligations les plus strictes qui engagent à fournir une prestation définie par des caractéristiques purement objectives »[631].

La pertinence de ce constat semble évidente en matière de garanties indemnitaires satisfactoires. Il a été démontré que, du porte-fort d'exécution, on n'attend aucune diligence précise, en particulier des démarches auprès du débiteur principal[632]. Ou, plutôt, libre à lui d'effectuer de telles démarches, mais cela ne regarde pas le créancier, qui se contentera d'un constat objectif : la dette principale a, ou n'a pas été exécutée. Contrairement au garant comportemental, le garant indemnitaire satisfactoire ne peut voir son engagement analysé en termes de faute : c'est un engagement purement objectif. Dire qu'il « réussit » ou « échoue » à rapporter l'exécution n'est qu'une facilité de langage.

Jusqu'ici, il ne semble pas que les remarques des adversaires de la responsabilité contractuelle permettent de renverser le système actuel, mais plutôt d'en repérer et d'en admettre les excès[633]. Ces corrections vont d'ailleurs plutôt dans le sens des conclusions auxquelles nous parvenions jusqu'ici dans notre étude. Mais, si un coup fatal doit venir de ces théories, ce doit être, dit-on, à propos des remèdes à apporter à l'inexécution du contrat.

B. Critiques des remèdes au manquement contractuel

257. La « présentation éclatée » des remèdes[634] **–** Pour M. Tallon, le concept de responsabilité contractuelle a pour effet pervers de disperser la présentation des remèdes qui peuvent être apportés à l'inexécution du contrat. En effet, la responsabilité civile pour faute sera traitée comme un concept unitaire en un endroit des manuels de droit des obligations, tandis que les autres remèdes – exécution forcée, destruction de ce qui a été fait en contravention à un engagement de ne pas faire, résolution d'un contrat synallagmatique, exception d'inexécution, remèdes propres aux contrats spéciaux... – seront traités séparément, en divers endroits. L'effet est double, car à la dispersion il faut ajouter une valorisation considérée comme excessive de la responsabilité contractuelle par rapport aux autres remèdes. Mais il a été relevé que ces critiques sont avant tout d'ordre

[631] G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », art. préc., n° 22. Dans le même sens : P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », art. préc., p. 70.
[632] V. *supra*, n° 240 s.
[633] Ainsi P. JOURDAIN remarque-t-il à juste titre que : « si parler de faute contractuelle n'ajoute rien, cela ne nuit en rien. Il est sans inconvénient de dire que la faute est une condition de la responsabilité contractuelle si l'on admet, conformément à la définition classique de la faute, que l'inexécution de l'obligation constitue une faute » (art. préc., p. 71).
[634] D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », art. préc., n° 4 s.

pédagogique[635] et que la solution peut venir de la doctrine, sans qu'il soit nécessaire de toucher au fond du droit.

258. Plan – D'autres critiques, en revanche, touchent au contenu des concepts et non à leur seule présentation au sein des manuels (1). Peuvent-elles remettre en cause l'originalité des garanties indemnitaires satisfactoires (2) ?

1. Le débat

259. Les reproches – Pour les adversaires de la responsabilité contractuelle, les dommages et intérêts accordés à la victime de l'inexécution contractuelle « procurent au créancier réclamant cette forme de satisfaction l'équivalent de ce que lui aurait procuré l'exécution en nature – mais rien de plus »[636]. Du moins, ce devrait être le cas. Aujourd'hui, ce qu'il faudrait ne considérer que comme une exécution par équivalent est traité comme une mesure de réparation. Or, « dire que les dommages et intérêts en matière contractuelle ont une fonction de réparation et non d'exécution, c'est [...] présupposer la création d'une obligation nouvelle »[637], ce qui n'est pas acceptable car « considérer que la créance de dommages et intérêts est une créance nouvelle, distincte de l'obligation promise par le contrat, c'est considérer qu'on abandonne la force obligatoire du contrat chaque fois que des dommages et intérêts sont accordés »[638].

Au-delà de cette renonciation symbolique à la si précieuse force obligatoire du contrat, la conception indemnitaire des dommages et intérêts provoquerait « l'effacement de l'article 1150 par le principe de réparation »[639]. En effet, en matière de responsabilité délictuelle, qui sert de modèle, le principe est celui de la réparation intégrale du dommage, et il existerait par conséquent une tendance à oublier qu'il n'est pas dans la vocation des remèdes à l'inexécution du contrat d'aboutir à un tel résultat. À lire M. Rémy, il semble que même lorsque l'on n'oublie pas d'appliquer l'article 1150, on en fait un usage faussé : « [...] le "dommage prévisible" n'est ni plus, ni autre chose que l'objet même de l'obligation inexécutée – l'avantage promis, et non reçu. L'explication moderne de ce texte fait au contraire de la prévisibilité une notion psychologique, en justifiant l'exigence de prévisibilité par la "volonté" implicite des parties qui auraient "prévu l'inexécution et tacitement envisagé ses conséquences" »[640]. Il faudrait ainsi réhabiliter la distinction autrefois présentée par Pothier entre dommages et intérêts « intrinsèques », qui devraient être réparés, et ceux, « extrinsèques », qui n'auraient pas à l'être[641].

260. Les répliques – M. Laithier a tenté récemment de modérer la soif d'exécution en nature qui semble s'être emparée d'une partie de la doctrine. Cette

[635] G VINEY, art. préc., n° 18.
[636] P. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », art. préc., n° 41.
[637] P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC*, 2005, n° 1, p. 13, V. p. 24.
[638] *Ibid.*, p. 25. Dans le même sens, V. P. RÉMY, art. préc., n° 43 : « [...] l'absorption du régime de l'inexécution par la réparation entame profondément notre conception de la force obligatoire du contrat. Car si toute l'exécution forcée devient réparation, il n'y a plus d'exécution que volontaire ».
[639] P. RÉMY, *loc. cit.*
[640] *Ibid.*
[641] *Ibid.*

tendance peut être rapprochée des arguments, qui viennent d'être exposés, selon lesquels il faut à tout prix considérer que, même lorsque des dommages et intérêts sont versés, il ne s'agit encore que d'exécuter l'obligation contractuelle sous une autre forme – ou mieux, s'il s'agissait d'une obligation monétaire, sous sa forme originelle –, permettant ainsi le triomphe de la force obligatoire du contrat. L'argument principal de M. Laithier semble très convaincant : « L'article 1134, alinéa 1er du Code civil signifie que le débiteur et le créancier sont liés par une obligation sous la sanction du droit. Le débiteur qui ne respecte pas l'obligation contractuelle est sanctionné comme l'est toute personne qui ne respecte pas la loi. C'est ici que s'instaure habituellement la confusion, en procédant par mimétisme entre la norme initiale et sa sanction [...]. En d'autres termes, dire que l'inexécution de l'obligation contractuelle est juridiquement sanctionnée, ce n'est pas dire qu'elle doit toujours, ni même par principe, être exécutée en nature par la force »[642].

Voici qui rassurera les partisans de la responsabilité contractuelle : il est possible de prôner un remède à l'inexécution du contrat qui ne soit pas, en nature ou par équivalent, la pure exécution de l'obligation contractuelle originelle, sans pouvoir être accusé « de faire vaciller les colonnes du temple »[643].

Ces préventions repoussées, on peut remarquer, avec M. Jourdain : « Dire que les dommages-intérêts représentent un mode d'exécution par équivalent n'est en réalité qu'une image ; à proprement parler, une telle exécution est inconcevable »[644], car le créancier ne reçoit pas la prestation attendue. Mme Viney se demande ensuite s'il est « exact et opportun de refuser aux dommages et intérêts contractuels toute fonction indemnitaire et de les traiter comme un procédé d'exécution du contrat »[645] L'auteur commence par faire remarquer, et doit nécessairement être approuvé, que dans le cas d'une obligation principale de faire ou de ne pas faire, les dommages et intérêts peuvent être considérés comme présentant « une fonction économique analogue à celle de l'exécution, mais cette analogie ne suffit nullement à l'identifier juridiquement à l'exécution »[646].

En matière de dettes de somme d'argent, les dommages et intérêts peuvent en revanche être considérés comme une forme d'exécution du contrat. Mais la question se déplace alors sur le terrain des dommages causés au créancier par l'exécution tardive ou défectueuse : pour Mme Viney, les dommages et intérêts correspondants ne sont-ils pas nécessairement plus et autre chose qu'une pure exécution du contrat ?

Pour mieux comprendre, il faut souligner que la proposition de M. Rémy visait principalement à renvoyer au domaine de la responsabilité délictuelle certaines obligations dont il conteste le caractère contractuel, principalement l'obligation de sécurité[647]. Mais il peut y avoir là un facteur de complication non négligeable[648].

---

[642] Y.-M. LAITHIER, « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, n° 1, p. 161, V. p. 174 s.
[643] *Ibid.*, p. 173.
[644] P. JOURDAIN, « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », art. préc., p. 69.
[645] G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », art. préc., p. 931.
[646] *Ibid.*, n° 11.
[647] P. RÉMY, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », art. préc., n° 16 s. Sur cette question, on ne manque jamais de citer la formule de Carbonnier : « Au surplus, ce que l'on appelle responsabilité contractuelle devrait être conçu comme quelque chose de très limité : l'obligation de procurer au créancier l'équivalent de l'intérêt (pécuniaire) qu'il attendait du contrat ; c'est artifice que de faire entrer là-dedans des bras cassés et des morts d'hommes ; les tragédies sont de la compétence des a. 1382 s. » (*op. cit.*, n° 1211). Il serait inutile, dans le cadre de cette étude, de se concentrer longuement sur cette question, même si elle est l'un des moteurs principaux du débat sur la responsabilité contractuelle.

Les adversaires de la responsabilité contractuelle ont protesté. Ils demandent que leur pensée ne soit pas trahie : « Dire que les dommages et intérêts correspondent à "l'estimation de l'intérêt qu'a le créancier à l'exécution de l'obligation" ne signifie pas cependant, contrairement à ce qu'ont l'air de penser certains, que les dommages et intérêts contractuels ne peuvent compenser que le prix de la chose objet du contrat »[649]. Mme Rémy-Corlay rappelle que l'article 1149 du Code civil exige que soient réparés le gain manqué et la perte subie. « Seulement, il faut distinguer selon que, comme le disait Pothier, ces dommages sont intrinsèques ou extrinsèques au contrat. Pour les premiers, les dommages et intérêts sont dus, car ils entrent normalement dans les prévisions des parties. Pour les seconds, il faut veiller à ce qu'ils soient entrés dans la sphère contractuelle [...] »[650].

Mais cela ne revient-il pas à appliquer correctement les conceptions actuelles, en faisant jouer à l'article 1150 du Code civil le rôle que les partisans de la responsabilité contractuelle lui reconnaissent aussi ?

2. *Les enseignements*

261. Le rôle indemnitaire des dommages-intérêts – Ici encore, les théories des adversaires de la responsabilité contractuelle semblent devoir mener davantage à une correction des excès du système actuel qu'à sa remise en cause. Ainsi, il semble justifié d'insister sur la spécificité du contrat pour prôner une réparation du seul dommage prévisible plutôt qu'une réparation systématiquement intégrale du préjudice subi par le cocontractant. Mais il ne semble pas qu'une lecture maximaliste de ces théories soit souhaitable, qui aboutirait à ce qu'une inexécution contractuelle provoque à la fois le versement de dommages et intérêts contractuels, purement compensatoires, et de dommages et intérêts délictuels, destinés à réparer les préjudices non directement contractuels. La responsabilité contractuelle n'est pas encore morte.

262. Le rôle indemnitaire du porte-fort – Le rôle indemnitaire du porte-fort d'exécution peut être mis en valeur grâce à un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 22 octobre 1996[651]. Par contrat à durée déterminée, la société Approchim avait confié à la société Eurocollect le transport de

---

[648] V. ainsi l'exemple, imaginé par É. SAVAUX (art. préc., n° 41), d'une réparation défectueuse effectuée par un garagiste qui provoque un accident dans lequel le propriétaire subit un préjudice corporel : « Seul le fait d'avoir mal effectué le travail intéresse l'exécution de l'obligation souscrite par le garagiste : réaliser une réparation. La perte du véhicule dans l'accident et le dommage corporel subi par son propriétaire ont leur source dans le fait que constitue la mauvaise exécution de cette obligation. L'exécution par équivalent oblige alors à distinguer les différents types de "dommages". Les dommages-intérêts contractuels ne peuvent compenser que la perte subie par le client pour avoir payé une mauvaise réparation le prix d'une bonne. Tout le reste devrait relever de la responsabilité délictuelle. La responsabilité contractuelle qui prend en charge l'ensemble des préjudices réalise une simplification opportune en réglant en même temps (et sans distinguer nettement, il est vrai), le problème de l'exécution et celui de la réparation des dommages causés par le fait de l'inexécution ».

[649] P. RÉMY-CORLAY, « Exécution et réparation : deux concepts ? », art. préc., p. 28. L'auteur renvoie en note à un passage de Mme VINEY mais il semble que l'exemple de M. SAVAUX relève également de l'interprétation dénoncée.

[650] *Ibid.*

[651] Cass. com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 94-15410 : *Bull. civ.*, IV, n° 260 ; *RTD. civ.*, 1997, p. 439, note P. JOURDAIN ; *D.*, 1997, p. 173, note R. LIBCHABER ; *RTD. com.*, 1997, p. 318, obs. B. BOULOC ; *RTD. civ.*, 1997, p. 123, note J. MESTRE.

produits dangereux, fractionné en 50 voyages, pour un montant forfaitaire. Après 5 voyages, la société Approchim décida de « résilier » le contrat. Elle fut condamnée par les juges du fond à payer la totalité de la somme forfaitaire convenue. Cette décision fut cassée, au motif suivant : « en statuant ainsi alors que le prix, fût-il d'un montant forfaitairement convenu, n'était dû qu'en cas d'exécution de la convention, et qu'elle relevait que la société Approchim avait "résilié le contrat", ce dont il résultait que, sauf existence d'une clause pénale, elle devait fixer le montant des dommages-intérêts dus par la société Approchim à la société Eurocollect, la cour d'appel a violé [l'article 1184 du Code civil] ».

Il a été reproché à cette décision d'autoriser une résiliation dans le cadre d'un contrat à durée déterminée[652]. Du point de vue de l'opportunité, cette solution serait critiquable en ce qu'elle ne permettrait pas au contrat de remplir son rôle d'acte de prévision : la société Eurocollect devait pouvoir compter sur la somme forfaitaire stipulée. Un autre auteur analyse toutefois la décision ainsi : « la Cour de cassation semble, en certaines circonstances, assez encline à faire application de la théorie anglo-saxonne de la violation efficace du contrat (efficient breach of contract) en permettant à un contractant de ne pas exécuter le contrat moyennant le paiement, non pas de la dette monétaire souscrite, mais seulement de dommages-intérêts. L'exécution forcée cédant alors le pas à la réparation »[653].

Si l'on se rallie à la première opinion, selon laquelle le débiteur principal aurait dû être amené à payer le prix promis[654], il apparaît que cet arrêt fournit un exemple d'obligation principale monétaire qui pourrait faire l'objet d'un cautionnement ou d'un porte-fort d'exécution, avec des résultats très différents dans les deux cas[655]. La caution aurait eu à se substituer au débiteur principal en cas de défaillance, et aurait eu à débourser le prix de 50 voyages, tandis que le porte-fort aurait eu à indemniser le créancier du préjudice subi : le prix des 5 voyages effectués et, sans doute, les bénéfices attendus des 45 autres voyages, ce qui peut constituer une somme très inférieure au prix facturé. Les problématiques abordées dans le débat sur la responsabilité contractuelle prennent donc une coloration particulière lorsqu'elles sont étudiées sous l'angle des sûretés personnelles. Certains plaideront qu'il est normal, ici, que le débiteur principal puisse avoir à payer l'intégralité du prix promis, en tant qu'il est redevable de cette fameuse « exécution par équivalent » de l'obligation initialement souscrite. Mais il est également permis de trouver sain qu'un garant personnel n'ait pas à faire davantage, en cas de défaillance du débiteur principal, que de payer au créancier une indemnité compensatrice de son gain manqué.

---

[652] En ce sens : P. JOURDAIN, note préc. et R. LIBCHABER, note préc. ; *contra* J. MESTRE, qui estime qu'il était possible de voir dans cette affaire « un contrat-cadre, préludant à la conclusion ultérieure de contrats ponctuels de transport », qui pouvait être résilié.

[653] P. PUIG, « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, n° 1, p. 85, n° 22 ; *Adde* Y.-M. LAITHIER « La prétendue primauté de l'exécution en nature », art. préc., p. 180 s., qui développe l'hypothèse d'une utilité économique de l'admission des « violations efficaces du contrat ».

[654] Remarquons d'ailleurs que dans l'arrêt rendu sur le porte-fort d'exécution par la Chambre commerciale, le 18 décembre 2007 (V. *supra*, n° 229 s.), le pourvoi tentait d'affirmer que « le prix, serait-il forfaitairement convenu, n'est dû qu'en cas d'exécution de la convention ». L'argument, rejeté, se référait clairement à la jurisprudence *Approchim*. En ce sens : *RJDA*, 4/2008, n° 365.

[655] Cela conformément à ce qu'affirmait M. SIMLER : V. *supra*, n° 147.

La preuve est faite, semble-t-il, que le porte-fort d'exécution est un mécanisme original même lorsqu'il s'agit de garantir le paiement d'une dette d'argent.

263. Le rôle indemnitaire du cautionnement ? – Toujours afin de contester l'originalité des garanties indemnitaires satisfactoires par rapport au cautionnement, un auteur a cependant fait valoir que le cautionnement lui-même peut présenter un certain caractère indemnitaire, notamment lorsque la caution s'engage de manière indéfinie[656]. L'article 2293 du Code civil dispose en effet que : « Le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la première demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution ». Il faut cette fois-ci imaginer que le créancier a subi un préjudice dont il réclame réparation en plus du paiement de la dette principale. Ces accessoires sont dus par le débiteur principal lui-même, ils seront donc dus par sa caution qui s'est engagée accessoirement et de manière indéfinie. Il s'agit sans doute, d'ailleurs, d'une manifestation de cette fameuse responsabilité contractuelle : le débiteur principal devra verser des dommages et intérêts correspondant à une exécution par équivalent, mais également des dommages et intérêts indemnitaires. Le porte-fort d'exécution, dans une telle situation, sera redevable de la même somme vis-à-vis du créancier, mais parce que sa dette propre sera liquidée selon le même calcul. Mais deux mécanismes peuvent produire des *effets* similaires dans certains cas, sans pour autant que leur *nature* juridique ou leur *objet* soient identiques[657].

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Le concept de garantie indemnitaire a soulevé, chez certains, la crainte d'un contournement des règles favorables au garant issues du cautionnement. Encore faut-il prendre la peine de s'interroger sur la nature de cette protection. Il s'est avéré, à l'étude, qu'elle découle de deux corps de règles bien distincts : celles qui tiennent au caractère accessoire renforcé, et les autres. Prétendre appliquer les règles du caractère accessoire renforcé à toute sûreté personnelle signifie nécessairement admettre l'existence du seul cautionnement : une telle position semble très excessive. Quant aux règles protectrices ne résultant pas du caractère accessoire renforcé, il est souhaitable qu'elles profitent à tous les garants. La constitution d'un droit commun des sûretés personnelles est nécessaire. Ces règles ne constituent, bien souvent, que la transposition à une matière particulière de principes généraux du droit des contrats, comme l'exigence de bonne foi dans la conclusion et l'exécution des conventions. À partir du moment où cette protection générale et minimale des garants est admise, il faut laisser les sûretés nouvelles suffisamment originales éclore.

Ce n'était pourtant pas la voie initialement choisie par la Cour de cassation à propos du porte-fort d'exécution. Entre la possibilité qui lui était offerte de le

[656] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 395.
[657] Sur cette question, V. N. RONTCHEVSKY, *L'effet de l'obligation : essai sur la distinction entre l'objet et l'effet de l'obligation*, préf. A. GHOZI, Economica, 1998.

requalifier en cautionnement et celle, à l'inverse, de consacrer ce mécanisme dans toute sa spécificité, elle avait opté pour une énigmatique troisième voie consistant à reconnaître son existence, mais en lui accolant un régime identique à celui du cautionnement, le privant de tout intérêt. Cette solution était critiquable : d'une part parce qu'elle était contradictoire avec la reconnaissance par le Code civil des lettres d'intention, y compris de celles qui contiennent très exactement un engagement de porte-fort d'exécution ; d'autre part, parce que les garanties indemnitaires présentent de véritables originalités conceptuelles.

Cette originalité est relativement peu discutée s'agissant des engagements comportementaux, et des engagements satisfactoires contractés au soutien d'une obligation principale non monétaire. Le porte-fort d'exécution d'une obligation de payer une somme d'argent, lui, est contesté. On met en avant le mouvement contemporain de remise en cause de la responsabilité contractuelle, pour qui le versement de dommages et intérêts n'est qu'une manière d'exécuter l'obligation initiale. Ces arguments ne sont pas sans réponse : l'identité propre de la responsabilité contractuelle par rapport au concept d'exécution a été défendue, et il est bel et bien possible d'affirmer que l'on peut réparer le dommage causé par l'inexécution d'un contrat, à l'aide d'un corps de règles spécifique. D'ailleurs, quand bien même il serait prétendu qu'un porte-fort d'exécution, en versant des dommages et intérêts, ne fait qu'exécuter l'obligation initialement contractée, un constat s'impose : c'est la sienne qu'il exécute, non celle du débiteur principal. Il est possible de citer des exemples de situations dans lesquelles un porte-fort d'exécution monétaire et un cautionnement aboutissent à des résultats différents.

Sans doute ces raisons expliquent-elles le revirement récemment consenti par la Chambre commerciale de la Cour de cassation.

CONCLUSION DU TITRE I

Il semblait, au commencement de cette étude, que la catégorie de sûretés personnelles désignée par l'appellation de « garanties indemnitaires » présentait une forte cohérence interne. Certes, il s'agit toujours de contracter une obligation de faire ou de ne pas faire améliorant la situation du créancier. Cette obligation, si elle est violée, est susceptible d'engager la responsabilité contractuelle du garant. Mais, sous ce vernis d'homogénéité, apparaissent en réalité deux catégories bien distinctes d'engagements.

Certains consistent en effet, pour le garant, à promettre d'adopter un comportement, à promettre son fait personnel. C'est par sa bonne exécution qu'une telle obligation a vocation à améliorer la situation du bénéficiaire. Ce n'est qu'en certaines hypothèses que, violée, l'obligation aboutira à une indemnisation par le truchement des règles de la responsabilité civile contractuelle.

Bien différents sont les engagements par lesquels le garant promet le fait du débiteur. Étranges paradoxes que ces promesses, dont on n'attend pas véritablement qu'elles soient tenues. Elles n'auront réellement servi que si elles ont été violées. La responsabilité contractuelle du garant ne prend pas, ici, son allure habituelle de sanction : elle est un outil, détourné de son utilisation première. Ces porte-fort utilisés comme sûretés ne sont pas pour autant illégitimes : ils sont le fruit de la

liberté contractuelle des parties, et répondent à des besoins que le cautionnement laisse insatisfaits.

Toutefois, il faut bien admettre que cette analyse du porte-fort sûreté ne permet pas de répondre à toutes les questions. M. Libchaber se demande ainsi : « [...] pour que la responsabilité contractuelle du promettant soit engagée, il importe qu'une obligation soit demeurée inexécutée : laquelle ? Ou plutôt, quel en est l'objet : quel est le *debitum* spécifique, à la charge du porte-fort, qui pourra ainsi conduire à la mise en cause de sa responsabilité contractuelle ? »[658]. L'étude de la remise en cause de la responsabilité contractuelle a rappelé que, lorsqu'un résultat est promis, il ne sert à rien de raisonner en termes de faute : un constat objectif est suffisant[659]. Toutefois, lorsque ce résultat est la livraison d'un colis en temps et en heure, un certain nombre de diligences se cachent derrière le constat objectif final, qui n'auront pas à être évaluées, mais dont la présence en filigranes est indéniable. En revanche, il a été démontré que le garant indemnitaire satisfactoire – non le garant comportemental – n'a parfois aucun rôle actif à jouer[660]. Cette manière d'attendre, puis de supporter les conséquences d'un événement néfaste dans la survenance duquel on n'a joué aucun rôle, est tout à fait remarquable.

Pour mieux la comprendre, et jeter enfin un éclairage satisfaisant sur les relations entre garanties indemnitaires satisfactoires et cautionnement, il est nécessaire de renouveler les termes du débat, en faisant appel à la notion de couverture de risque.

[658] R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles », art. préc., n° 5. Posant la même question, avec des conclusions plus nuancées : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1248.
[659] V. *supra*, n° 256
[660] V. *supra*, n° 240 s.

TITRE II

LES APPORTS DE L'ANALYSE FONDÉE SUR LA COUVERTURE DE RISQUE

264. L'impuissance du porte-fort – Au sein des garanties indemnitaires, c'est le porte-fort d'exécution qui cristallise l'essentiel des critiques : ce à quoi s'engage véritablement le promettant n'apparaît pas clairement. Or, l'approche traditionnelle du porte-fort comme débiteur d'une obligation de faire a été très tôt contestée par Jean Boulanger, dans sa thèse de doctorat. Après avoir noté que l'obligation du promettant est traditionnellement analysée comme étant de résultat, il affirme ainsi : « [...] on n'a pas assez remarqué qu'il n'était pas au pouvoir du porte-fort de parvenir au but cherché par le stipulant. Le résultat voulu, il n'est pas à même de le produire. Certes, il peut en favoriser la survenance, mais il ne peut aller au-delà. Il se heurte en effet à l'autonomie du tiers dont il a promis le fait. [...] Singulière obligation de faire, en vérité, que celle qui ne peut être exécutée par celui qui l'assume ! »[661].

Et en effet, le promettant dispose peut-être de moyens de pression sur le tiers, mais il peut aussi bien n'en avoir aucun : c'est tout l'intérêt de la notion de garantie satisfactoire que de ne pas avoir à entrer dans une telle discussion[662]. Quand bien même des moyens de pression existeraient, Jean Boulanger a raison de noter qu'ils peuvent fort bien être inefficaces et que le tiers jouit d'une parfaite autonomie. De sorte que le tiers peut très bien ne jamais procurer le fait promis, sans que rien ne puisse être reproché au promettant, d'un point de vue moral.

Certes, une classique obligation contractuelle de résultat est purement objective et doit être entièrement déconnectée de la notion de faute[663]. Mais même dans ce cas, il est « au pouvoir » de celui qui s'est engagé à livrer un colis à telle date, ou à transporter telle personne jusqu'à tel endroit, de parvenir à ce résultat. Dans le cas de la promesse d'un résultat, le comportement du débiteur est hors de la discussion, mais il a *de facto* une incidence sur la prestation ; dans le cas du porte-fort, il n'en a pas. Le porte-fort se situe à un degré d'abstraction encore supérieur à celui d'une obligation de résultat.

265. Le risque comme fondement véritable – La solution préconisée par Boulanger est audacieuse et séduisante. « Il faut résolument briser toutes les attaches de l'institution que nous étudions avec ses origines romaines. Notre technique moderne n'a pas à respecter les exigences d'une organisation juridique qui a

---

[661] J. BOULANGER, thèse préc., n° 12.
[662] V. *supra*, n° 240 s.
[663] V. *supra*, n° 256.

disparu : les volontés des contractants ne se coulent plus dans le moule rigide de la stipulation et c'est faire aux souvenirs historiques une trop large part que de voir, dans la promesse du porte fort la copie des procédés par lesquels les jurisconsultes romains avaient, fort ingénieusement du reste, validé une opération qui autrement aurait été nulle »[664]. Il a déjà été souligné, à plusieurs reprises, à quel point les fantômes du droit romain, qui hantent le texte, paralysent la réflexion de la doctrine sur le porte-fort[665]. « À la notion de faute contractuelle, qui étaie encore les explications des interprètes de notre Code Civil, mais qui selon nous, fausse toutes les données du débat, il faut hardiment substituer la notion de risque qui nous semble se dégager avec force de l'observation des faits »[666]. Et de prendre l'exemple du porte-fort de ratification : « Le représentant déclare au co-contractant : je ne suis nullement habilité pour agir. Cette absence de pouvoirs fait naître un indéniable risque, puisque, jusqu'à la ratification, vous allez être engagé dans le rapport contractuel que nous avons formé par ailleurs. Mais ce risque, je le couvre. Je m'engage à vous indemniser de tout le dommage que pourra vous causer le refus du tiers »[667].

Boulanger, qui admet une lecture large de l'article 1120 du Code civil, permettant de promettre tout fait d'un tiers, précise que sa théorie du risque est transposable à tout type de porte-fort, de sorte que l'opération peut être décrite de manière générale ainsi : « [...] une personne (stipulant) désire qu'un tiers lui procure tel résultat. Une autre personne se porte fort, envers elle, qu'un tel résultat sera obtenu et s'engage en cas d'insuccès à l'indemniser de tout le préjudice subi »[668]. La conclusion s'impose, inévitablement : pour Boulanger, le porte-fort est « l'assureur d'un risque contractuel »[669].

266. Plan – Le porte-fort d'exécution, qui n'est qu'une espèce du genre étudié par Boulanger, serait-il lui aussi l'assureur d'un risque ? La question amène à réétudier les rapports entre les sûretés personnelles et le contrat d'assurance, qui sont généralement traités en quelques lignes dans les ouvrages. De nombreux éléments historiques et de droit comparé vont pourtant dans le sens d'un rapprochement entre ces deux univers (Chapitre I). Une fois l'idée acceptée, il faudra en mesurer les conséquences (Chapitre II). Ainsi, au sein des garanties indemnitaires, il apparaîtra que certaines ne doivent pas être rattachées mécanisme de la responsabilité contractuelle.

[664] J. BOULANGER, thèse préc., n° 14.
[665] V. not. *supra*, n° 47, où l'on expose comment la doctrine classique s'est débattue avec le texte auquel, à l'instar de BAUDRY-LACANTINERIE, elle souhaitait conserver « une existence au moins théorique » malgré son caractère indiscutablement archaïque.
[666] J. BOULANGER, *loc. cit.* Les italiques sont d'origine.
[667] *Ibid.*
[668] *Ibid.*, n° 16.
[669] *Ibid.*, n° 14.

CHAPITRE I

L'IDÉE D'UN RAPPROCHEMENT ENTRE ASSURANCE ET SÛRETÉS PERSONNELLES

267. Plan – Si les propositions de Boulanger détonnent au sein du débat doctrinal français, elles paraissent bien plus banales dans certains pays voisins. Le scepticisme des juristes français face à une mise en relation du monde des assurances avec celui des sûretés est également contredit par un examen de l'histoire de ces deux domaines du droit, qui explique fort bien leur cheminement séparé.

Le rapprochement est donc suggéré aussi bien par le Droit comparé (section 1) que par l'Histoire (section 2).

SECTION 1
UN RAPPROCHEMENT SUGGÉRÉ PAR LE DROIT COMPARÉ

268. La « responsabilité contractuelle » en droit comparé – De nombreuses questions soulevées au cours de l'étude pourraient faire l'objet d'une recherche en droit comparé. Ainsi, le vif débat sur l'existence de la responsabilité contractuelle[670] peut-il bénéficier d'un éclairage par quelques éléments de droits étrangers. Il en ressort que ce concept correspond à une réalité chez plusieurs de nos voisins.

À propos du droit allemand, un auteur se demande ainsi : « Peut-on [...] considérer que la réparation du dommage résultant de l'inexécution constitue, en droit allemand, l'équivalent de l'exécution ? À première vue, la réponse à cette question est affirmative. Les dommages et intérêts dus par le débiteur doivent en effet compenser "la différence résultant de l'inexécution dans le patrimoine du créancier" [...].Toutefois, cette terminologie, qui est, rappelons-le, ignorée du droit allemand, n'est pas dépourvue d'ambigüité. Car s'il y a équivalence entre l'état où se serait trouvé le patrimoine du créancier en cas d'exécution et celui où il se trouve après réparation [...] il n'y a, en revanche, aucune équivalence entre l'obligation du débiteur d'exécuter la prestation promise et celle de réparer le dommage résultant de l'inexécution. Le montant de la réparation dépend en effet de l'étendue du dommage subi et non de la valeur de la prestation. Ainsi, lorsqu'un garde du corps payé 60 euros de l'heure, relâche son attention pendant une minute, la personne gardée peut être assassinée ou kidnappée (puis libérée contre une rançon), tout comme elle peut ne subir aucun dommage. Le montant de la réparation sera calculé (comme en droit français, nous semble-t-il) en fonction du dommage subi (conséquences du

[670] V. *supra*, n° 248 s.

décès, montant de la rançon) et non en fonction de la valeur de la prestation inexécutée (un euro) »[671].

Les positions des droits néerlandais et suisse sont encore plus nettes. Ainsi trouve-t-on à l'article 74 (6.1.8.1) du Nouveau Code civil néerlandais la disposition suivante : « 1. Tout manquement dans l'exécution oblige le débiteur à réparer le dommage qu'en subit le créancier, à moins que le défaut ne soit pas imputable au débiteur »[672]. Un article au libellé proche se trouve dans le Code des obligations suisse, au sein d'un chapitre consacré aux « Effets de l'inexécution des obligations », d'un A. consacré à « L'inexécution » et d'un I. intitulé « Responsabilité du débiteur » : on ne saurait être plus clair. Il s'agit de l'article 97, al. 1 : « Lorsque le créancier ne peut obtenir l'exécution de l'obligation ou ne peut l'obtenir qu'imparfaitement, le débiteur est tenu de réparer le dommage en résultant, à moins qu'il ne prouve qu'aucune faute ne lui est imputable »[673].

269. Les garanties indemnitaires en droit comparé – Mais c'est bien sûr le concept de garantie indemnitaire qui doit constituer notre objet de recherche principal en droit comparé. Le champ de l'étude doit également être défini au regard des pays étudiés. Trois pays voisins semblent mériter une analyse approfondie : la Belgique, le Luxembourg et la Suisse. Nous partageons avec les deux premiers notre Code civil. Certes, les trois versions ont été amendées différemment au fil du temps et divergent en quelques points, mais les textes régissant le porte-fort ou la responsabilité contractuelle demeurent inchangés. Quant à la Suisse, si elle possède son propre Code des obligations, il s'avère que les dispositions consacrées à ces mêmes questions sont très proches des nôtres. Ainsi, nous raisonnerons, si ce n'est à cadre juridique constant, du moins dans un contexte normatif comparable. Les convergences ou divergences d'interprétation constatées seront d'autant plus précieuses.

270. Plan – Le premier enseignement de cet examen comparatiste est important : ces trois pays reconnaissent l'existence de garanties indemnitaires – sans toujours utiliser ce vocable. Mais le deuxième enseignement est plus important encore : si la Belgique et le Luxembourg raisonnent, comme la doctrine française, en termes de promesse non tenue et de responsabilité contractuelle (I), la doctrine suisse considère, à l'instar de Boulanger, que se porter fort de l'exécution d'une obligation, c'est assumer, positivement, la prise en charge d'un risque (II).

I. Les garanties indemnitaires indirectes

271. Plan – L'expression « garantie indemnitaire indirecte », signifie que l'indemnisation n'est pas l'objet même de la promesse, mais un effet induit par la violation de l'engagement. Dénouement banal d'une garantie indemnitaire

[671] R. WINTGEN, « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *RDC*, 2005, n° 1, p. 217, n° 2 s.
[672] Traduction de P.P.C. HAANAPPEL et EJAN MACKAAY, *Nouveau code civil néerlandais, le droit patrimonial (les biens, les obligations et les contrats particuliers)*, éd. Kluwer, 1990. Souligné par nous. La notation 6.1.8.1 est nécessaire pour repérer le bon article 74 au sein du texte, car la numérotation des articles recommence à 1 à chaque grande subdivision.
[673] Les codes suisses sont consultables sur www.admin.ch, dans la partie « Documentation ».

satisfactoire, dont elle est le principe même de fonctionnement, la violation sera plus rare dans le cas d'une garantie comportementale, mais ce n'est qu'à ce moment-là qu'une telle garantie méritera d'être qualifiée « d'indemnitaire »[674]. Cette utilisation de la responsabilité contractuelle est admise tant par les tribunaux belges que luxembourgeois. La jurisprudence belge l'accueille, comme la jurisprudence française, dans le cadre de certaines lettres d'intention (A). La jurisprudence luxembourgeoise y ajoute le porte-fort d'exécution (B).

A. Les lettres d'intention : l'exemple de la Belgique

272. Terminologie – En réalité, la jurisprudence et la doctrine belges semblent éviter l'appellation « lettre d'intention ». Un choix pertinent, en raison de la confusion possible et déjà soulignée avec le document homonyme qui ponctue parfois des négociations contractuelles. Quant à la dénomination de « lettre de confort », elle aussi est délaissée, explique un auteur, car les mots « société confortée » pourraient être compris comme renvoyant aussi bien au débiteur principal, dont les engagements sont renforcés, qu'au créancier, dont les dettes sont couvertes[675]. Ce sont les termes « lettres de patronage » qui sont finalement retenus[676].

273. Plan – Les juges belges utilisent une formule proche de celle de leurs homologues français lorsqu'ils écrivent : « Le contenu d'une lettre de patronage varie au cas par cas et peut aller de la simple description d'une situation jusqu'à un engagement de nature juridique »[677]. Ils reconnaissent ainsi aux parties la faculté de se situer dans le non-droit (1). Mais un grand nombre de lettres sont susceptibles de revêtir une qualification juridique. Le concept de garantie indemnitaire apparaît alors clairement dans les formules retenues (2).

1. Lettres non-juridiques

274. Qualification d'une « attestation de solvabilité » – Une bonne illustration de la prise en compte du non-droit par la jurisprudence belge peut être trouvée dans un arrêt de la Cour d'appel de Mons de l'année 2000[678]. Une banque

---

[674] V. *supra*, n° 144 s.

[675] L. DU JARDIN, « Lettre de patronage : les bonnes pratiques font le bon droit », *J.T.*, 2007, p. 389. Cet auteur semble tenir une place importante dans la doctrine belge récente consacrée aux lettres d'intention. On consultera not. : *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés : la lettre de patronage*, préf. F. T'KINT, Bruylant-LGDJ, coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, t. 34, 2002 ; « L'autonomie de la lettre de patronage », *J.T.,* 1998, p. 669. *Adde*, sur ce sujet : F. T-KINT, *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4e éd., 2004, n° 862 s.

[676] Et il est vrai que la définition du mot « patronage » donnée, par exemple, par le dictionnaire Larousse, semble correspondre au concept véhiculé par les lettres d'intention : « Appui, protection de quelqu'un d'influent » (*Dictionnaire Larousse en ligne, op. cit*., V° « Patronage »). Ces termes sont également utilisés en néerlandais et en allemand (L. DU JARDIN, « Lettre de patronage... », art. préc., n° 2), un point dont on imagine l'importance qu'il peut avoir en Belgique, mais qui ne devrait pas être sous-estimé en France par ceux qui pensent que, sur de tels sujets, se forme une doctrine européenne voire internationale.

[677] Cette formule figure par ex. dans un arrêt récent : CA Bruxelles, 25 avr. 2008, sur lequel V. *infra*, n° 278.

[678] CA Mons, 19 déc. 2000 : *RRD*, 01/2002, p. 83, note Y. POULLET.

avait rédigé la missive suivante : « Je soussigné X., responsable de l'entité Mons et Tournai certifie par la présente que nous entretenons d'excellentes relations commerciales avec la société Fiducia et ses dirigeants. Nous saisissons l'opportunité pour garantir la solvabilité des engagements de celle-ci envers des tiers ». Après la signature figurait : « NB : cette attestation est délivrée pour une période fixe, valable du 9 janvier 1997 au 31 janvier 1997 inclus. Après cette date l'attestation perdra toute valeur juridique ». Le destinataire de la lettre plaidait, en substance, pour que soit reconnue à ce document la qualification de garantie, ou, à défaut, que les juges retiennent la responsabilité de la banque pour avoir trompé sa confiance légitime.

La Cour adopta cependant une tout autre position. Au titre des éléments de contexte, elle releva notamment : « que cette attestation fut demandée par [le conforté] à sa banque dans l'intention de la produire [au bénéficiaire] sans qu'il apparaisse toutefois ni dudit document ni d'aucun autre élément que [la banque] ait été informée de l'utilisation donnée à l'écrit litigieux ». Elle se livra ensuite à une interprétation du document proprement dit, en soulignant au préalable que : « La portée juridique du document litigieux doit en effet s'analyser en fonction de l'ensemble des termes et pas d'un membre de phrase ». Or, ici, « les termes utilisés nécessitent une interprétation dans la mesure où le terme "garantir" tel qu'employé dans son contexte ne revêt pas un sens clair et univoque dès lors qu'il est susceptible de signifier soit [...] que la banque entendait s'engager d'une quelconque manière à couvrir l'insolvabilité éventuelle de son client durant la période concernée, soit [...] qu'elle délivrait une simple attestation de notoriété [...] ». Pour retenir la deuxième possibilité, la cour développa enfin la motivation suivante : « [...] le ton de la lettre, l'introduction de la phrase litigieuse ("nous saisissons l'occasion...") et l'utilisation des termes "attestation" à deux reprises sont à cet égard révélateurs de ce que [la banque] entendait uniquement témoigner de ses bonnes relations commerciales et de la solvabilité de sa cliente [...] ».

275. Critères de qualification – Bien entendu, l'affirmation selon laquelle une lettre de patronage peut contenir un simple engagement d'honneur, voire un simple constat, est indiscutable dans son principe. En revanche, un annotateur de l'arrêt peut être rejoint dans sa critique de la solution retenue en l'espèce : s'il est possible de se situer volontairement en-dehors du droit, encore faut-il que cette volonté apparaisse avec évidence[679]. Or, ici, si la première phrase (« nous entretenons d'excellentes relations commerciales... ») est typique d'une « lettre d'illusion »[680] renfermant un simple constat, la seconde recèle une vigueur juridique bien supérieure. Quelle idée, pour le confortant qui souhaite garder ses distances, que de « garantir la solvabilité » des engagements du conforté vis-à-vis des tiers ! L'argument tiré par la cour de la désinvolte formule d'introduction, « nous saisissons l'occasion », ne convainc pas. Cela permet certes de lier l'idée qui va suivre, de « garantie de la solvabilité », à l'idée qui précédait, le constat d'un climat de confiance qui règne entre la banque et le conforté : c'est un vieux client, elle le connaît bien, elle peut témoigner. Mais s'il peut être plaidé que cela écarte la volonté de la banque de se porter caution, cette « garantie » est au moins la description, prétendument objective, de la situation du client. « Un banquier qui, à la demande de

[679] Y. POULLET, note préc., p. 90.
[680] D. MAZEAUD, « Réflexions sur une garantie épistolaire... », art. préc.

son client pressé lui-même par son créancier, délivre une attestation de solvabilité de ce client, pas moins de deux mois avant la faillite de celui-ci pouvait ou devait savoir que cette attestation créerait chez celui qui l'avait réclamée une confiance légitime dans la capacité de crédit du client »[681]. Les juges affirment que la banque ne savait pas comment son écrit serait utilisé. Mais pour quoi d'autre que sa transmission à un créancier, qui s'en trouverait rassuré ? Le bénéficiaire avait également plaidé que, si l'émetteur avait cru bon de fixer une « date limite » au-delà de laquelle la lettre perdait toute « valeur juridique », c'est qu'elle devait commencer par en avoir une. Un argument qui, quoique basé sur le sulfureux mode de raisonnement a contrario, semblait ici raisonnable, mais fut repoussé.

Il faut donc retenir de cet arrêt la reconnaissance sans équivoque, par les juridictions belges, de l'existence de lettres d'intention « infra-juridiques ». Mais en l'espèce, il y avait certainement place pour une condamnation sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, la banque ayant commis une faute en faisant état d'une manière exagérément optimiste de la situation de son client.

2. *Lettres juridiques*

276. Reconnaissance des engagements indemnitaires – Le cas des lettres de patronage renfermant des cautionnements n'a pas besoin d'être évoqué car, en droit belge comme en droit français, il ne pose aucun problème particulier et appelle simplement une juste qualification. Il faut en revanche examiner les situations dans lesquelles les juges belges identifient : « une obligation de faire ou de ne pas faire en faveur ou à propos de la société patronnée, sanctionnée par le droit commun de la responsabilité ». Cette expression se retrouve par exemple dans un jugement du Tribunal de Verviers[682], ou dans un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles[683].

277. Le jugement du Tribunal de Verviers du 8 janvier 2001 – Bien qu'il s'agisse d'une décision émanant d'une simple juridiction du premier degré, le jugement du Tribunal de Verviers mérite d'être brièvement évoqué. Les engagements qui lui étaient soumis constituent en effet des utilisations intéressantes du mécanisme des garanties indemnitaires. Une ligne de crédit avait été ouverte par une banque au profit d'une société cliente. L'utilisation de la ligne de crédit augmenta dangereusement, tandis que les résultats de la société diminuaient, de sorte que la banque menaça de prendre des mesures. Un dirigeant de la société, détenteur de la quasi-totalité des parts, souscrivit alors l'engagement suivant : « [...] je ferai le nécessaire pour que les utilisations au sein de la tranche BEF 10 millions soient amenées à BEF 5 millions (cinq millions de francs belges » pour [telle date] ». Cet exemple démontre qu'une lettre de patronage n'est pas toujours souscrite par une société mère à l'appui de sa filiale : elle l'est ici par un dirigeant personne physique.

Les juges notent que « l'obligation ainsi contractée est incontestablement une obligation de faire caractérisée par son objet : agir de manière telle qu'à l'échéance l'utilisation [par la société confortée] de son crédit de caisse soit ramenée à

[681] Y. POULLET, *loc. cit.*
[682] Civ. Verviers, 8 janv. 2001 : *FF-DBF*, 01/2002, p. 48, note L. DU JARDIN.
[683] CA Bruxelles, 25 avr. 2008 : *FF-DBF*, 02/2009, p. 95.

5 millions de francs [pour telle date] ». Cet engagement de « faire le nécessaire » est qualifié d'obligation de résultat.

Il a été relevé précédemment qu'il existe, plus précisément, des obligations satisfactoires et des obligations comportementales[684]. Nous avions ajouté qu'un engagement comportemental peut s'entendre de deux manières : la promesse par le garant qu'il adoptera lui-même un comportement précis, ou la promesse par le garant que le conforté adoptera un comportement précis[685]. En l'occurrence, même si un comportement personnel est implicitement attendu de la part de ce dirigeant influent, l'objet de la promesse est bien l'adoption par le conforté d'un comportement consistant à réduire l'utilisation de son crédit de caisse. La classification antérieurement retenue révèle une faiblesse : présenter une telle obligation comme comportementale est trompeur, mais il ne s'agit pas non plus d'une promesse, faite au créancier, qu'il sera satisfait.

Quelque temps après, le même dirigeant s'était également engagé à procéder à une augmentation de capital. Les juges optent ici encore pour la qualification d'obligation de résultat ; il s'agit cette fois-ci de la promesse d'un comportement personnel.

Le dirigeant ne tint aucun de ses deux engagements, et la société fit faillite. Les juges décidèrent que « cette non-exécution d'une obligation contractuelle doit se résoudre en dommages et intérêts dont la mesure est celle des sommes sur lesquelles portaient l'engagement souscrit par [le dirigeant], tant en principal qu'en intérêts et accessoires ». Mais, et cela doit être souligné, les magistrats examinèrent, préalablement à toute condamnation, la question du lien de causalité entre l'inexécution constatée et le préjudice subi. Ils relevèrent alors que « la demanderesse n'établit pas à suffisance que l'injection de fonds propres aurait permis d'éviter incontestablement la faillite (voir le lourd passif chirographaire à l'égard des autres banques par exemple) ». Toutefois, si la violation de l'engagement d'augmenter le capital n'emporta pas la condamnation, il n'en fut pas de même de la violation de l'engagement consistant à amener la société à abaisser l'utilisation de son crédit de caisse. Eût-il été respecté, le préjudice final de la banque eût été de 5 millions de francs belges. Or, il était ici de près du double : le dirigeant fut condamné à prendre la différence à sa charge. Cet examen du lien de causalité doit être approuvé ; en droit français, il se heurterait, du moins en apparence, à la jurisprudence selon laquelle la violation d'une obligation de résultat emporte présomption de lien de causalité[686].

278. L'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles du 25 avril 2008 – Le document qui va suivre mériterait de figurer au programme d'une Haute école des rédacteurs de lettres de patronage. Il parvient en effet à créer une impression d'engagement sérieux, tout en étant pourvu de confortables échappatoires que le confortant cherchera à emprunter si l'affaire est portée au contentieux. Une société écrivit ainsi à une banque : « [...] Nous vous confirmons donc que notre politique est de maintenir notre soutien envers [la société confortée], dont nous sommes actuellement majoritaires, d'éventuellement augmenter notre contribution en

[684] L. DU JARDIN utilise distingue de la même manière les « obligations intermédiaires » de « la garantie quant au paiement de la dette principale » (note préc.).
[685] V. *supra*, n° 238.
[686] V. *supra*, n° 118.

fonction des développements positifs observés et que nous nous assurons à ce titre qu'aucun établissement prêteur n'encourt de perte à la suite de relations d'affaires avec celle-ci. Cette politique sera suivie à votre égard quant à la ligne de crédit complémentaire que vous lui avez accordée. Il est par ailleurs dans notre intention de maintenir notre contrôle et notre participation dans le capital de cette société, à laquelle vous avez accordé cette nouvelle avance ». Ces propos semblaient tout à fait rassurants. Mais l'émetteur de la lettre soufflait le chaud et le froid. « Par la présente, nous nous engageons à vous tenir informés tant qu'une quelconque somme relative au crédit mentionné ci-dessus sera due ou exigible si nous décidions ou étions amenés à vendre tout ou partie de notre participation. Au cas où, pour quelque raison que ce soit, nous ne détiendrions plus, soit le contrôle, soit notre participation majoritaire et dans le cas où la structure financière viendrait à se dégrader, nous vous en aviserions par écrit dans un délai de 30 jours ». La conclusion était un feu d'artifices d'ambigüité : « La validité de cette lettre, qui n'est pas en elle-même une garantie, s'étendra jusqu'au remboursement et paiement total de tout montant ou somme dus par [la société confortée] quant à la ligne de crédit complémentaire ci-dessus visée ». La société confortée finit ultérieurement par faire faillite.

Après avoir cité une définition doctrinale de la lettre de patronage[687], la Cour d'appel de Bruxelles rappela que : « Le contenu d'une lettre de patronage varie au cas par cas et peut aller de la simple description d'une situation jusqu'à un engagement de nature juridique. Lorsqu'elle contient un tel engagement, elle ne confère pas au créancier un second débiteur mais crée une obligation de faire ou de ne pas faire en faveur ou à propos de la société patronnée, sanctionnée par le droit commun de la responsabilité ». Elle identifia ici trois obligations pesant sur le confortant : une obligation de soutien ; une obligation d'information ; une obligation de maintien de participation.

Selon la banque, l'obligation de soutien constituait « une obligation de résultat, à savoir que la banque n'encourt (sic) pas de perte » à la suite de l'opération : il s'agissait d'une garantie indemnitaire satisfactoire, équivalente à un porte-fort d'exécution. L'affirmation selon laquelle « nous nous assurons qu'aucun établissement prêteur n'encourt de perte », suivie de « cette politique sera suivie à votre égard », semblait plaider fortement en ce sens. Pourtant, la Cour décida que : « Si l'absence de perte dans le chef des établissements prêteurs est l'un des effets recherchés par la politique menée par [la société confortante] envers [la société confortée], il ne constitue pas en lui-même l'objet de l'obligation souscrite [...] ». Cela revenait à dire que la garantie était comportementale. Peut-être cette qualification tenait-elle à un mot. La confortante n'avait pas écrit : « nous **vous** assurons » de l'absence de perte, mais « nous **nous** assurons »[688]. Les juges se fondèrent également sur le fait que, dans la fin de la missive, la confortante évoquait la possibilité d'une dégradation de la structure financière[689]. Curieusement, il ne fut

[687] Il s'agit de la lettre « qu'une personne physique ou morale (l'émetteur) adresse à un ou plusieurs créanciers déterminés ou indéterminés en vue de les conforter quant à l'exécution de leur créance vis-à-vis d'un tiers dont elle est généralement actionnaire de référence », définition issue de L. DU JARDIN, « Lettre de patronage : les bonnes pratiques font le bon droit », art. préc.

[688] Souligné par nous.

[689] Nous ne développerons pas un autre des arguments avancés, qui relève éminemment des circonstances de l'espèce, puisqu'il tient à la qualité de l'émetteur : une société créée par les pouvoirs publics et principalement détenue par la Région de Bruxelles-Capitale, dont la banque ne pouvait ignorer qu'elle n'avait « pas pour vocation de diriger ou de maîtriser complètement l'activité » de la société confortée.

pas tiré argument de la formule finale selon laquelle la lettre n'était pas une garantie « en elle-même », mystérieuse expression. La qualification finalement retenue fut celle d'obligation comportementale de moyens, dont la discussion amena à conclure qu'elle avait été respectée.

L'obligation d'informer la banque en cas de perte par la confortante du contrôle de la confortée fut évidemment qualifiée d'obligation de résultat, en vérité une obligation comportementale de résultat, qui avait été violée en l'espèce. Mais, comme dans la décision de Verviers, la condamnation fut pourtant évitée en raison de l'absence de lien de causalité avec le préjudice allégué par la banque, car les magistrats considérèrent que, si l'information avait été effectivement délivrée, cela n'aurait rien changé. Quant à l'obligation de maintien de participation, sa violation fut écartée pour des raisons propres à l'espèce[690], mais il était possible d'affirmer que la portée de l'obligation de maintien de participation était niée par la suite immédiate de la missive, qui mettait en place l'obligation d'information au cas où le contrôle serait cédé[691].

279. Les garanties indemnitaires sont-elles des sûretés ? – Ces deux décisions illustrent clairement l'accueil favorable réservé en droit belge à l'utilisation d'obligations de faire, sources de responsabilité « de droit commun », au soutien du débiteur principal. Mais il faut revenir sur une proposition du Tribunal de Verviers, jusqu'ici passée sous silence : « Attendu que la lettre de patronage n'est pas une véritable sûreté personnelle car elle ne procure pas au créancier un second débiteur [...] ». Cette affirmation repose sur une vision sans doute trop étroite du concept de sûreté : le créancier a accès, en cas de violation de la garantie indemnitaire comportementale ou satisfactoire, à un second patrimoine, qui lui permettra de diminuer, voire d'absorber entièrement les conséquences de l'inexécution[692]. Ce n'est sans doute pas par hasard que la Cour d'appel de Bruxelles a choisi de reprendre uniquement l'affirmation selon laquelle la lettre de patronage « ne confère pas au créancier un second débiteur », en s'abstenant soigneusement d'en conclure qu'elle « n'est pas une véritable sûreté personnelle ». Et il est vrai que, à proprement parler, le garant indemnitaire n'est pas « un second débiteur », dans le sens où une deuxième personne serait tenue de la dette principale.

Si le droit belge reconnaît ces garanties indemnitaires indirectes que sont les lettres d'intention, le Luxembourg y ajoute la reconnaissance expresse du porte-fort d'exécution.

---

[690] Il s'agit à nouveau de la qualité de l'émetteur (V. note précédente), qui aurait dû permettre au destinataire de la lettre de comprendre que le mot « contrôle » de la société confortée ne traduisait pas la réalité des relations entre les deux sociétés.

[691] On peut d'ailleurs se demander s'il n'est pas déloyal, de la part de l'émetteur d'une lettre de patronage, de donner clairement l'impression de s'engager dans un paragraphe, puis de vider cet engagement de sa substance un peu plus loin. Il n'est pas interdit d'y voir une forme de mauvaise foi dans la conclusion du contrat.

[692] V. *supra*, n° 238.

B. Le porte-fort d'exécution : l'exemple du Luxembourg

« La preuve de l'existence du pudding, c'est qu'on le mange ».
Proverbe anglais[693].

280. Importance de la décision – Il est tentant de paraphraser le proverbe en déclarant : la preuve de ce que l'article 1120 du Code civil peut être utilisé comme sûreté, c'est qu'on le fait au Luxembourg. Le porte-fort d'exécution et le pudding existent donc, même si, dans les deux cas, il se trouvera des personnes pour le regretter. Il a été exposé que l'article 1120 n'est en réalité pas nécessaire à l'existence des garanties indemnitaires satisfactoires[694], mais les partisans du porte-fort d'exécution ne cacheront pas leur plaisir face à l'arrêt de la Cour d'appel du Luxembourg du 17 janvier 2001[695]. Certains objecteront que la valeur d'un arrêt de cour d'appel ne doit pas être surestimée : après tout, en France aussi, certaines juridictions du fond ont consacré le porte-fort d'exécution. Ce serait oublier que le Luxembourg ne compte qu'une Cour d'appel, qui fait partie, avec la Cour de cassation, de la Cour supérieure de justice. S'il n'est pas totalement exclu que la Cour de cassation prenne un jour une position différente, il faut donc reconnaître à une telle décision une autorité importante. Cela d'autant plus que l'arrêt a été sélectionné pour figurer à la Pasicrisie luxembourgeoise, recueil comprenant uniquement des décisions considérées comme majeures, qui figureront, sous les textes de lois, dans les codes officiels annotés par le service central de législation luxembourgeois[696].

281. Consécration du mécanisme dans son principe – Une SA avait conclu en tant que bailleresse un contrat de bail avec une SARL « représentée par son gérant Monsieur W., commerçant, demeurant à Luxembourg, pour laquelle société il accepte et se porte personnellement fort ». La Cour d'appel commence par rappeler quelle est l'utilisation classique de l'article 1120 du Code civil : la conclusion d'un acte pour autrui, sans pouvoir, avec promesse que le tiers ratifiera. Mais elle poursuit : « Il est cependant admis que la promesse de porte-fort peut faire fonction de sûreté personnelle. Suivant l'article 1120 du Code civil, le porte-fort est celui qui promet "le fait" d'un tiers. Ce fait peut être non seulement la ratification d'un acte imparfait mais aussi l'exécution d'un engagement par ailleurs valablement pris. Dans ce cas, "si le tiers refuse de tenir l'engagement" le porte-fort est tenu d'indemniser la victime de cette inexécution ». Et la Cour de citer les références de l'article de M. Simler consacré aux « solutions de substitution au cautionnement », ainsi que son traité « cautionnement et garanties autonomes »[697]. Le visa de ces contributions lève toute ambigüité sur l'accueil favorable réservé au mécanisme par les juges luxembourgeois. Relevons au passage que les magistrats belges et

---

[693] « *The proof of the pudding is in the eating* ». Chacun des interprètes de ce proverbe semble lui donner un sens différent. V. par ex. F. ENGELS, *Socialisme utopique et socialisme scientifique*, Éditions sociales, 1962, p. 30.
[694] V. *supra*, n° 103 s.
[695] Cour d'appel, 17 janv. 2001 : *Pas. lux.*, t. 32, p. 191.
[696] De sincères remerciements doivent être adressés à Mme I. RIASSETTO, membre du comité de sélection de la Pasicrisie luxembourgeoise, pour ces éléments d'appréciation de l'importance de l'arrêt. Le Code civil annoté officiel peut être téléchargé sur www.legilux.public.lu.
[697] Article et ouvrage précités.

luxembourgeois semblent citer plus volontiers la doctrine que leurs homologues français.

282. Rejet du mécanisme en l'espèce – Il reste que, en l'espèce, rien ne permettait de retenir la conclusion d'un porte-fort d'exécution. Dans un contrat passé pour autrui, l'expression « j'accepte pour [le tiers] et me porte personnellement fort » est typique d'un porte-fort de ratification. Il eût fallu que le gérant se portât fort, par exemple, de ce que la société paierait les loyers, pour qu'il y ait matière à plaider la conclusion d'un porte-fort d'exécution. C'est à juste titre que la cour d'appel affirme : « Mais, la terminologie étant ambigüe, il faut encore pour que la qualification de garantie personnelle soit retenue, une rédaction claire et précise de la clause de porte-fort-sûreté pour écarter le régime alternatif normal du porte-fort, la promesse de porte-fort constitutive d'une technique de garantie indemnitaire étant "loin d'avoir pénétré notre droit" »[698]. Il est assez étrange que les appelantes invoquent les articles 1156 et 1157 du Code civil, prescrivant de rechercher la commune intention des parties et, lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, de l'entendre dans celui avec lequel elle produirait quelque effet que dans le sens avec lequel elle n'en produirait aucun. En effet, l'interprétation qui semble la plus évidente ne prive nullement la clause de porte-fort de tout effet : il s'agit simplement d'un porte-fort de ratification. Au contraire, les juges ont raison de se réclamer de l'article 1162 du Code civil qui conseille, dans le doute, d'interpréter la convention en faveur de celui qui s'oblige.

Il faut enfin prêter une particulière attention à la terminologie utilisée par les magistrats lorsqu'ils concluent : « Les appelantes n'ayant pas établi que la promesse de porte-fort de W. constitue une garantie indemnitaire, leur appel n'est pas justifié sur ce fondement »[699].

Les juridictions belges, en consacrant l'utilisation d'une obligation de faire, susceptible de générer une « responsabilité de droit commun », admettent le concept de garantie indemnitaire sans le nommer. Les juges luxembourgeois, eux, utilisent cette terminologie, et visent explicitement des auteurs français qui y sont favorables. Dans tous les cas, il s'agit de garanties indemnitaires indirectes : l'indemnisation, sans être accidentelle ou inattendue, est un effet secondaire de la violation par le garant de sa promesse. La conception retenue est la même que celle utilisée en France.

Une autre analyse, proposée par des auteurs suisses, paraît pourtant plus convaincante.

II. Les garanties indemnitaires directes

283. Le porte-fort dans le Code suisse – Au sein de la première partie du Code des obligations suisse « Dispositions générales », se trouve un titre deuxième « De l'effet des obligations », comprenant lui-même un chapitre trois « De l'effet des obligations à l'égard des tiers ». C'est là que se trouve, sous un B. intitulé « Porte-fort », l'article 111 C.O., qui correspond à notre article 1120. La parenté est évidente, même si le libellé des textes diffère : « Celui qui promet à autrui le fait

[698] Les juges citent ici H., J. et L. MAZEAUD, F. CHABAS, *op. cit.*, n° 53-22.
[699] Souligné par nous.

d'un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers »[700].

Cet article est bien plus clair que le nôtre. La généralité des termes « fait du tiers » ne peut être ici contestée. Il serait d'autant plus difficile de plaider que la disposition vise uniquement la ratification d'un acte passée sans pouvoirs que cette question a déjà été réglementée, dans le Code suisse, aux articles 38 et 39. D'autres législations adoptent le même système. Le Code civil grec, par exemple, traite du problème de la ratification d'un acte passé sans pouvoirs en son article 231, alors que l'article 415 dispose : « Celui qui a promis à une autre personne qu'un tiers fournira une prestation, est tenu à des dommages-intérêts, si le contraire ne résulte du contrat, au cas où le tiers refuserait de la fournir »[701].

284. Une différence d'approche – Les différences avec le porte-fort français ne s'arrêtent pas là. Après tout, si l'interprétation large de l'article 1120 du Code français est retenue, les dispositions semblent à peu près équivalentes : cette différence de libellé n'a, en elle-même, rien d'extraordinairement frappant. C'est bien plutôt la construction érigée par la doctrine suisse à partir de ce texte qui retient l'attention. Elle est de nature à remettre en question notre vision de plusieurs garanties indemnitaires. Les garanties indemnitaires satisfactoires, qui équivalent à des porte-fort d'exécution, bien sûr ; mais aussi les engagements par lesquels le garant promet non pas son propre comportement, mais un comportement particulier du débiteur : il s'agit ici aussi d'une forme de porte-fort, de promesse du fait d'un tiers.

Il faut donc exposer le fonctionnement (A), puis le champ d'application (B) du porte-fort suisse.

A. Fonctionnement du porte-fort suisse

285. Plan – Le porte-fort, tel qu'il est conçu en Suisse, diffère de son homologue français tant par sa nature (1) que par son régime juridique (2).

1. Nature juridique : un « contrat de garantie »

286. Prise de distance avec les origines romaines – Il a déjà été souligné à quel point la présentation du porte-fort, en droit français, comme une exception au principe posé par l'article 1119 du Code civil, a paralysé une partie de la doctrine française, qui lui vouait un respect très exagéré[702]. Les auteurs tels que Demolombe ou Boulanger, qui mettaient en garde contre l'archaïsme du texte, faisaient alors figure de trublions. Le législateur suisse a, lui, eu l'intelligence de ne pas reproduire

[700] Sur l'utilisation du porte-fort, en Suisse, dès l'époque moyenâgeuse, V. G. PARTSCH et J.-F. POUDRET, « Les sûretés personnelles d'après les sources suisses du Moyen Âge », *in Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XXIX, *Les sûretés personnelles, partie 2*, éd. de la Librairie encyclopédique, 1969-1974, p. 483, V. p. 573 s.

[701] Traduction de P. MAMOPOULOS, *Code civil hellénique*, Editions Ant. N. Sakkoulas, Athènes – Komotini, 2000, 3e éd. mise à jour par M. TSITEKLIS-SOURIADAKIS.

[702] V. *supra*, not. n° 47.

la règle romaine figurant à l'article 1119 du Code civil français. Ainsi, c'est sans trembler qu'en Suisse on s'est saisi du porte-fort[703].

Dans sa thèse, datée de 1898, Wavre note déjà qu'en France, le porte-fort équivaut par défaut à une promesse de ratification. Toutefois, il s'agit selon lui d'une règle supplétive : « Le promettant peut conclure une obligation moins étendue, comme il peut aussi garantir l'exécution même du fait promis de la part du tiers »[704]. Mais ce qui est exceptionnel en droit français est au contraire banal en droit suisse : « Le porte-fort aura beau prouver qu'il a fait tout ce qu'il lui était possible de faire, ou même qu'il a réussi à amener le tiers à ratifier la promesse ; s'il n'y a pas eu exécution complète par le tiers, il ne peut se libérer du paiement des dommages et intérêts »[705]. Il est possible, à l'inverse, de se contenter de garantir une ratification. Une simple promesse de bons offices est également envisageable, mais l'auteur ne la rattache pas à l'article 111 C.O. : « C'est une simple obligation de faire, parfaitement possible et licite en elle-même, qui sera soumise aux dispositions générales du Code »[706].

287. Une « obligation de garantie » – Wavre en vient ensuite à se poser la question, fondamentale, de l'objet de l'obligation du promettant. Il avance trois hypothèses : il s'agit d'une obligation de faire consistant à rapporter le fait du tiers, qui se résout en dommages et intérêts[707] ; c'est une obligation conditionnelle, le paiement de l'indemnité étant subordonné au fait d'un tiers, événement incertain[708] ; c'est une « obligation de garantie », et si le promettant doit payer, ce n'est pas en raison de l'inexécution de son obligation, « mais parce que c'est un effet direct de sa promesse, parce qu'il a garanti le fait d'un tiers, parce qu'il s'est porté fort »[709]. Même la doctrine suisse, à l'époque de Wavre, retient semble-t-il la théorie de l'obligation de faire. C'est celle sur laquelle se basent aujourd'hui encore la doctrine et la jurisprudence françaises[710]. Elle se heurte aux objections soulevées par Boulanger, selon lesquelles « il n'est pas au pouvoir » du promettant de rapporter le fait promis, et ce mot même de promesse est incorrect[711]. Quant à la théorie de l'obligation conditionnelle : « Elle repose sur une confusion entre la promesse de porte-fort, qui est en elle-même pure et simple, et l'obligation de payer des dommages et intérêts, qui n'est qu'une conséquence, un effet de cette promesse »[712]. Cette remarque est exacte : il ne viendrait à personne l'idée de dire que l'obligation d'une caution est conditionnelle, sous prétexte que la défaillance du débiteur principal sera l'événement déclencheur de sa prestation, sans quoi les banques rémunérées pour leur cautionnements devraient les rembourser en cas de défaillance de la condition. Il en va de même pour le porte-fort. Reste alors la troisième théorie :

[703] A. WAVRE, « Le porte-fort en droit fédéral », thèse Neuchâtel, 1898, p. 22. : « [...] il n'y a pas lieu de regretter qu'on n'ait pas introduit dans notre Code cette disposition toute romaine que les rédacteurs du Code Napoléon, accoutumés à suivre Pothier pas à pas, ont reproduite sans se douter qu'elle n'est plus en harmonie avec les principes modernes et qu'elle allait être anéantie aussitôt par l'art. 1120 ».
[704] *Ibid.*, p. 26.
[705] *Ibid.*
[706] *Ibid.*, p. 27.
[707] *Ibid.*, p. 29.
[708] *Ibid.*
[709] *Ibid.*, p. 30.
[710] V. *supra*, le titre I.
[711] V. *supra*, n° 264 s.
[712] A. WAVRE, thèse préc., p. 33.

le porte-fort est un « contrat de garantie »[713]. C'est l'hypothèse retenue aujourd'hui par plusieurs auteurs suisses.

288. Un contrat proche de l'assurance – Depuis Wavre, en effet, le porte-fort a été largement commenté par la doctrine suisse[714]. Certes, un auteur adopte une définition semblable à celles qu'utilise la doctrine française : « En réalité, par la promesse de porte-fort du droit suisse, B ne s'oblige pas envers A à faire entrer C dans un rapport juridique ou à l'y faire adhérer, non plus qu'à l'astreindre à l'exécution : A et B ne peuvent obliger C contre sa volonté. B répond envers A, par des dommages-intérêts, du fait positif ou négatif de C, parce que lui, B, a contrevenu à son obligation : le porte-fort dédommagera A dès lors qu'il a promis que C fera ou ne fera pas telle chose et que le contraire se produit, ce qui constitue une violation de l'obligation assumée par B »[715]. Mais cette opinion semble relativement isolée, le reste de la doctrine considérant que l'indemnisation matérialise l'exécution même de l'engagement, non une conséquence de sa violation[716].

Dès lors, Mme Riassetto peut à juste titre rapprocher le porte-fort suisse du contrat d'assurance, en les rangeant tous deux dans la catégorie des « contrats indemnitaires »[717]. Cette parenté semble particulièrement évidente sous la plume de M. Scyboz : « La notion de garantie assumée par contrat est corrélative de celle du risque. L'élément aléatoire existe lorsqu'un événement futur et incertain peut survenir, qui est préjudiciable et donc redouté, ou ne pas se produire, alors qu'on en attend un avantage. En principe, il suffit d'une incertitude subjective, au moment où les parties s'engagent, qui ne se dissipera, le cas échéant, que plus tard. Lorsqu'il se réalise, le risque doit exercer un effet sur le patrimoine. Ce peut être la future victime qui le crée ; ainsi, l'un des risques les plus courants surgit au cours de l'opération de crédit, en raison de l'insolvabilité d'un partenaire qui survient dans l'intervalle séparant les prestations des parties. Mais, fréquemment, le danger naît sans qu'elle n'y ait aucune part. Souvent enfin, un tiers prend sur lui les conséquences dommageables de la survenance du fait incertain, en assurant à son partenaire, dans une telle éventualité, une prestation propre dont le contenu varie de cas en cas »[718].

---

[713] « On désigne très souvent sous ce nom les contrats qui ont pour but de garantir l'exécution d'une obligation (gage, hypothèque, cautionnement, clause pénale) ; on entend aussi quelquefois par là les contrats par lesquels une personne soutient l'entreprise financière d'une autre, en s'engageant à supporter gratuitement, en tout ou en partie, les risques de cette entreprise. Il s'agit ici des contrats de garantie en général, qui embrassent tous les contrats dont l'objet est de garantir la réalisation ou la non réalisation d'un événement incertain » (*ibid.*, p. 34 s.).

[714] V. not., dans la doctrine francophone : F. CHAUDET, avec la collab. d'A. CHERPILLOD, *Droit suisse des affaires*, éd. Helbing et Licthenhahn – Bruylant – LGDJ, 2e éd., 2004, n° 2294 s. ; P. ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse*, Stæmplfi Éditions SA Berne, 2e éd., 1997, n° 95 s. ; D. GUGGENHEIM, *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, Georg éditeur, 4e éd., 2000, p. 340 s. ; P. TERCIER, *Le droit des obligations*, Schulthess Zurich, 2e éd., 1999, n° 1046 ; P. TERCIER, avec la collab. de S. VENTURI, *Les contrats spéciaux*, Schulthess, 3e éd., 2003, n° 6286 s. ; L THÉVENOZ et F. WERRO, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Helbing et Lichtenhahn, 2003, art. 111 ; G. SCYBOZ, *Traité de droit privé suisse*, t. VII, 2, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Éd. Universitaires de Fribourg, 1979.

[715] P. ENGEL, *op. cit.*, n° 95.

[716] En ce sens, V. par ex. P. TERCIER et S. VENTURI, *op. cit.*, n° 6290 s. ; L. THÉVENOZ et F. WERRO, *op. cit.*, n° 2.

[717] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-57, 2.

[718] G. SCYBOZ, *op. cit.*, p. 11.

C'est bien ce qu'affirmait Boulanger : le promettant ne s'engage pas à rapporter le fait du tiers, car il en serait bien incapable, mais il prend sur lui le risque qu'un événement espéré n'intervienne pas, ou qu'un événement redouté se produise. Le juriste français accueillera probablement une telle proposition avec prudence mais bienveillance. Il risque toutefois de sursauter, en découvrant que les propos de M. Scyboz sont supposés décrire aussi bien le porte-fort que... le cautionnement[719] ! Une partie de la doctrine suisse formule en effet des propositions de nature à jeter, sur les relations entre porte-fort et cautionnement, un éclairage nouveau. Avant de les envisager, il faut exposer quel régime juridique découle de la nature particulière du contrat de porte-fort, telle qu'elle vient d'être décrite.

2. Régime juridique : une large autonomie

289. Plan – Il faut étudier brièvement la formation (a), puis l'exécution du contrat (b).

a. Formation du contrat

290. Intention de s'obliger – En droit français, les auteurs classiques se divisaient à propos de la question suivante : avec quelle facilité doit-on présumer que celui qui « promet le fait d'autrui » prend en réalité un engagement personnel, valable[720] ? Wavre rappelle à nouveau qu'il n'y a pas, en Suisse, d'équivalent à l'article 1119 du Code civil français : dès lors, il faut très facilement présumer qu'il y a porte-fort, et aucune formule sacramentelle n'est évidemment requise. Il faut tout de même une véritable intention de s'obliger : tel n'est pas le cas face à de simples encouragements. « Quand je vous promets que X. vous engagera comme employé ou vous vendra sa maison, il est fort possible que je n'aie pas entendu m'obliger par cette allégation. Mon intention était peut-être uniquement d'éveiller une espérance en vous, de vous encourager dans une décision que vous aviez prise, et dans ce but, je vous ai déclaré la conviction que j'avais que X. consentirait à vous engager comme employé ou à vous vendre sa maison »[721]. Il a parfois été avancé que l'existence d'un intérêt personnel à l'affaire est un indice sérieux d'une intention de s'obliger[722].

291. Fait promis – Quel doit être l'événement garanti ? « Le "fait" promis [...] a reçu une acception très large dans la jurisprudence, qui entend par là toute attitude future, positive ou négative, de fait ou de droit, qu'il appartient au tiers de prendre ou de ne pas prendre, autant qu'elle échappe à la volonté du porte-fort, mais ne dépend pas uniquement du hasard, et présente pour le stipulant un intérêt appréciable en argent »[723]. Des auteurs fournissent des exemples d'emploi théoriques, utilisés classiquement par la doctrine : « la promesse du fait d'un mineur

[719] Les propos sus-cités sont en effet précédés de la phrase : « Le porte-fort et la caution fournissent une garantie ». Puis le contrat de garantie est décrit, on l'a vu, comme une convention permettant le transfert d'un risque d'une personne sur une autre.
[720] V. *supra*, n° 46.
[721] A. WAVRE, thèse préc., p. 45.
[722] G. SCYBOZ, *op. cit.*, p. 17.
[723] *Ibid.*, p. 18.

(un enfant donnera un concert), de la réalisation d'un gain (distribution de dividendes), de l'accomplissement d'un acte juridique unilatéral (retrait de poursuites), ou d'un simple fait (un voyage) » ; puis ils poursuivent par des exemples tirés de la jurisprudence : « Une société mère promet aux clients potentiels de sa filiale qu'elle assurera les engagements de cette dernière (tiers non obligé envers le bénéficiaire) ; le président du conseil d'administration et principal actionnaire conclut "sous sa responsabilité personnelle" un contrat de prêt pour la société (tiers obligé) ; une société promet à un acquéreur des actions nouvelles, par renonciation des actionnaires à leur droit préférentiel de souscription (tiers non obligé) ; l'importateur qui accorde une exclusivité de vente garantit son observation par le fabricant (tiers non obligé) »[724]. Une fois encore, il faut remarquer que le champ d'application du porte-fort englobe et dépasse celui du cautionnement, ce qui pose, de manière aigüe, la question du rapport entre les deux mécanismes.

b. Exécution du contrat

292. Indépendance – « N'étant pas accessoire, le porte-fort est en principe indépendant de la prestation promise et ne suppose donc pas, notamment, un contrat valable entre le stipulant et le tiers. Il subsiste ainsi lorsque l'engagement du tiers est entaché de nullité pour vice de forme ou de la volonté, incapacité ou simulation »[725]. L'indépendance du porte-fort suisse semble donc supérieure à ce qu'elle est en droit français.

Il faut toutefois souligner immédiatement que le promettant peut opposer au bénéficiaire toutes les exceptions résultant de leurs rapports personnels[726]. Il n'est pas possible de s'abstraire de cette limite : aussi indépendant soit-il par rapport à la relation entre créancier et débiteur principal, le contrat de porte-fort est toujours un contrat, soumis aux conditions de validité du droit commun, et qui peut être neutralisé par un événement affectant la relation entre garant et bénéficiaire. Ainsi la garantie d'un fait illicite ou immoral sera elle-même illicite ou immorale, et donc susceptible d'annulation[727].

L'impossibilité du fait du tiers contamine-t-elle le porte-fort ? Wavre estimait que : « Le porte-fort ne s'engage pas à une chose impossible ; il garantit que quelque chose d'impossible se produira ou qu'une chose certaine ne se produira pas. Par cette garantie, il s'oblige à payer des dommages et intérêts à l'autre partie, prestation toujours objectivement possible »[728]. Ce raisonnement ne peut être approuvé : Wavre ne condamnait-il pas la théorie selon laquelle l'obligation du promettant est conditionnelle, en soulignant qu'on confondait de ce fait la couverture et le paiement[729] ? Or : « Si le comportement auquel le stipulant est incité se révèle impossible, le porte-fort est vain, car le risque ne saurait naître »[730]. C'est ainsi que l'impossibilité initiale objective rend le contrat nul. Quant à l'impossibilité initiale

[724] L. THÉVENOZ et F. WERRO, *op. cit.*, n° 5. Les références des arrêts du Tribunal fédéral figurent dans les notes.
[725] G. SCYBOZ, *op. cit.*, p. 18.
[726] L. THÉVENOZ et F. WERRO, *op. cit.*, n° 15.
[727] A. WAVRE, thèse préc., p. 48 s.
[728] *Ibid.*, p. 50 s.
[729] V. *supra*, n° 287. Le terme de « couverture » n'était pas employé par cet auteur, mais il correspond à l'idée qu'il exprimait.
[730] G. SCYBOZ, *op. cit.*, p. 18.

subjective, elle rendrait le contrat annulable pour erreur ou dol si elle était connue du seul bénéficiaire[731]. Reste la question importante de l'impossibilité subséquente. Le promettant suisse doit en répondre, disent certains : « Toute impossibilité subséquente de la prestation du tiers (de l'exécution d'une convention notamment) constitue, de par la nature même du contrat, un aléa que le garant couvre, sauf accord contraire »[732]. Wavre estime plus sagement que, par défaut, l'intention du porte-fort de couvrir ces risques exceptionnels ne peut être présumée, mais qu'elle peut résulter d'un choix suffisamment clair des parties[733].

293. Prestation due – Lorsque le risque couvert se réalise, le promettant doit payer. Mais il ne faut absolument pas y voir la sanction d'une inexécution, au contraire : « Ce faisant, il exécute son obligation : le promettant ne doit pas des "dommages-intérêts d'inexécution", contrairement à ce que pourrait laisser entendre le texte français de la norme »[734]. Le porte-fort fournit donc une prestation consistant à indemniser le bénéficiaire. Toutefois, l'article 111 C.O. est une disposition supplétive de volonté : « Les parties peuvent donc y déroger : convenir que le promettant fournira la prestation par hypothèse due par le tiers plutôt qu'une indemnité »[735]. Il ne faut donc pas compter sur ce critère pour distinguer porte-fort et cautionnement.

Si c'est une prestation indemnitaire qui est due plutôt qu'une substitution au débiteur principal, elle peut être assortie d'une clause pénale, ainsi que nous l'avions admis en droit français[736]. Mais, précisément, les choses devraient être présentées autrement en droit suisse. Wavre avait fait remarquer, à juste titre, que l'aspect comminatoire est indissociable de la notion de clause pénale[737]. Or, la doctrine suisse a précisément compris que, lorsque le risque couvert se réalisé, il n'y a là aucune « faute » de la part du promettant. Il est donc plus correct de parler d'une évaluation forfaitaire de l'indemnité.

294. Recours – Par défaut, le porte-fort *solvens* n'a aucun droit contre le tiers, et ne bénéficie pas d'une subrogation dans les droits du bénéficiaire. Cette situation est considérée comme inéquitable par la doctrine[738]. Il est toujours possible, néanmoins, de mettre en place une subrogation conventionnelle. Par ailleurs, si le garant s'est porté fort à la demande du tiers, une action fondée sur le rapport existant entre eux pourra être envisagée.

Il n'est pas certain que les mêmes difficultés se retrouveraient en droit français : la jurisprudence a décidé que, lorsqu'une dette est éteinte par un tiers au

[731] *Ibid.* D'autres auteurs, comme MM. THÉVENOZ et WERRO, estiment que c'est cette seule sanction qui doit être encourue, même en cas d'impossibilité initiale objective. Cette solution, selon eux « répond mieux à la nature de l'engagement du porte-fort : en principe, le promettant s'engage indépendamment de la validité de l'obligation du tiers » (*op. cit.*, n° 10).
[732] G. SCYBOZ, *loc. cit.*. Dans le même sens : L. THÉVENOZ et F. WERRO, *loc. cit.*
[733] A WAVRE, thèse préc., p. 75.
[734] L. THÉVENOZ et F. WERRO, *op. cit.*, n° 12.
[735] *Ibid.*, n° 7.
[736] G. SCYBOZ, *op. cit.*, p. 17. Pour le droit français, V. *supra*, n° 164 s.
[737] A. WAVRE, thèse préc., p. 38.
[738] G. SCYBOZ, *op. cit.*, p. 22.

rapport obligataire, celui-ci est subrogé dans les droits du créancier contre le débiteur alors même qu'il aurait agi en vertu d'une obligation personnelle[739].

B. Champ d'application du porte-fort suisse

295. Problématique – Le porte-fort est donc rattaché, en droit suisse, à la notion de contrat de garantie. Ce genre comprend deux espèces. « Dans une première série de cas (*die reine Garantie*), l'événement incertain demeure sans relation avec une obligation déterminée : si le cas échéant, le bénéficiaire entre en rapport avec des tiers, ceux-ci, pour lors, ne lui doivent rien. C'est ainsi qu'une personne (souvent une banque, parfois une communauté publique) couvrira ou assurera l'heureuse issue d'une opération ou le bénéfice d'une entreprise, notamment un dividende. La plus fréquente aujourd'hui, la seconde espèce (*die bürgschaftsähnliche Garantie)*, présente, par l'objet de la garantie, une analogie avec le cautionnement, d'où naît la difficulté de l'en distinguer »[740].

La doctrine et la jurisprudence ont alors raisonné en termes de conflit, traitant le porte-fort et le cautionnement comme des concurrents. Cela implique de trouver des critères permettant de décider lequel des deux doit triompher dans un cas d'espèce (1). Cette démarche ayant échoué, d'autres auteurs proposent une piste au premier abord déconcertante : considérer que le cautionnement n'est rien d'autre qu'une application du porte-fort (2).

1. Théorie de la concurrence du cautionnement avec le porte-fort

296. La jurisprudence – Un arrêt daté de 1939 illustre assez bien le malaise du Tribunal fédéral face à la question[741]. Un bail avait été conclu entre deux sociétés. Un administrateur de la société preneuse avait signé l'engagement suivant : « Je déclare me porter personnellement fort du loyer dû par la société Art Cinématographique SA à la Société immobilière Domus. Ce porte-fort cessera dès le jour où j'aurai donné ma démission de la S.I. Domus et je ne serai plus responsable des loyers à courir de cette date ». Les juges du fond avaient qualifié l'engagement de cautionnement. Le Tribunal fédéral corrige leur motivation sur un point essentiel : « À la vérité, contrairement à l'avis du juge cantonal, il n'est pas décisif que, d'après le texte français de l'art. 111 CO, celui qui s'oblige promet le "fait" d'un tiers, tandis que [le garant] n'aurait pas garanti un fait du locataire, mais le payement du loyer. Le mot « fait » de l'art. 111 a le sens très large de toute prestation quelconque ("*Leistung*", dans le texte allemand). Or le payement d'un loyer est une prestation qui peut être garantie par un porte-fort ou par une caution »[742]. La concurrence entre les deux mécanismes, sur le terrain de la garantie de l'exécution d'une obligation, paraît donc frontale.

---

[739] V. *infra*, n° 610.
[740] G. SCYBOZ, *op. cit.*, p. 14.
[741] Tribunal fédéral, 1ère section civile, 1er févr. 1930 : *ATF,* 65 II 30. Les décisions de cette juridiction peuvent être consultées en ligne, à l'adresse www.bger.ch.
[742] L'interprétation développée par le Tribunal Fédéral est tout à fait comparable à celle que, en France, la doctrine favorable au porte-fort d'exécution propose d'appliquer à l'article 1120 C. civ (V. *supra*, n° 19 s.).

Comment savoir, alors, quelle qualification doit être retenue ? « Le critère distinctif réside en ce que le porte-fort assume une obligation personnelle qui est en soi indépendante de la prestation promise du tiers et qui n'astreint pas le porte-fort à l'exécution du fait promis, si le tiers ne l'exécute pas, mais à des dommages-intérêts, tandis que le cautionnement est un engagement accessoire qui oblige, au besoin, le garant à exécuter la prestation du débiteur principal ». Ces indications ne sont utiles que si les parties ont décrit le régime de leur garantie. Lorsque le texte de l'engagement est lapidaire, comme c'était le cas en l'espèce, les éléments énumérés par les juges semblent être davantage des conséquences de la qualification que des instruments permettant de la mener à bien.

Le Tribunal poursuit : « En l'espèce, un bail a été conclu et un loyer déterminé entre les deux sociétés. Le défendeur est intervenu par la suite pour se porter personnellement fort, soit responsable, du loyer dû ; cela ne peut pas raisonnablement signifier autre chose que la promesse de payer si le locataire ne s'en acquitte pas ; il y a donc là un engagement, assumé à titre accessoire, de fournir la prestation même du débiteur principal. Cette garantie est celle d'une caution, non d'un porte-fort ». L'opération de qualification ressemble plutôt à un tour de passe-passe. Une personne intervient pour « se porter personnellement fort », ce qui signifie qu'elle est « responsable », un mot qui ne semble pas faire pencher la balance vers le cautionnement plutôt que vers une garantie indemnitaire – au contraire. Et, tout à coup, cela signifie nécessairement que le garant veut se substituer au débiteur principal, donc qu'il est une caution. Le seul élément véritablement saillant dans la motivation est le constat que l'obligation principale préexistait, et que le garant est intervenu « par la suite ». Un auteur conclut de cette décision : « On peut raisonnablement se demander comment il est possible en pratique de garantir de manière indépendante une obligation contractuelle »[743].

Dans un arrêt ultérieur, le Tribunal fédéral, analysant lui-même la jurisprudence antérieure, met en avant un autre critère : « L'existence d'un intérêt personnel du garant, distinct de celui du débiteur principal, est plutôt un indice en faveur du porte-fort, mais il ne revêt pas de caractère déterminant »[744]. Il ne permet donc pas de trancher.

297. La doctrine – Les auteurs soulignent les enjeux, bien sûr très importants, qui s'attachent à une exacte qualification des engagements garantissant l'exécution d'obligations. Le choix du cautionnement appelle en effet l'application d'une réglementation contraignante, tenant à la forme comme au fond de l'acte, tandis que le contrat de porte-fort semble bénéficier d'une grande liberté. Dès lors, la doctrine s'attache elle aussi à proposer des critères de délimitation. Un auteur avance ainsi : « Il existe quatre critères de distinction principaux. a) Indépendance de l'engagement : la promesse de porte-fort est indépendante de l'engagement du tiers envers le stipulant alors que le cautionnement a un caractère accessoire par rapport à la dette principale (il suppose l'existence d'une obligation valable).

[743] T. ROSSI, *La garantie bancaire à première demande: pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, Méta-Éditions, 1990, n° 311.

[744] Tribunal fédéral, 1ère section civile, 25 mai 1999 : *ATF*, 125 II 305. Notons que, dans cette décision, les magistrats affirment à nouveau que : « Le critère de distinction essentiel entre ces deux espèces de garantie réside dans l'accessoriété, c'est-à-dire le lien de dépendance de l'engagement de la caution à l'égard de l'obligation du débiteur principal ».

b) Nature de la dette garantie : le cautionnement garantit toujours le paiement d'une dette d'argent (ou du moins exprimable en argent) alors que le porte-fort peut porter sur n'importe quel comportement. c) Objet de la garantie : la caution donne une garantie de solvabilité du débiteur alors que le porte-fort promet la prestation même du tiers. d) Prestation promise : la caution s'oblige à payer la dette si le débiteur est défaillant alors que le porte-fort ne promet que des dommages-intérêts »[745].

Reprendre ces critères un par un permet de s'apercevoir que les choses ne sont pas si simples. À tout seigneur, tout honneur, le critère de l'indépendance est le premier cité. Mais il ne répond pas véritablement à la question : « Face à une déclaration qui engage la "responsabilité personnelle" du promettant, qui peut comprendre s'il s'agit d'une promesse accessoire ou indépendante ? Personne, et notamment pas le Tribunal fédéral, qui a pourtant retenu de manière constante ce critère de distinction »[746].

Le deuxième critère, qui veut que seul le porte-fort soit envisageable comme garantie d'une obligation autre que monétaire, ne serait pas applicable en droit français. À côté du cautionnement des obligations de faire qui n'est qu'une garantie indemnitaire déguisée, puisqu'il est promis *ab initio* de payer une somme d'argent et non d'exécuter l'obligation principale, existe peut-être un véritable cautionnement de telles obligations : lorsque le garant s'engage à faire ce qui devait être fait[747].

Le troisième critère, selon lequel la caution donne « une garantie de solvabilité », alors que le porte-fort promet « la prestation même » du tiers, appelle la même remarque que le premier : cela n'aide pas véritablement à qualifier un engagement succinct rédigé en des termes non sacramentels[748].

Quant au quatrième critère, il n'est pas non plus d'un grand secours : la doctrine suisse admet que le porte-fort s'engage, par stipulation expresse, à se substituer au débiteur principal plutôt qu'à payer une indemnité[749]. Une telle idée achève d'ailleurs d'égarer le juriste français, qui pensait trouver là une des seules certitudes auxquelles se raccrocher : un engagement de fournir la prestation à la place du débiteur principal est un cautionnement. Ce n'est manifestement pas le cas en droit suisse.

Aucun critère de démarcation, jurisprudentiel ou doctrinal, n'est donc pleinement satisfaisant. Mais une autre approche a été proposée.

2. *Théorie de l'inclusion du cautionnement dans le porte-fort*

298. Le cautionnement, porte-fort spécial – Certains auteurs critiquent la place occupée par l'article 111 au sein du Code des obligations, au sein des « dispositions générales »[750]. Pour eux, le porte-fort aurait dû figurer dans la partie

[745] F. CHAUDET, *op. cit.*, n° 2302.
[746] L. THÉVENOZ et F. WERRO, *op. cit.*, n° 22, qui qualifient ironiquement ce critère de « formule miraculeuse » qui « n'est d'aucun secours pour établir une règle générale ».
[747] V. *supra*, n° 243 s.
[748] Il peut paraître surprenant que l'on qualifie l'engagement du porte-fort comme celui qui promet « la prestation même du tiers ». L'emploi du mot « même » suggérera d'ailleurs à un juriste français la qualification de cautionnement. Il faut comprendre cette expression comme suit : le porte-fort promet la prestation même du tiers, c'est-à-dire le résultat économique, factuel, attendu par le créancier, sans considération pour la validité de l'obligation juridique sous-jacente.
[749] V. *supra*, n° 293.
[750] V. *supra*, n° 283.

spéciale du Code des obligations, aux côtés du cautionnement[751]. Pourtant, Wavre avait déjà contesté cette vision du porte-fort comme contrat spécial : « [...] Le cautionnement est un contrat par lequel une personne s'engage envers le créancier à satisfaire à une obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Si le porte-fort garantit d'une façon générale tous les faits d'un tiers, la caution garantit certains de ces faits. [...] Le cautionnement est une espèce de promesse de porte-fort, celle par laquelle une personne garantit l'exécution de l'obligation d'un tiers »[752]. Singulier renversement de perspective par rapport au débat français, qui dénonce dans le porte-fort d'exécution l'empiétement d'une invention doctrinale douteuse sur le domaine seigneurial du cautionnement !

M. Rossi va dans le même sens et avance plusieurs arguments. Après avoir cité la place de l'article dans le Code, il poursuit : « Ensuite, contrairement aux dispositions sur le cautionnement, l'art. 111 ne réglemente pas le contrat de garantie mais énonce une règle de principe. Cette règle peut s'appliquer à plusieurs formes d'intercessions. Elle n'est donc pas typique d'un seul contrat. [...]Le "porte-fort" de l'art. 111 CO n'est donc pas une espèce de contrat, pas plus que ne l'est la "subrogation" (art. 110 CO) ou la "stipulation pour autrui" (art. 112 CO). C'est une règle générale applicable à tout contrat et non seulement à des sûretés »[753].

299. Le régime dérogatoire et protecteur du cautionnement – Dans une telle perspective, l'article 111 CO devient le genre et le cautionnement l'espèce. Or, les cautions bénéficient de certains avantages : bénéfices de discussion et de division, subrogation légale par exemple. Ces avantages n'ont pas été accordés « aux autres porte-fort »[754]. Le régime du cautionnement apparaît alors comme une faveur octroyée par le législateur au garant. Mais faut-il alors appliquer ce régime spécial chaque fois que le fait promis est l'exécution par un tiers d'une obligation ? Telle n'est pas la position du Tribunal fédéral, qui estime qu'il est possible dans une telle situation de conclure un porte-fort – il faut comprendre « un porte-fort classique », soumis au régime général du mécanisme[755].

La prise en compte de la vocation protectrice du cautionnement fournit cependant un nouveau critère au juge qui doit choisir les règles à appliquer en présence d'une sûreté : le garant mérite-t-il protection ? C'est probablement ce raisonnement qui inspire le Tribunal fédéral lorsqu'il affirme : « La règle protectrice de l'art. 493 CO serait trop facilement éludée s'il suffisait d'insérer le mot "porte-fort" dans la formule soumise à la signature de la caution, alors que cette dernière en ignore souvent le sens. Une interprétation littérale stricte ne se justifie qu'à l'égard de personnes qui sont rompues à l'usage de ces termes, par exemple des instituts bancaires suisses »[756]. Dans une autre décision, il décide que : « le principe de protection entre en ligne de compte pour la qualification » de l'acte[757]. Des auteurs détaillent : lorsque les parties sont des professionnels, des personnes compétentes et

[751] F. CHAUDET, *op. cit.*, n° 2297. Dans le même sens, V. par ex. P. ENGEL, *op. cit.*, p. 430 : « Il sied de préciser cependant que le contrat de porte-fort est un contrat de garantie personnelle parmi d'autres ».
[752] A. WAVRE, thèse préc., p. 55.
[753] T. ROSSI, thèse préc., n° 334 s.
[754] A. WAVRE, thèse préc., p. 57 s.
[755] V. *supra*, n° 296.
[756] Arrêt du 25 mai 1999, précité.
[757] *ATF*, 113 II 434 c. 2b *in fine*, traduction de l'allemand proposée par L. THÉVENOZ et F. WERRO, *op. cit.*, n° 24, note n° 66.

averties, un texte clair tel que « je me porte fort, sans pouvoir soulever d'exceptions ni d'objections résultant du rapport de valeur » doit, conformément aux prévisions des parties, entraîner la mise à l'écart des protections légales accordées aux cautions. En revanche, « La loi (CO 492 s) a pour but de protéger la personne inexpérimentée en la matière d'engagements excessifs qu'elle pourrait prendre, notamment à titre privé, parce qu'on ne peut pas raisonnablement prétendre qu'elle comprenne au moment de la promesse ce à quoi le texte l'engage »[758]. L'application concrète de ce principe de qualification n'ira pas sans poser quelques difficultés, mais le critère proposé – considérer la personne du garant, et surtout sa compétence – semble autrement plus logique et solide que ceux évoqués précédemment.

L'exemple suisse, qui vient d'être développé, remet en question un certain nombre de concepts du droit des sûretés qu'en France on croyait intangibles. C'est à la lumière de l'article 111 du Code des obligations que M. Ancel a eu l'idée de proposer l'article 1120 du Code civil comme fondement des garanties indemnitaires en droit français[759]. Le droit suisse, de plus, semble loin d'être isolé : il rattache le porte-fort à la notion de « contrat de garantie », les germanophones parlant de « *Garantievertrag* ». Or, le droit allemand connaît aussi le *Garantievertrag*, qui n'est fondé sur aucun texte, mais rattaché à la liberté contractuelle[760]. Les définitions qui en sont proposées semblent compatibles avec celle du porte-fort suisse pris comme mécanisme général. La Cour de cassation allemande l'a en effet défini comme : « le contrat informel par lequel une personne s'engage, indépendamment de l'existence d'une dette principale, à répondre d'un certain succès ou à prendre en charge la réparation d'un dommage futur non encore réalisé »[761].

Les concepts du droit suisse sont donc partagés par d'autres pays, mais, surtout, le rapprochement du porte-fort avec l'assurance semble cohérent au regard de l'Histoire du droit.

SECTION 2
UN RAPPROCHEMENT SUGGÉRÉ PAR L'HISTOIRE

300. Des inventions décalées dans le temps – Le droit suisse voit dans les garanties indemnitaires constitutives d'un porte-fort un contrat visant *ab initio* à couvrir un risque d'inexécution. Si ce risque se réalise, le garant sera amené à supporter tout ou partie de ses conséquences patrimoniales, en indemnisant le bénéficiaire. Une telle définition suggère immédiatement une parenté avec le contrat d'assurance. Pourtant, la doctrine semble refuser tout rapprochement approfondi entre sûretés personnelles et assurances[762]. Avant de considérer les arguments à

[758] L. THÉVENOZ et F. WERRO, *op. cit.*, n° 24.
[759] P. ANCEL, thèse préc., n° 40 s.
[760] T. ROSSI, thèse préc., n° 344. Sur ce contrat, V. aussi P. ANCEL, thèse préc., n° 34 s ; J. HÉMARD, « Les sûretés personnelles en Europe occidentale au XIXe et au XXe siècles. Rapport général », *in Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XXX, *Les sûretés personnelles, partie 3*, p. 7, V. p. 32 s.
[761] N. SEUWEN, *Les clauses d'entraînement et de sortie conjointe*, mémoire de recherche, DJCE de Strasbourg, 2007, n°140, citant et traduisant :« *Beim Garantievertrag verpflichtet sich der Garant, unabhängig von dem Besteheneiner Verbindlichkeit für einen bestimmten Erfolg einzustehen oder die Gewähr für einen künftigen, noch nicht entstandenen Schaden zu übernehmen* ».
[762] V. *infra*, n° 339 s.

l'appui de cette position, il est nécessaire de prendre un peu de recul et de se souvenir des circonstances et des époques qui ont vu naître ces deux disciplines. On s'aperçoit alors que le cautionnement est une invention très ancienne (I), tandis que l'assurance est une découverte relativement récente (II). Cette considération n'est évidemment pas neutre : lorsque la deuxième est parvenue à maturité, le premier avait eu le temps de façonner les esprits en profondeur.

I. Une brève histoire du cautionnement

« Une caution a ruiné bien des gens heureux
Et les a ballotés comme les vagues de la mer ».
Si 29:17.

301. Plan – Cet extrait de l'Ancien Testament rappelle à quel point le cautionnement est un mécanisme ancien et vénérable. Il ne faudrait pourtant pas s'y tromper : à cette unique dénomination, des réalités très diverses ont correspondu au fil du temps. En effet, « [...] la matière du cautionnement n'a pas toujours eu l'organisation cohérente et ordonnée dont la dotèrent le droit de Justinien, et plus tard le Code civil. Jusqu'à une époque très avancée du droit romain et de l'ancien droit, le cautionnement est multiple dans ses formes »[763]. Mais ce qui frappe surtout celui qui considère l'histoire du cautionnement et de son caractère accessoire renforcé, c'est qu'ils sont passés du rang de simple technique, en droit romain (A) à celui de véritable dogme du droit des sûretés personnelles de nos jours (B).

A. Le cautionnement accessoire en droit romain : une simple technique

302. Plan – Le cautionnement ne semble pas avoir bénéficié, à l'époque romaine, de l'aura qui est aujourd'hui la sienne. Il n'est finalement qu'une technique juridique comme une autre, qui s'est construite à la suite de tâtonnements (1). Il est d'ailleurs possible de recourir à une alternative, le constitut, qui ne présente pas le même caractère accessoire (2).

1. Une construction progressive

303. La *sponsio* et la *fidepromissio* – L'histoire du cautionnement en droit romain ne fait pas l'objet d'un consensus : elle suscite des discussions très poussées entre spécialistes[764]. Il semble cependant acquis que les premiers cautionnements étaient des contrats « *verbis* », typiques du formalisme romain[765]. Le premier procédé utilisé était appelé « *sponsio* », et correspondait au dialogue solennel suivant : « [...] après avoir interrogé le débiteur et obtenu sa promesse, le créancier s'adressait à la caution (*sponsor*) et lui demandait : "*idem dari spondes*" (Promets-tu

[763] D. GRIMAUD, thèse préc., n° 17.
[764] V. par ex., la thèse de J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, éd. Société d'impressions typographiques, 1957. Elle donne un aperçu de la subtilité et de la difficulté du débat pour un juriste de droit positif.
[765] R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, t. 2, Les obligations*, *op. cit.*, n° 71. La stipulation, examinée plus haut (*supra*, n° 29 s.), faisait partie des contrats *verbis*.

que la même chose sera donnée ?). Le sponsor répondait : "*spondeo*" »[766]. La caractéristique principale du cautionnement est donc déjà que le garant promet la même chose que le débiteur, « *idem* ». Cette formule s'explique d'autant mieux, à l'époque, qu'elle intervient toujours aussitôt après la formation de l'obligation principale[767] : un premier dialogue solennel intervient pour former le rapport principal, puis on se tourne vers la caution pour lui demander si elle s'engage à la même chose.

Un deuxième type de cautionnement *verbis* s'avéra ensuite nécessaire, pour la raison suivante : le procédé de la sponsio était réservé aux citoyens romains, seuls autorisés à prononcer le mot « *spondeo* »[768]. Un nouveau dialogue solennel fut donc inventé pour les pérégrins. Le procédé, baptisé *fidepromissio*, se traduisait par le dialogue suivant : « *Idem fidepromittisne ?* », « *Fidepromitto* » »[769]. Mise à part la différence de statut social du garant, rien ne semble séparer ces deux formes de cautionnement.

M. Grimaud note que, à ce moment, le caractère accessoire de l'engagement ne semble pas très développé. « Rien n'indique notamment qu'à cette époque, la validité du cautionnement n'ait été tributaire de la validité de la dette garantie. Pour que les *sponsores* et les *fidepromissores* soient engagés valablement, il faut bien sûr une stipulation principale ; mais peu importe que celle-ci ait fait naître une obligation valable » [770]. Un romaniste va dans le même sens : « L'engagement de la caution était fort rigoureux primitivement, car son caractère subsidiaire ne sera reconnu que tardivement »[771]. Le garant était traité comme un débiteur solidaire, qui ne pouvait invoquer le bénéfice de discussion et, surtout, ne bénéficiait d'aucun recours contre le débiteur [772].

Un cautionnement rigoureux, qui s'accommode parfois d'obligations principales inefficaces, et qui ne prévoit aucun recours au bénéfice du garant *solvens* : voilà qui démontre, s'il était besoin, que le mécanisme peut présenter plusieurs visages. Car il sera par la suite bien tempéré.

304. Les lois favorables aux cautions – L'adoucissement du régime du cautionnement aurait été rendu nécessaire par le relâchement des liens de solidarité familiale : il devenait de plus en plus difficile de trouver une caution[773]. La loi *Publilia* accorda à la caution *solvens* un recours contre le débiteur principal[774]. La loi

[766] *Ibid.*, n° 224.
[767] *Ibid.*
[768] *Ibid.*
[769] *Ibid.* On a proposé la traduction suivante : « Promets-tu la même chose sous ta foi ? », « Je promets la même chose sous ma foi » (D. GRIMAUD, thèse préc., notes n° 17 et 18 p. 40).
[770] D. GRIMAUD, thèse préc., n° 24. L'auteur ajoute : « Gaïus en donne plusieurs exemples : dans les cas de stipulation faite par un pupille ou par une femme sans leur tuteur, comme dans les hypothèses de stipulation post-mortem, le cautionnement, admet-il, peut produire ses effets ». Dans le même sens, V. G. LEPOINTE et R. MONIER, *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, éd. Recueil Sirey, 1954, p. 412 : « On a signalé la possibilité de validité d'engagement de cautions dans des obligations principales non efficaces, telles celles des femmes ou de pupilles sans concours de tuteur ». La validité du cautionnement d'un incapable est d'ailleurs encore reconnue en droit positif alors qu'elle s'accommode toujours aussi mal du caractère accessoire : V. *supra*, n° 53.
[771] R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain, t. 2, Les obligations*, *loc. cit.*
[772] *Ibid.*
[773] *Ibid.*
[774] G. LEPOINTE et R. MONIER, *op. cit.*, p. 413.

Apuleia prévoyait que le poids de la dette devait être réparti entre les *sponsores* et *fidepromissores* s'ils étaient plusieurs, de sorte que celui qui avait trop payé pouvait se retourner contre les autres[775]. La loi *Furia*, quant à elle, décidait notamment que les garants étaient libérés au bout de deux ans[776].

305. La *fidejussio* – Notre époque n'a rien inventé : l'apparition de la troisième forme de cautionnement romain avait entre autres pour but d'échapper aux lois protectrices des garants qui viennent d'être citées[777]. Le dialogue est à présent le suivant : « Faisant allusion à l'engagement pris antérieurement par le principal intéressé, le créancier demande à la caution : "*Id fide tua esse jubes ?*" (T'engages-tu sur ta foi à ce qu'il en soit ainsi), et la caution répond : "*Fidejubeo*" (Je m'y engage sur ma foi) »[778]. Le garant ne s'engage plus à la même chose, il ne prononce plus le mot « *idem* ». Cet engagement « à ce qu'il en soit ainsi » serait-il l'ancêtre de notre engagement de « faire le nécessaire »[779] ? La réponse est négative, car l'engagement du fidéjusseur, s'il n'est pas soumis aux lois protectrices des garants, accuse sur d'autres points un caractère accessoire marqué[780].

306. Le cautionnement chez Justinien – M. Grimaud relève que les compilations de l'Empereur Justinien retiennent uniquement, au sein des divers cautionnements romains, celui qui présente le caractère accessoire le plus marqué : la *fidejussio*. Cela ne doit pas faire oublier, selon lui, les multiples visages présentés par l'institution au fil du temps[781].

C'est ce qu'il faut garder à l'esprit : il n'est pas possible de prétendre que de la nature des choses, ou de la technique même du droit des obligations, découle nécessairement une sûreté précise, avec un régime complet, qu'on appellerait le cautionnement. Les romains ont eu, au fil du temps, des objectifs politiques et sociaux différents, au service desquels se trouvait leur technique. Cela apparaît avec plus d'évidence encore si l'on veut bien se souvenir qu'il existait, à l'époque déjà, une sûreté personnelle dotée d'une plus grande indépendance.

2. L'existence d'une alternative

307. Le pacte de constitut – Le constitut du droit romain est un « pacte prétorien ». Pour comprendre le sens de cette expression, il faut avoir à l'esprit la problématique des contrats nommés et innommés, déjà évoquée[782] : seuls les contrats nommés, c'est-à-dire reconnus par la loi et figurant comme tels dans une liste limitative, ouvraient en principe la voie à une action judiciaire. Par exception,

[775] R. MONIER, *loc. cit.*
[776] *Ibid.*
[777] D. GRIMAUD, thèse préc., n° 24.
[778] R. MONIER, n° 225.
[779] Sur lequel V. *supra*, n° 81 s.
[780] D. GRIMAUD, thèse préc., n° 28.
[781] *Ibid.*, n° 30. Dans le même sens, A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 52, estiment qu'il est difficile de considérer l'accessoire romain, et ses évolutions dans le temps, comme « une théorie toute armée ».
[782] V. *supra*, n° 169.

certains contrats innommés sont eux aussi munis d'une action. On les appelle pactes prétoriens, car c'est le magistrat, le préteur, qui décide de les accueillir[783].

308. Fonctions premières – La fonction dévolue au pacte de constitut dans un premier temps n'évoque pas l'octroi au créancier d'une prérogative destinée à améliorer ses chances de paiement, au contraire : un débiteur incapable de régler sa dette pouvait demander un délai au créancier ; celui-ci pouvait le lui accorder, contre la promesse du débiteur de se soumettre à une sanction renforcée en cas de nouveau retard[784]. Mais, par la suite, le constitut est employé à d'autres fins. Certaines d'entre elles continuent à se cantonner à la relation entre le créancier et son débiteur originel, il s'agit d'un *constitut inter easdem personas*[785] : cela permet de munir d'une action une obligation qui en était à l'origine dépourvue, car il s'agissait d'une obligation naturelle[786], ou parce que les formes solennelles requises pour sa naissance n'avaient pas été respectées[787]. Ultérieurement encore, le constitut devint pour les parties un moyen de modifier l'obligation originelle : son objet, ses modalités, le terme ou le lieu du paiement[788].

309. Fonction de garantie – Mais ce véritable couteau suisse juridique recèle encore une possibilité, celle qui nous intéresse : garantir la dette d'autrui. Il prend alors le nom de *constitutum debiti alieni*[789]. M. Jacob, qui lui a consacré sa thèse de doctorat, l'analyse en un « engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie »[790]. Le trait principal en est rien de moins que « l'absence de caractère accessoire »[791]. Du point de vue technique, l'analyse est la suivante : « [...] le principe de l'effet relatif des contrats auquel le droit du cautionnement apporte des dérogations exceptionnelles a vocation à retrouver naturellement son plein empire en matière de constitut. Là encore, il y a dans le constitut une forme de retour à la normalité. Le contrat unissant le débiteur au créancier et celui unissant le garant au créancier sont distincts, ils sont tout à fait normalement destinés à avoir des vies indépendantes, exemptes de cette "interconnexion étroite et de tous les instants", exorbitante du droit commun des contrats, qui est celle que connaissent les relations contractuelles caution-créancier et débiteur-créancier par le fait de quelques dispositions du Code civil. Concrètement, le droit de recourir à des moyens de défense autres que ceux qui lui sont personnels devra toujours être refusé au constituant. Par ailleurs, on doit considérer que le constituant pourra toujours être tenu en des termes plus rigoureux que ceux dans lesquels est enfermée l'obligation garantie »[792].

310. La diversité accueillie en droit romain – Certes, M. Jacob reconnaît que le constitut n'a pas été utilisé très fréquemment en droit romain pour la garantie

[783] F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, thèse préc., n° 17.
[784] A.-E. GIFFARD et R. VILLERS, *op. cit.*, n° 180.
[785] *Ibid.*, n° 181.
[786] *Ibid.*
[787] F. JACOB, thèse préc., n° 19.
[788] *Ibid.*, n° 20.
[789] R. MONIER, *op. cit.*, n° 150.
[790] Thèse préc.
[791] *Ibid.*, n° 66 s.
[792] *Ibid.*, n° 69. La citation est de P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 47.

des créances. Il se demande si cela n'est pas dû aux nombreuses évolutions du mécanisme sur une brève période[793]. On sait bien, en effet, que le droit des sûretés tolère mal l'insécurité juridique. Peut-être, tout simplement, la pratique de l'époque n'en avait-elle pas une utilité quotidienne ? Toujours est-il que cette sûreté personnelle relativement indépendante, et nettement distincte du cautionnement, a été admise. Et il n'y a là nul accident, puisque le droit romain ne connaissait pas la liberté contractuelle, qu'on peut accuser aujourd'hui d'être la source de monstruosités juridiques que la jurisprudence doit ensuite canaliser voire éliminer. Non, il s'agit d'un pacte, c'est-à-dire d'un contrat que le préteur a choisi d'autoriser alors même qu'il ne figurait pas dans la liste des contrats nommés. Il eût été extrêmement aisé de faire obstacle à l'apparition du mécanisme, si on l'avait souhaité.

En droit romain, il semble donc que le mot de « cautionnement » recouvre un ensemble de techniques ayant varié au cours de l'Histoire en fonction des besoins, présentant une certaine substance commune certes, mais ne prétendant nullement au titre de sûreté personnelle ultime, voire unique. Cette absence de prétention à l'universalité est soulignée par l'accueil favorable réservé au constitut, engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie, sûreté personnelle originale. Pourtant, le cautionnement du Code civil prétendra régner en maître sur la matière, aidé en cela par la doctrine.

B. Le cautionnement accessoire du Code civil : un véritable « dogme »

311. Plan – L'immense influence des travaux de Pothier sur les rédacteurs du Code civil a déjà été soulignée[794]. Sa contribution a été décisive en matière de cautionnement : il a ordonné les éléments des cautionnements romains, autour du caractère accessoire, en un véritable corps de doctrine. Cet ensemble homogène a fait forte impression sur le législateur de 1804, qui en fit la sûreté personnelle unique. Peu à peu, les commentateurs furent pénétrés de l'idée que le caractère accessoire, plus qu'une technique juridique parmi d'autres envisageables, était un principe indissociable de la notion même de garantie personnelle. À la systématisation opérée par Pothier (1) succéda donc la cristallisation des règles de l'accessoire en un ensemble figé et intouchable, qui fut parfois qualifié de « dogme »[795] (2).

1. La systématisation

312. Pothier, père de la théorie de l'accessoire ? – M. Grimaud, auteur d'une thèse consacrée au caractère accessoire du cautionnement, estime que c'est Pothier qui, le premier, a formulé une véritable construction intellectuelle, « méthodique et synthétique », du caractère accessoire. « À partir des solutions particulières qu'il cherche à expliquer, le caractère accessoire du cautionnement passe à la prévision et à la prescription. Son contenu normatif, sa présentation axiomatique, font qu'il emprunte désormais la médiation d'une théorie juridique à

[793] *Ibid.*, n° 39.
[794] V. *supra*, n° 34.
[795] L'expression « dogme de l'accessoire » a été utilisée successivement par plusieurs auteurs : V. *infra*, n° 402 s.

part entière »[796]. La contribution de Pothier aurait donc été décisive, dans le passage de l'accessoire renforcé du cautionnement du statut de simple invention technique à celui de véritable mythe du droit civil.

313. Définition du cautionnement et conséquences – La consultation du célèbre Traité des obligations de Pothier confirme que l'ensemble épars des solutions romaines a été synthétisé et fait alors l'objet d'une véritable construction intellectuelle. L'auteur définit tout d'abord le cautionnement comme « un contrat par lequel quelqu'un s'oblige pour un débiteur envers le créancier, à lui payer en tout ou partie ce que le débiteur lui doit, en accédant à son obligation »[797]. Le fondement technique des solutions qui vont suivre est déjà proposé : la caution « accède » à l'obligation principale, elle la fait sienne. Pothier choisit ensuite, et cela n'a rien d'anodin, d'introduire le régime de la sûreté en ces termes : « De la définition que nous venons de donner du cautionnement et des cautions, dérivent plusieurs corollaires »[798]. L'idée est chargée d'un sens très puissant : les règles qui vont suivre ne sont en rien des choix techniques opérés par un droit positif parmi plusieurs options. Elles tiennent à la définition même d'une institution, à sa substance, et transcendent dès lors le temps et l'espace. La plupart des corollaires peignent touche après touche le portrait du caractère accessoire renforcé qui subsiste aujourd'hui encore.

314. Régime du cautionnement – Le premier et le plus important corollaire est que : « L'obligation des fidéjusseurs étant, suivant notre définition, une obligation accessoire à celle du débiteur principal, il en résulte qu'il est de l'essence de l'obligation des fidéjusseurs qu'il y ait une obligation d'un principal débiteur qui soit valable [...] »[799].

Le troisième corollaire précise que « le fidéjusseur ne peut valablement s'obliger qu'à la prestation de la chose même à laquelle le débiteur principal est obligé, ou à la prestation d'une partie de cette même chose : c'est pourquoi si quelqu'un se rendoit caution envers moi pour cent muids de blé, en faveur d'une personne qui me doit 2000 livres, ce cautionnement seroit nul »[800]. Mais il n'est pas inutile de poursuivre la lecture de ce corollaire, car Pothier introduit ensuite un « *Contra vice versa*, on peut valablement se rendre caution envers moi pour une somme de 2000 livres en faveur de celui qui me doit cent muids de blé : car l'argent étant l'estimation commune de toutes les choses, celui qui me doit une quantité de cent muids de blé, de valeur de 2000 livres, me doit effectivement et véritablement 2000 livres [...] »[801]. Cette précision est tout à fait intéressante : elle accrédite les théories actuelles selon lesquelles on peut cautionner une obligation autre que monétaire, tout en ayant l'intention dès l'origine de payer une somme d'argent en cas de défaillance du débiteur principal[802]. Elle affadit pourtant la notion de cautionnement, dont l'un des traits essentiels devrait être de provoquer une véritable substitution du garant au débiteur principal. Pothier a beau jeu d'affirmer que

[796] D. GRIMAUD, thèse préc., n° 34 s. Dans le même sens : A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 54.
[797] R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n° 366.
[798] *Ibid.*
[799] *Ibid.*, n° 367.
[800] *Ibid.*, n° 369.
[801] *Ibid.*
[802] V. *supra*, n° 243.

l'argent est la mesure de toutes choses, et que payer peut remplacer toute prestation. Le créancier à qui le débiteur principal proposerait 2000 livres pourrait fort bien refuser et exiger ses cent muids de blé. L'accession du garant à l'obligation principale a donc ses limites, à l'époque déjà.

Le quatrième corollaire est fondamental : « Il résulte de cette définition, que la caution ne peut valablement s'obliger à plus qu'à ce à quoi le débiteur principal est obligé ; et comme le plus s'estime non seulement *quantitate*, mais aussi *die, loco, conditione, modo*, il en résulte que le fidéjusseur ne peut s'obliger à des conditions plus dures que le principal obligé : car l'obligation accessoire ne peut surpasser la principale, mais il peut s'obliger à des conditions moins dures »[803]. Cette affirmation est longuement détaillée, et des exemples fournis. Pothier dit s'écarter du droit romain sur un point, et non des moindres : la sanction d'un cautionnement plus dur que l'obligation principale. Après avoir exposé que, pour les romains, un tel cautionnement est nul, Pothier exprime son désaccord : la caution s'est valablement obligée à hauteur de ce que devait le débiteur principal, et seul le surplus doit être invalidé. Il opte donc pour une réduction plutôt que pour une nullité[804]. Pothier apporte un peu plus loin d'autres précisions qui sonnent comme de nouvelles dérogations au caractère accessoire. Il admet ainsi, par exemple, que la caution d'une obligation naturelle contracte, elle, une véritable obligation juridique[805]. Il ne semble pas, pourtant, que cela devait découler avec évidence des définitions posées.

Le cinquième corollaire pose que toute extinction de l'obligation principale entraîne aussi l'extinction du cautionnement, « puisqu'il est de la nature des choses accessoires de ne pouvoir subsister sans la chose principale »[806]. Une nouvelle fois, la « nature des choses » est invoquée. Arrêtons là cet examen, non exhaustif, des développements consacrés par Pothier au cautionnement : il suffit à constater qu'il est bel et bien le théoricien d'un régime homogène, qu'il fait découler entièrement d'une définition première, soumise à une logique présentée comme élémentaire.

315. Le constitut chez Pothier – Ce serait pourtant trahir la pensée de Pothier que d'affirmer que, chez lui, il n'est nulle autre sûreté personnelle concevable que le cautionnement. Il traite en effet du constitut romain. « Selon nos usages, le pacte *constitutæ pecuniæ* peut se définir tout simplement, une convention par laquelle quelqu'un promet à un créancier de le payer. On peut faire cette promesse à son propre créancier, ou au créancier d'un autre »[807]. Après avoir longuement exposé les autres fonctions du constitut, Pothier explique qu'il peut être utilisé par le débiteur originaire pour s'engager à payer autre chose que ce qui était dû à l'origine. Mais il ajoute que ce pacte peut être valablement souscrit par un tiers[808]. Et d'ajouter très expressément : « En cela ce pacte est différent du cautionnement : car, comme nous l'avons vu supra, une caution ne peut valablement s'obliger à une autre chose qu'à celle qui est due par le débiteur principal [...]. La raison de différence est qu'un cautionnement n'est qu'une simple adhésion de la caution à l'obligation du débiteur principal [...]. Par exemple, on peut par ce pacte

[803] *Ibid.*, n° 371.
[804] *Ibid.*, n° 376. C'est la solution retenue, en droit positif, par l'article 2290 alinéa 3 du Code civil.
[805] *Ibid.*, n° 377.
[806] *Ibid.*, n° 378.
[807] *Ibid.*, n° 457 s.
[808] *Ibid.*, n° 474.

s'obliger de payer dans un autre lieu que celui porté par l'obligation principale [...]. On peut même par ce pacte s'obliger de payer dans un terme plus court que celui porté par l'obligation principale »[809].

Il apparaît ainsi que, même chez Pothier, le cautionnement reste une technique parmi d'autres à la disposition des parties qui souhaitent garantir l'exécution d'une créance. Son exposé portant sur l'accessoire, sa définition simple dont tout le reste n'est que corollaires et conséquences naturelles, vont cependant impressionner fortement les législateurs de 1804.

2. *La cristallisation*

316. Les travaux préparatoires du Code civil – C'est le tribun Treilhard qui fut désigné pour présenter au Corps législatif, le 13 pluviôse an XII – le 3 février 1804 – le titre V du livre III du projet de Code civil, intitulé : « Du cautionnement ». Après avoir brièvement disserté de l'importance pratique des sûretés[810], il affirme : « Pour établir des règles sur cette matière, il faut se pénétrer avant tout et de la nature et de l'objet d'un cautionnement : les difficultés les plus graves en apparence s'aplanissent bientôt pour celui qui sait remonter au principe des choses ; c'est par cette marche qu'on parvient à les bien connaître : et savoir bien, je ne crains pas de le dire, est encore plus utile que de savoir beaucoup. Le cautionnement a pour objet d'assurer l'exécution d'un engagement : il faut donc que le fidéjusseur ou la caution remplisse cet engagement au défaut du principal obligé, et il est juste aussi que la caution qui l'a rempli soit subrogée aux droits du créancier. Toutes les règles de ce titre découlent de ce premier aperçu »[811].

Qu'on mesure le chemin parcouru : chez Pothier, tout le régime du cautionnement est censé découler, en une cascade de « corollaires », d'une définition technique, qui veut que la caution « accède » à l'obligation principale. Certes, les conséquences du caractère accessoire sont ensuite censées pouvoir se déduire d'une manière parfaitement logique – ce qui n'est pas entièrement convaincant, on l'a vu – , mais le point de départ est tout de même un choix relevant de la technique juridique. Ce choix n'est pas le seul possible, ainsi que l'indiquent les développements ultérieurs sur le constitut. La présentation sous forme de « corollaires » signifie simplement que l'institution présente une forte cohésion interne, pas qu'elle est la seule envisageable. Dans le discours de M. Treilhard, « toutes les règles du titre découlent » d'un objet décrit ainsi : « assurer l'exécution d'un engagement ». Voici donc ce qui est affirmé : celui qui veut garantir l'exécution d'une obligation doit naturellement contracter un cautionnement.

317. La doctrine et le fondement du caractère accessoire – La doctrine contemporaine se situe à propos du caractère accessoire, dans la droite ligne de Pothier. L'exemple qui suit est particulièrement frappant : « Le caractère accessoire du cautionnement est exprimé notamment par trois textes du Code civil. [...] En leur absence, il n'eût pas moins existé, car il tient à la nature des choses : il est de l'essence du cautionnement »[812]. Il était donc presque inutile, nous dit-on, de

[809] *Ibid.*, n° 474 s.
[810] V. ses propos cités en tête de cette étude.
[811] P.-A. FENET, *op. cit.*, t. 15, p. 38.
[812] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 122.

réglementer le cautionnement. Ici encore, se retrouve l'idée qu'il suffit de le définir pour que son régime découle nécessairement « de la nature des choses », de la manière dont l'obligation principale et celle du garant sont connectées l'une à l'autre. La doctrine a cherché à analyser ce rapport. De nombreuses explications ont été formulées, comprenant chacune plusieurs variantes[813]. Si pour Pothier, la caution « accède » à l'obligation principale, beaucoup de manuels contemporains se rallient à l'explication selon laquelle il y aurait « unicité de dette, mais dualité de liens d'obligation »[814].

Pour comprendre, il faut apporter les précisions suivantes. Selon une distinction imaginée par une partie de la doctrine allemande, l'obligation comprendrait deux composantes. Tout d'abord, la *Schuld* (ou *debitum*), qui correspond à la prestation due, que l'une des parties est en droit d'attendre, et que l'autre partie va fournir. Ensuite, la composante appelée *Haftung* (ou *obligatio*), qui s'analyse comme le pouvoir, pour le créancier, de contraindre le débiteur à s'exécuter[815]. L'explication utilisée par la doctrine moderne revient à dire que, dans l'opération de cautionnement, on ne trouve qu'un seule Schuld mais une double Haftung[816].

Il faut prendre conscience de la séduction qu'a exercée sur la doctrine, jusqu'à une époque récente, cette idée selon laquelle le cautionnement est la manière la plus simple et la plus naturelle de garantir une dette. La caution, en somme, ne fait que jeter un petit filin par lequel elle s'accroche à l'obligation principale, un nouveau lien de contrainte au bénéfice du créancier, qui n'aura qu'à tirer pour la remonter jusqu'à lui en cas de besoin. À côté, le fonctionnement du pacte de constitut paraît bien complexe, presque laborieux[817]. Il a d'ailleurs disparu du Code civil. Le cautionnement, plein d'aisance et de grâce, est alors seul en son royaume.

---

[813] V. l'exposé complet de D. GRIMAUD, thèse préc., p. 371 s. Une étude poussée de ces différentes théories sortirait du champ de notre étude.

[814] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 47. On trouve la même explication, par exemple, chez A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 66 ; L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 121 ; Y. PICOD, *op. cit.*, p. 38.

[815] M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 228.

[816] Cette théorie connaît des variantes : certains auteurs estiment que l'obligation de la caution est constituée seulement d'une *Haftung*, sans *Schuld* ; d'autres, que l'obligation de la caution est complète et comporte bien deux éléments, la *Schuld* étant toutefois « empruntée » à l'obligation du débiteur principal. Cf. D. GRIMAUD, *loc. cit.*

[817] Si POTHIER détaille le régime du cautionnement en une série de « corollaires » issus directement de sa définition, le fonctionnement du constitut se présente quant à lui comme une liste de « principes » indépendants, qui semblent presque arbitraires (*op. cit.*, n° 478).

II . Une brève histoire des assurances

« - Eh bien , supposez que vous ayez un bateau chargé, disons, de lingots d'or. Il risque d'essuyer des tempêtes ou de se faire capturer par des pirates. Vous ne tenez pas à ce que ça arrive, alors vous contractez une peau-lisse-d'hache-sueur-rance. Je calcule les chances que vous avez de perdre votre cargaison d'après les avis de tempête et les rapports d'actes de piraterie au cours des vingt dernière années, ensuite je les augmente un petit peu, et vous me donnez de l'argent en fonction de ces chances...
- … et de la petite augmentation... fit Rincevent en agitant un doigt solennel.
- … et alors, si la cargaison est perdue, je vous indemnise.
- Endémise ?
- Je vous paye la valeur de votre cargaison, expliqua patiemment Deuxfleurs.- Je comprends. C'est comme un pari, pas vrai ? »

T. PRATCHETT, La huitième couleur, éd. L'Atalante,
trad. française par P. COULON, p. 49.

318. L'assurance, concept moderne – Dans La huitième couleur, de l'écrivain britannique Terry Pratchett, le concept d'assurance est tout à coup importé dans une ville qui n'en avait jamais entendu parler. Il faut en effet avoir à l'esprit que ce contrat, qui nous est si familier, est une invention somme toute récente. Le dialogue cité rappelle également que l'assurance fut mal comprise à ses débuts, parfois considérée, à tort, comme une forme de jeu ou de pari. Quelques heures après qu'on lui ait exposé le concept d'assurance-incendie, l'un des héros de Pratchett inventera celui de fraude à l'assurance, en surévaluant son bien immobilier, puis en y mettant le feu. Le gigantesque incendie provoqué est une référence directe à celui qui détruisit en partie la ville de Londres, et qui joua un rôle majeur dans le développement du mécanisme assurantiel.

319. Plan – Il faudra donc revenir sur les étapes ayant mené, à travers le monde, à l'invention progressive de l'assurance telle que nous la connaissons (A). Puis la France de 1804 devra faire l'objet d'un examen particulier : quel était son degré de connaissance de l'assurance, et comment cette invention a-t-elle été prise en compte dans le Code civil (B) ? La réponse à ces questions éclairera l'objet de cette étude d'une lumière nouvelle.

A. L'assurance dans le monde

320. Plan – Ce n'est qu'au 14e siècle que fut inventé un contrat que l'on peut commencer à assimiler à une opération d'assurance (1). Mais certaines techniques modernes considérées aujourd'hui comme indispensables à l'activité d'assureur, telles que le calcul et la compensation des risques, sont encore bien plus récentes (2).

1. L'invention

321. Formes primitives – Recherchant, au sein des sociétés primitives, les plus lointains ancêtres de l'assurance, un auteur estime que l'on trouve, aussi loin que l'on remonte, des formes d'assistance et de solidarité, mais qu'en revanche l'assurance est un concept moderne[818]. Parmi les formes anciennes d'assistance qui aboutissaient *de facto* à un partage des risques, il cite la tradition, relevée dans le Talmud, selon laquelle tous les marchands arrivés au terme d'un voyage participaient à l'indemnisation de ceux qui avaient perdu des animaux ou des navires[819]. De même, peut être relevée, dans quelques corporations romaines, la constitution de « Sociétés de Secours Mutuel » qui venaient en aide aux familles des adhérents victimes d'un accident du travail, idée reprise par les guildes du Moyen Âge[820]. L'exemple de l'empire romain peut encore être cité, qui garantissait les armateurs transportant armes et vivres pour les légions contre les risques de naufrage ou de prise par l'ennemi : cette couverture, d'intérêt général, était en quelque sorte assumée par l'État[821].

322. Le prêt à la grosse aventure – Mais c'est dans le « prêt à la grosse aventure de mer »[822] que l'on voit généralement le véritable ancêtre de l'assurance. Pour financer sa cargaison, un marchand pouvait emprunter de l'argent à un financier. Mais il était possible de stipuler, moyennant un généreux intérêt supplémentaire, que la somme n'avait pas à être remboursée s'il arrivait malheur au navire et que la cargaison était perdue. Il s'agit donc d'un service par lequel un financier assume le risque auquel aurait sans cela été exposé un tiers : il mérite à ce titre d'être considéré comme un ancêtre de l'assurance[823]. La pratique du prêt à la grosse est attestée dans l'Antiquité grecque[824]. Mais la chute de l'Empire romain d'Occident entraîne un recul généralisé des connaissances, auquel les techniques financières et commerciales n'échappent pas, et un déclin du commerce lui-même, de sorte qu'il faut attendre le 12ème siècle pour voir renaître le prêt à la grosse[825].

---

[818] P. J. RICHARD, *Histoire des institutions d'assurance en France*, Éditions de l'Argus, 1956, p. 7.
[819] *Ibid.*
[820] *Ibid.* De telles caisses d'entraide se retrouvaient également, dans l'Antiquité, sur les grands chantiers comme ceux des pyramides ou du temple de Salomon (É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *L'UAP et l'Histoire de l'Assurance*, Éditions Jean-Claude Lattès, 1990, p. 16).
[821] J. BIGOT (ss. la dir. de), *Traité de Droit des assurances*, t. 1, *Entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ, 2e éd., 1996, n° 1. La 3e édition, de 2011, ne reprend pas cette information.
[822] Abrégé « prêt à la grosse aventure », puis « prêt à la grosse » au fil du temps. Pour des développements détaillés sur ce contrat, V. E. BENSA, *Histoire du contrat d'assurance au Moyen Âge*, traduit par J. VALÉRY, éd. Albert Fontemoing, 1897, p. 11 s.
[823] Notons que ce précurseur de l'assurance intervient dans le transfert d'un risque de crédit. La garantie est ici adossée à une créance, qui sera abandonnée dans le cas de réalisation du risque. Précisons par ailleurs que lorsque l'on dit qu'une personne assumera le risque d'un tiers, cela ne signifie évidemment pas qu'elle empêchera l'événement redouté de se produire, mais bien qu'elle prendra à sa charge, en tout ou partie, ses conséquences financières.
[824] É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT s'appuient sur des plaidoiries de Demosthène, dans lesquelles sont exposées les procédures de prêt à la grosse (*op. cit.*, p. 16). Dans le même sens : G. HAMON, *Histoire générale de l'Assurance en France et à l'étranger*, éd. du journal l'Assurance Moderne, 1895-1896, p. 19. Un auteur a même estimé que le prêt à la grosse remonte à la civilisation babylonienne et au Code d'Hammourabi : J. DAUVILLIER, « Recherches sur un contrat caravanier babylonien et sur les origines du prêt à la grosse aventure dans l'Antiquité grecque », *in Mélanges Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 343.
[825] J. BIGOT, *op. cit.*,t.1, n° 1.

323. L'interdiction de l'usure – Peu de temps après sa réapparition, le prêt à la grosse est menacé d'extinction, en raison de l'interdiction de l'usure par l'Église romaine. Les taux pratiqués, de 30 à 50 % de la valeur des marchandises, justifieraient sans peine l'utilisation du terme « usure » au sens où on l'entend actuellement[826]. Mais il faut avoir à l'esprit que ce mot désignait, à l'époque, tout prêt à intérêt à quelque taux que ce fût[827]. À l'appui de cette interdiction, considérée comme « l'un des plus graves obstacles jamais mis au développement économique »[828] figure ce passage de l'Évangile selon Saint-Luc : « Prêtez-vous l'un à l'autre sans rien en attendre »[829]. En 1234, une décrétale de Grégoire IX interdit donc toute stipulation d'intérêts dans l'activité de prêt, y compris le prêt à la grosse[830].

Une interdiction qu'il fallait nécessairement contourner : voici qui était de nature à stimuler la créativité de la doctrine et des praticiens. Les théologiens modérés ont fait assaut d'imagination pour sauver l'économie d'une privation de crédit[831]. Certains ont considéré qu'il était permis de réparer le *damnus emergens* issu du retard dans le remboursement du prêt : il n'y avait plus qu'à stipuler, volontairement, un délai trop court pour restituer l'argent, et des dommages-intérêts – pas des intérêts, non – étaient alors dus. D'autres ont mis en avant le *lucrum cessans*, le gain manqué, celui que le prêteur aurait réalisé s'il avait utilisé autrement son argent. Mais, pour être acceptable par les théologiens, l'argument nécessitait que l'emprunteur ait eu l'initiative de l'opération, et qu'il ait sollicité un ami : il ne couvrait donc pas les opérations bancaires. Chez les praticiens, les réactions les plus simples n'étaient pas les moins habiles : on concluait un contrat de prêt sans intérêt pour six écus, mais l'emprunteur ne s'en voyait discrètement remettre que cinq[832]. La parade la plus fréquente consistait à faire disparaître le prêt derrière une autre qualification. Ainsi, cette opération passée en toute simplicité entre le pape Clément VII lui-même et un sous-diacre : la restitution de la somme empruntée par le souverain pontife fut généreusement accompagnée d'un « don » de plus de sept pour cent de la créance[833]. Il faut encore citer la vente à réméré, procédé par lequel on

---

[826] *Ibid.* Les auteurs précisent que ces taux ne paraissaient pas choquants, à l'époque. Il faut en effet tenir compte de ce que le risque couvert était parfois élevé, qu'il n'était ni précisément mesuré ni compensé entre plusieurs assurés comme il le serait aujourd'hui, et qu'il n'y avait alors pas de marché concurrentiel pour ce type de service.

[827] J. FAVIER, *De l'or et des épices. Naissance de l'homme d'affaires au Moyen Âge*, Fayard, 1987, p. 240. Cet ouvrage passionnant accorde une place importante au problème de l'interdiction de l'usure, et aux réactions de la pratique. Nous ne pourrons hélas y consacrer que de brefs développements.

[828] *Ibid.*, p. 239.

[829] VI, 36-38. Ce faisant, on a évidemment donné à une simple prescription de morale générale un sens précis qu'elle n'avait pas. « À vrai dire, ni les théologiens qui écrivirent sur l'illégitimité de l'intérêt, ni les pères conciliaires qui en formulèrent plusieurs fois l'interdiction, et très fermement en 1215 dans l'un des canons du quatrième concile de Latran, n'étaient dupes d'un texte qui ne visait évidemment pas la rémunération de l'investissement » (J. FAVIER, *loc. cit.*). D'autres textes ont été cités à l'appui de l'interdiction : Exode XXII, 25 ; Lévitique XXV, 35-37 et Deutéronome XXII, 19-20 (É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *op. cit.*, p. 17). Le dernier de ces textes affirme pourtant : « Tu pourras prêter à intérêt à un étranger, mais tu prêteras sans intérêt à ton frère ».

[830] É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *loc. cit.* Il s'agissait de la décrétale « *Naviganti vel eunti ad nundinas* ».

831Toutes les solutions de contournement de l'interdiction de l'usure sont issues de J. FAVIER, *op. cit.*, p. 242 s.

[832] J. FAVIER, *op. cit.*, p. 252.

[833] *Ibid.*, p. 253. Les papes n'hésitaient décidément pas à donner l'exemple en matière de contournement de la prohibition de l'usure, puisque Innocent VII, non content d'emprunter de l'argent à des banques,

feint de vendre puis de racheter un bien à la même personne, pour une somme supérieure[834]. Revenons au prêt à la grosse aventure : lui aussi va devoir muer en une autre opération juridique pour survivre.

324. Les premières assurances – Certains ont imaginé, à cette fin, un procédé proche de la vente à réméré, dans lequel c'est le transfert des risques concomitant au transfert de propriété qui est recherché. « Ainsi voit-on le Génois Benedetto Zaccaria vendre en 1298 à ses compatriotes Enrico Suppa et Baliano Grilli 650 cantares d'alun – plus de trente tonnes – qu'un navire s'apprête à transporter d'Aigues-Mortes à Bruges en empruntant cette route maritime directe qui faisait peur, naguère encore, aux Italiens. Mais Zaccaria s'engage dès ce moment à racheter l'alun en question quand il arrivera à Bruges. Le prix de rachat est convenu d'avance : il sera naturellement plus élevé que celui de la vente. La différence entre les deux prix sera ce qu'il en coûte à Zaccaria de limiter les risques : entre Aigues-Mortes et Bruges, il n'aventure que son bateau »[835].

Un peu plus tard, mais toujours en Italie, naît cette fois-ci le véritable contrat d'assurance. La prise en charge d'un risque par le garant n'est plus une clause accessoire à un contrat de prêt : elle est l'objet principal de la convention. En cherchant à contourner l'interdiction de l'usure, on fait apparaître à l'état pur ce qui n'existait que sous une forme grossière et un peu occultée dans le prêt à la grosse. « Ce qu'on appelle l'assurance *alla fiorentina* et qui naît d'ailleurs à Pise en même temps qu'à Florence, c'est tout simplement l'assurance moderne, l'assurance à prime. On voit, dès 1320, l'opérateur commercial ou bancaire verser, avant de lancer une affaire, une prime qui équivaut à la différence que le système génois ménage entre le prix de vente et le prix de rachat : la prime, c'est la rémunération de celui qui prend le risque pour lui. Il n'y a là aucun crédit. C'est tout juste une sûreté »[836]. Un exemple de contrat, datant de 1384, mérite d'être cité : « Les assureurs susdits couvrent un risque de Pise à Savone pour quatre ballots de textiles pour 1300 florins estimés, et chargés sur la bateau d'Antonio Simondi, ils couvrent le risque de Dieu et de la mer et des pirates et de tout genre de péril et d'accident de mauvais temps et de désastre qui peuvent survenir. Et si l'accident survenait comme il est requis et selon les conditions du contrat, tous les assureurs couvrent les risques en faveur dudit Francesco et de ses associés pour la somme d'un et un tiers pour cent. Et si quelque genre de sinistre survenait aux articles énumérés – à Dieu ne plaise – lesdits assureurs promettent et s'engagent à donner et à payer actuellement et sans objection [...] »[837].

---

consentit un gage sur sa tiare, qui passait de main en main quand la créance était cédée (p. 245). Le pouvoir temporel recourait lui aussi au prêt bancaire gagé sur des biens précieux, puisque c'est la couronne royale qui servit de garantie au gouvernement de Charles VII pour emprunter. L'objet fut finalement dépecé, et les fleurons se retrouvèrent dans divers établissements financiers (*ibid.*).

[834] *Ibid.*, p. 257.

[835] *Ibid.*, p. 311.

[836] *Ibid.*, p. 313. L'utilisation du terme « sûreté » est intéressante, même si elle ne doit pas être prise, sous la plume de cet historien, dans son sens technique. Sur la controverse historique relative au lieu de naissance de l'assurance, V. E. BENSA, *op. cit.*, p. 18. Sur le rôle de l'Espagne dans ce développement, V. G. HAMON, *op. cit.*, p. 25 s.

[837] Contrat cité par É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *op. cit.*, p. 20 s. et par P. J. RICHARD, *op. cit.*, p. 9 Pour un autre exemple datant de la même année, V. J. LE GOFF, *Marchands et banquiers du Moyen-Âge*, PUF, 9e éd., 2001, p. 26.

Alors que la garantie des créances par le biais du cautionnement est connue au moins depuis les romains, nous sommes au 14ème siècle et le contrat d'assurance vient tout juste de naître. Il est encore rudimentaire et ne concerne que la mer. Son développement ne fait que commencer.

2. *Le développement*

325. Perfectionnement des techniques assurantielles – Au regard des progrès qui vont suivre, l'assurance italienne du 14e siècle apparaît comme de l'artisanat : on travaille à petite échelle, au coup par coup. L'invention se répand dans toute l'Europe : France, Italie, Espagne, Flandre, Portugal, Angleterre[838]. Manquent alors deux éléments qui semblent indissociables du concept moderne d'assurance : l'évaluation des risques, et leur compensation. Ils commenceront à être maîtrisés vers le 17e siècle, toujours dans le cadre de l'assurance maritime. À cette époque, ce n'est plus l'Italie qui domine le marché, mais bien l'Angleterre et les Pays-Bas. Pour l'expliquer, certains mettent en avant le « mal français », à savoir « le malaise et la culpabilité des sociétés catholiques face à l'argent, au contraire des sociétés protestantes qui s'accommodent fort bien, semble-t-il, du commerce et de la finance. Force est de reconnaître que la politique des États catholiques est très réservée face à l'activité financière de l'assurance, jugée spéculative et immorale »[839].

Le symbole de cette domination du protestantisme sur l'assurance des risques de mer porte un nom : celui de Lloyd. Edward Lloyd est un tavernier : il tient un *coffee shop,* l'un de ces établissements où l'on vient boire, manger, se divertir, mais aussi parler affaires. Celui de Lloyd est fréquenté par les professionnels de l'assurance maritime et par ceux qui souhaitent bénéficier de leurs services ; lui vient alors l'idée de créer, en 1662, la « *Lloyds'news* », feuille d'information qui, trois fois par semaine, fournit à ses lecteurs les entrées et sorties des navires dans les ports du monde entier[840]. Edward Lloyd finit par trouver plus commode de retranscrire ces informations sur un grand tableau noir trônant au milieu de son *coffee shop*. Il est précisé qu'il ne participe pas lui-même aux transactions, mais fournit des informations, glanées auprès des habitués, ainsi que des facilités matérielles à la disposition des parties : locaux, papier, encre, plumes d'oie[841].

En 1720, une Charte royale approuve la création des sociétés d'assurance Lloyd's. Le principe est le suivant : une mutualité d'assureurs se partage le risque

---

[838] P. J. RICHARD, *op. cit.*, p. 8. Des auteurs précisent que, à cette époque, « les contrats d'assurance sont rédigés en italien à Marseille, Amsterdam et Londres », ce qui est à l'évidence un indice de l'hégémonie italienne en la matière (É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *op. cit.*, p. 23).

[839] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 1, n° 6. L'expression « le mal français » est empruntée par les auteurs à Alain PEYREFITTE. À l'inverse, sur les relations entre les protestants et le monde des affaires, V. les analyses subtiles et nuancées de M. WEBER, *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, présentation par J.-P. GROSSEIN, Gallimard, 2004.

[840] É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *op. cit.*, p. 28. Pour une étude détaillée de l'histoire et des méthodes des Lloyd's, V. M. DOMAS, *L'assurance maritime au Lloyd's. Histoire, organisation, commentaire de la police. Étude théorique et pratique*, LGDJ, 1936. Le Lloyd's fonctionne aujourd'hui encore sur la base d'une mutualisation des risques entre assureurs individuels, ce qui en fait, dans le paysage moderne, une forme atypique d'assurance : V. par ex. D. ARNAUD, *L'assurance en Grande-Bretagne. Histoire, Économie et Société*, Economica, 1997, p. 49 s.

[841] *Ibid.*

d'un seul client, qui vient les solliciter[842]. Cette possibilité est souvent oubliée lorsque l'on évoque la mutualisation des risques par l'assureur : ils peuvent être étalés sur un grand nombre de clients, mais aussi sur un grand nombre de garants. De plus, dans le cadre des Lloyd's, les navires importants sont découpés en « parts », chaque part étant proposée séparément à la communauté des assureurs pour couverture[843]. Comment la prime est-elle fixée ? Les facteurs suivants sont pris en compte : saison au cours de laquelle aura lieu le voyage, réputation de l'armateur, du navire, du capitaine, port où sera recruté l'équipage, poids et nature de la cargaison[844]. L'évaluation et la mutualisation des risques sont opérés : un pas important vient d'être franchi dans la professionnalisation du métier d'assureur.

326. Élargissement du champ de l'assurance – L'historien Jean Favier explique qu'il était logique que l'assurance maritime apparaisse en premier : les routes terrestres ne sont pas plus sûres que la mer, mais les accidents sont moins coûteux : « On perd plus d'un navire capturé par les barbaresques que d'un cheval de somme tombé dans un ravin »[845]. L'assurance maritime fut donc la première, et longtemps la seule forme d'assurance.

Les véritables débuts de l'assurance dite terrestre, qui permirent d'allonger la liste, n'intervinrent pas dans le domaine du transport mais dans celui de l'incendie. C'est encore Londres qui montra le chemin, mais pour des raisons cette fois-ci fortuites : « Le dimanche 2 septembre 1666, un foyer se déclare, vers 1 heure du matin, dans le fournil du boulanger du Roi, Farynec, qui habite *Pudding Lane*, près de la Tamise. À 3 heures, la rue est en flammes, et le Maire de Londres est sur les lieux. Entre 8 heures et midi, après avoir réduit en cendres le pont de Londres, l'incendie gagne le centre de la ville, puis les entrepôts qui bordent la Tamise. Le lundi matin, la pluie n'étant pas venue au secours des Londoniens[846], l'incendie prend des proportions jamais vues, obligeant la population à quitter la ville par les routes et le fleuve. L'après-midi, le quartier des assureurs et des banquiers autour de *Lombard Street* est à son tour la proie des flammes. Le dimanche suivant, la pluie vient enfin éteindre les foyers désormais moins intenses faute de matériaux encore combustibles. En sept jours et huit nuits, ce gigantesque brasier a totalement réduit en cendres 13 200 maisons et 87 églises, dont la cathédrale Saint-Paul »[847]. Ce drame entraîna deux types de réactions. La première, dès l'année suivante, fut la mise en place d'un corps de pompiers pour la ville de Londres. La suivante, en 1684, fut la création de la « *Friendly Society Fire Office* », première société d'assurance incendie[848]. Il faut donc attendre la fin du 17ème siècle pour que l'on songe à appliquer les techniques assurantielles à un autre domaine que la mer.

327. Mise au point des techniques actuarielles – Les Lloyds procédaient à une évaluation des risques assurables, basée par exemple sur la réputation des navires ou de leurs capitaines. Ces techniques étaient toutefois grossières, et le

[842] *Ibid.*
[843] *Ibid.*, p. 29. Les auteurs précisent qu'il pouvait y avoir jusqu'à 64 parts.
[844] *Ibid.*, p. 28 s.
[845] J. FAVIER, *op. cit.*, p. 291.
[846] Il serait trop facile de s'étonner de l'existence – en l'occurrence désastreuse – d'un jour sans pluie dans l'histoire de Londres, c'est pourquoi nous nous abstiendrons.
[847] É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *op. cit.*, p. 31.
[848] *Ibid.*, p. 32.

tableau noir recensant les côtes des équipages n'était pas sans rappeler ceux des bookmakers. La réputation de l'assurance a longtemps souffert de ce rapprochement[849]. Un domaine était sensible entre tous : le pari sur la vie et la mort de tel ou tel notable. Des sociétés financières émettaient en effet des rentes viagères basées sur la survie d'une autre personne que le bénéficiaire. Ces opérations s'attiraient régulièrement les foudres des autorités politiques et religieuses ; or, elles étaient présentées comme des « assurances-vie »[850].

Pour s'arracher définitivement à la sphère du pari immoral, l'assurance-vie avait besoin de techniques mathématiques probabilistes, qui forment ce qu'on appelle aujourd'hui la science actuarielle. Une correspondance épistolaire datant de 1651, entre le chevalier De Meré, joueur notoire, et le mathématicien Pascal, va poser la première pierre de l'édifice. De Meré demande à Pascal quelle est la chance qu'un jet de deux dés produise un double six. Pascal, avec l'aide de son collègue Pierre de Fermat, commencera à travailler sur cette discipline nouvelle qu'est le calcul des probabilités[851]. Leurs travaux seront repris et développés, notamment, par les hollandais Huygens et de Witt. En 1681 survient une étape décisive : Edmond Halley, celui-là même qui a donné son nom à une comète, présente à Londres la première table de mortalité. Il l'accompagne du calcul des primes qui seraient nécessaires pour mettre en place de véritables assurances-vies[852]. En 1714, le suisse Bernouilli énonce la loi des grands nombres, fondamentale pour les assureurs[853]. Enfin, les travaux des anglais Dodson puis Price donnent naissance, en 1762 à l'« *Equitable Society for the assurance on Lives and survivorships* »[854]. Si la science actuarielle débarrasse enfin l'assurance vie du parfum de soufre qui l'accompagnait jusqu'alors, elle bénéficiera ensuite à toutes les branches de l'assurance, en permettant un calcul scientifique des primes en fonction des risques de sinistre.

Nous sommes donc à plus de la moitié du 18e siècle, et l'assurance est encore en train de se construire. Est-elle un mécanisme suffisamment connu et implanté en France, en 1804, pour bénéficier d'une prise en compte sérieuse par les rédacteurs du Code civil ? La réponse est négative.

B. L'assurance dans le Code civil français

328. Plan – La France n'était pas, comme l'Angleterre, à la pointe du progrès en matière d'assurance. Ce serait même l'inverse : elle accusait un important retard (1), qui explique les lacunes de notre Code civil (2).

1. Le retard français

329. Utilisation de l'assurance maritime en France – Plusieurs textes témoignent de l'accueil favorable réservé à l'assurance maritime en France. Le « Guidon des marchands de la mer », paru à Rouen en 1500, a été qualifié de

[849] « Aux yeux de la plupart des monarques continentaux, l'assurance non maritime reste marquée du signe, jugé infamant à l'époque, du jeu, du pari et de la spéculation » (J. BIGOT, *op. cit.*, t. 1, n° 11).
[850] É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *op. cit.*, p. 41. V. aussi la distinction entre assurance-vie et tontine, P. J. RICHARD, *op. cit.*, p. 25 s.
[851] *Ibid.*, p. 36. La réponse est : une chance sur trente-six.
[852] *Ibid.*, p. 39.
[853] É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *loc. cit.*
[854] *Ibid.*, p. 40.

« premier Code des assurances »[855]. Surtout, l'ordonnance de Colbert sur le commerce maritime, d'août 1681, n'omet pas de traiter des assurances ; cet ouvrage majeur va être adopté par la plupart des pays européens[856].

330. Facteurs religieux du retard français – Les autres branches de l'assurance peinent toutefois à s'imposer en France. Il a été rappelé que les pays protestants semblent en avance sur les autres. Faut-il y voir une opposition de l'Église catholique à l'assurance, comme elle s'était opposée à l'usure ? Un Dictionnaire de théologie catholique ne va pas en ce sens : en lui-même, le contrat d'assurance n'a rien de répréhensible du point de vue de la morale[857]. Un Dictionnaire de droit canonique concède bien, au mot « Assurance » : « Cette rubrique figurait déjà dans les vieux recueils ou traités de droit canonique et de théologie morale. On y traitait généralement de la licéité d'un contrat restreint aux choses maritimes et dont le caractère aléatoire et sa ressemblance avec le feu proprement dit inspiraient à plusieurs une certaine méfiance ». Mais il tempère aussitôt : il est depuis longtemps admis que ce contrat est licite si le risque existe réellement, qu'il a été correctement déclaré et que la prime lui est proportionnée[858]. Point d'opposition directe à l'assurance imputable à la religion, mais peut-être une influence indirecte, ce « mal français » déjà mentionné, le malaise d'une société catholique face à tout ce qui touche à l'argent et aux affaires[859]. Plus vraisemblablement, les facteurs expliquant le retard sont multiples, et difficiles à saisir, mais le résultat est bien là.

331. Facteurs politiques du retard français – Alors qu'approchent la fin du 18e siècle et le Code civil, le destin de l'assurance en France va se lier à celui d'un homme, Étienne Clavière. Au regard de ce qui précède, on ne sera pas surpris d'apprendre que ce jeune financier genevois s'est formé aux techniques de l'assurance à Londres. Il décide alors d'importer l'assurance-incendie et l'assurance-vie en France, et se rend à Paris en 1784[860]. Son projet d'assurance-incendie est en train de prendre forme lorsqu'il apprend l'existence d'un projet concurrent, mené par les frères Périer[861]. Ceux-ci obtiennent l'autorisation du Conseil d'État du Roi et créent la Compagnie des Eaux. Clavière a alors recours aux services de son ami Mirabeau, et organise une violente campagne de dénigrement contre les Périer, qui entraîne la chute des cours de leur compagnie[862]. Clavière rachète ensuite les actions via un prête-nom, et élimine ainsi son concurrent sans états d'âmes. Il ouvre alors sa propre compagnie, qui rencontre un important succès[863], puis crée, avec l'aval du Roi, une

[855] P. J. RICHARD, *op. cit.*, p. 9.
[856] *Ibid.*, p. 10.
[857] É AMANN, E. MANGENOT et A. VACANT (ss. la dir. de), *Dictionnaire de théologie catholique*, éd. Librairie Letouzey et Ané, 1931, V° « Contrats aléatoires », IV.
[858] R. NAZ (ss. la dir. de), *Dictionnaire de droit canonique*, éd. Librairie Letouzey et Ané, 1935, V° « Assurance ».
[859] V. *supra*, n° 325.
[860] É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *op. cit.*, p. 45.
[861] *Ibid.* Les frères Périer étaient ingénieurs. On leur doit notamment la « pompe à feu » qui, située sur la colline Chaillot, alimentait en eau une partie de la vile de Paris.
[862] D'après G. HAMON, « Mirabeau était d'une rare violence ; il semble à lire ce mémoire qu'il s'en dégage le souffle précurseur qui allait renverser la société aux heures sombres de la Terreur » (*op. cit.*, p. 42).
[863] *Ibid.*, p. 47.

branche supplémentaire dédiée à l'assurance-vie[864]. La gestion séparée de la Royale Vie et de la Royale Incendie est imposée par le conseil du Roi, une règle qui subsiste en droit français positif. Survient ensuite la Révolution, puis la nouvelle Constitution.

Clavière devient député suppléant, puis ministre girondin. Il est violemment attaqué par les Montagnards. Robespierre affirme : « Les assurances substituent le service du calcul au service de l'humanité et font disparaître la sensibilité générale qui en est une des bases »[865]. En 1793, Clavière et les autres girondins sont arrêtés, tandis que les attaques contre l'assurance se poursuivent. Un montagnard, Cambon, déclare ainsi : « Il existe en ce moment un combat à mort entre les marchands d'argent et l'affermissement de la République. Il faut donc tuer toutes ces associations destructives du crédit public, si nous voulons établir la règle de la liberté »[866]. Un décret du 24 août 1793 interdit les compagnies d'assurance[867]. À la disgrâce de Clavière, qui se suicide le 8 décembre 1793[868], s'ajoute donc celle de l'assurance, qui perdure sous le Consulat et l'Empire. Napoléon considère lui aussi que l'assurance n'est qu'un outil de spéculation. L'activité d'assurance-vie, soumise à autorisation, est *de facto* interdite, et l'assurance-incendie recule considérablement[869]. Des auteurs résument la situation par cette formule sèche : « Tuée par la Révolution, ignorée du Consulat et du premier Empire, l'assurance française ne renaîtra que sous la Restauration, avec plus d'un siècle de retard sur l'Angleterre »[870].

2. *Les lacunes du Code*

332. Prise en compte de la seule assurance maritime – C'est Portalis qui fut chargé de présenter au Corps législatif le titre du Code civil consacré aux « contrats aléatoires ». C'est en effet à l'article 1964 du Code civil, qui définit les contrats aléatoires et en fournit une liste, que se trouve la seule référence à l'assurance. Le discours est, comme souvent chez lui, d'une grande élégance : « Dans l'ordre simple de la nature, chacun est tenu de porter le poids de sa propre destinée. Dans l'ordre de la société nous pouvons, au moins en partie, nous soulager de ce poids sur les autres. C'est la fin principale des contrats aléatoires. Ces contrats sont le produit de nos espérances et de nos craintes. On veut tenter la fortune ou être rassuré contre ses caprices. Aussi, dans tous les temps, on a commencé des choses incertaines et éventuelles. Les plus anciennes lois prouvent que les hommes,

---

[864] *Ibid.* À cette occasion, Clavière fait jouer ses réseaux politiques et élimine un autre concurrent. Le personnage ne peut toutefois être résumé à ces coups de force, et révèle une plus grande complexité : il crée par exemple avec Brissot la *Société des Amis des Noirs*, en 1788, et co-écrit avec Dumont les grands textes prononcés par Mirabeau sur les Droits de l'Homme (*ibid.*, p. 51).

[865] *Ibid.*, p. 53. Le calcul des probabilités, technique majeure de l'assurance moderne, est ainsi accusée d'être contraire au bien-être humain. Quant à l'argument tenant à la supposée froideur des chiffres, il se passe de commentaire.

[866] *Ibid.*

[867] F. TORRES (ss. la dir. de), *L'Assurance de la Royale au Gan. L'histoire de tous les projets. 1816-1992*, éd. Claude Tchou & sons, 1992, p. 11.

[868] Les fonds de la compagnie Royale incendie ont disparu avec lui : J. BIGOT, *op. cit.*, p. 16.

[869] É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *op. cit.*, p. 55.

[870] J. BIGOT, *op. cit.*, n° 15. Sur la renaissance de l'assurance française à partir de la Restauration, V. *L'assurance de la Royale au GAN*, *op. cit.* ; É-V. CALONI, B. LAGUERRE et M. RUFFAT, *op. cit.*, p. 57 s. ; P. J. RICHARD, *op. cit.*, p. 37 s.

toujours jaloux de soulever le voile mystérieux qui leur dérobe l'avenir, ont constamment cherché à embrasser par leurs conventions des objets qu'ils peuvent à peine atteindre par leur faible prescience. [...] »[871].

Il présente le prêt à la grosse aventure, connu depuis longtemps déjà, puis arrive au contrat d'assurance. « Mais les anciens n'avaient aucune idée de l'assurance, contrat infiniment plus étendu dans son application et plus important par ses effets. Avant que la boussole ouvrît l'univers, on ne connaissait que quelques bords de l'Asie et de l'Afrique ; l'existence de l'Amérique n'était pas même soupçonnée. Le commerce maritime avait peu d'étendue et d'activité ; les vues des armateurs étaient rétrécies comme leur commerce. Avec la boussole, des voyageurs hardis virent une mer immense qui se présentait à eux sans bornes ; ils s'élancèrent avec intrépidité dans cette vaste région des orages, et ils découvrirent un nouveau ciel et une nouvelle terre […] et de grands moyens devinrent nécessaires pour exécuter de grands projets. Dans le nombre de ces moyens, le plus efficace, peut-être, fut l'invention du contrat d'assurance. Par ce contrat, qui consiste à prendre sur soi les périls que courent sur mer les marchandises d'un autre, il arrive que la fortune privée d'un armateur se trouve garantie par celle d'une foule d'assureurs de tous les pays, de toutes les contrées, qui consentent à lui répondre de tous les événements. Un seul particulier peut ainsi faire le commerce le plus riche et le plus étendu avec le crédit, la force et les ressources de plusieurs nations »[872].

Rarement plus bel hommage fut rendu à l'assurance. Et pourtant, ce contrat n'occupe qu'une ligne dans tout le Code, pour la raison suivante : « Ce n'est sans doute pas le moment de développer les règles relatives au contrat d'assurance et au prêt à grosse aventure. Ces deux contrats demeurent étrangers au Code civil : le projet de loi n'en fait mention que pour déclarer qu'ils sont dans la classe des contrats aléatoires, et qu'ils sont régis par les lois maritimes »[873]. Il n'est donc d'assurance que maritime ; il n'est de réglementation de l'assurance maritime qu'au sein du Code de commerce. L'étroitesse de la conclusion s'explique par le contexte historique qui vient d'être examiné, et contraste avec la puissance des louanges adressées au mécanisme assurantiel.

La même idée se retrouve dans la bouche de Siméon, lors du rapport au Tribunat. Ses propos méritent d'être brièvement cités, car ils rivalisent d'éloquence avec ceux de Portalis : « Les deux premiers [contrats aléatoires], l'assurance et le prêt à la grosse aventure, sont dignes du plus grand intérêt. C'est par eux que le commerce, agrandi et fortifié, est parvenu à lutter avec avantage contre les éléments déchaînés. [...] L'armateur opulent peut commettre à l'infidélité des mers et aux caprices des vents son entière fortune ; on lui garantit l'effet des tempêtes et des naufrages. Pour une modique prime, de paisibles spéculateurs prennent sur eux, au sein de leurs foyers, les terribles dangers de la navigation. En vain les flots irrités auront englouti de riches cargaisons ; la prudence trompe leur furie ; la perte, répartie sur un grand nombre d'intéressés, devient presque insensible ; le navigateur répare ses vaisseaux fracassés, et ses assureurs sont prêts à courir avec lui de nouveaux hasards »[874]. Ces fortes paroles s'achèvent, ici encore, par un renvoi intégral au Code de commerce.

[871] P.-A. FENET, *op. cit.*, t. 14, p. 535.
[872] *Ibid.*, p. 536 s.
[873] *Ibid.*, p. 537. Les italiques sont d'origine.
[874] *Ibid.*, p. 549.

333. Absence de prise en compte du mécanisme général – Il faut donc se rendre à l'évidence : l'idée selon laquelle il est possible, de manière générale, de conclure des contrats dont l'objet est d'endosser le risque d'autrui est absente du droit français, et notamment du Code civil. Certains diront que, même si l'on avait maitrisé le mécanisme de l'assurance hors du seul droit maritime, sa réglementation aurait dû également relever du Code de commerce. Cette idée n'est pas entièrement exacte, car rien ne devrait interdire un contrat par lequel on assume le risque d'autrui sans en faire pour autant profession, ponctuellement[875]. Le droit français de 1804 ignore bel et bien cette possibilité.

334. Absence de prise en compte du risque de crédit en particulier – À plus forte raison le Code civil ignore-t-il la possibilité de transférer le risque d'inexécution d'une créance : cette idée n'a encore germé nulle part. On estime que Bunajuto Paris Sanguinetti fut le premier à imaginer ce que l'on appelle aujourd'hui l'assurance-crédit. En 1833, ce directeur d'une compagnie d'assurance maritime fait face à un afflux brutal de sinistres. La compagnie fait faillite, il est arrêté et emprisonné. Bouleversé, il réfléchit aux moyens d'éviter aux créanciers d'être confrontés au phénomène de l'insolvabilité, et y apporte une réponse d'assureur en imaginant l'assurance-crédit mutualiste[876]. La technique de l'assurance-crédit fut donc découverte au cours du 19ème siècle ; mais elle ne se développa réellement en France qu'après 1945[877].

335. Nécessité d'une prise en compte de ces lacunes – Il a été démontré que l'idée d'un contrat ayant pour objet le transfert d'un risque, de celui sur qui il pesait initialement à celui qui accepte de le garantir, est une idée relativement moderne. Elle a commencé à prendre forme au 14e siècle, et son épanouissement s'est poursuivi bien après l'adoption du Code civil. Ce concept, qui nous paraît familier et évident, selon lequel tout risque ou presque peut être couvert par un tiers, était inconnu du législateur de 1804. Cela n'est évidemment pas neutre lorsqu'il s'agit d'examiner des institutions telles que le porte-fort ou le cautionnement, issues directement d'un droit romain encore plus étranger à ces conceptions que les contemporains de Portalis.

CONCLUSION DU CHAPITRE I

L'étude du droit comparé a permis de révéler, à travers la position de certains auteurs suisses, une manière d'envisager le porte-fort sûreté très différente des conceptions françaises et, à vrai dire, beaucoup plus convaincante. Plutôt que d'y voir une curieuse obligation de faire impossible à exécuter, et destinée *ab initio* à

[875] V. *infra*, spéc. n° 371 s.

[876] J. BASTIN, « L'assurance-crédit, rapport belge » *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998, p. 537, V. p. 538 ; Y. MERCHIERS, « L'assurance crédit, rapport général », *ibid.*, p. 505, V. p. 507 s. ; P. COLLE, « Rapport de synthèse » *in La prévention de la défaillance de paiement, Actes du 2e congrès Sanguinetti*, Larcier, 2000, p. 319.

[877] C. GAVALDA, « L'assurance-crédit interne un aspect de la concurrence et/ou de la complémentarité du secteur des banques et des assurances », *in Mélanges Jauffret*, éd. de la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 343, n° 7.

être violée, il est ainsi proposé d'y voir un engagement positif de prendre sur soi le risque de crédit. La question des relations entre cette catégorie de garanties indemnitaires et le cautionnement bénéficie, elle aussi, de cette analyse renouvelée. Le cautionnement lui-même serait un contrat fondé sur la prise en charge d'un risque de crédit, mais assorti par le législateur d'un certain nombre de protections destinées à l'origine aux garants fragiles. Ainsi, le cautionnement ne serait qu'une forme de porte-fort, l'espèce la plus modérée au sein d'un genre foisonnant.

Une telle présentation est de nature à surprendre le juriste français, qui verra plus volontiers dans le cautionnement un modèle universel, et, dans le porte-fort sûreté, un usurpateur suspect. Mais un retour à l'Histoire a permis de mettre en évidence une donnée fondamentale : alors que le cautionnement est une invention romaine, qui a exercé son empire sur les esprits durant des siècles, l'idée d'un contrat dédié à titre principal à la prise en charge du risque d'autrui est tout à fait récente. Elle n'a été appliquée à notre matière, le risque de crédit, qu'au 19e siècle, de sorte qu'il est objectivement impossible que le cautionnement ait été pensé en ces termes par ses inventeurs, ou même par le législateur de 1804.

Au fil de l'étude, l'idée d'un rapprochement entre assurance et sûretés personnelles s'est donc imposée comme incontournable pour qui souhaite comprendre le fonctionnement de certaines garanties indemnitaires. Il est temps de mettre en œuvre ce rapprochement.

CHAPITRE II

LA MISE EN ŒUVRE DU RAPPROCHEMENT ENTRE ASSURANCES ET SÛRETÉS PERSONNELLES

336. Plan – Jean Boulanger proposait une analyse nouvelle du porte-fort, dont la traduction pourrait être : le porte-fort est la convention par laquelle une personne accepte d'assumer les conséquences patrimoniales qui auraient normalement dû léser un tiers, soit qu'un événement redouté survienne, soit qu'un événement espéré ne se produise pas[878]. Dans le cas du porte-fort d'exécution, l'événement redouté est l'inexécution d'une obligation principale.

Le risque, tel est le maître-mot de cette analyse. Grâce au porte-fort d'exécution, le risque de crédit est couvert, en tout ou partie. Un auteur suisse suggérait même que c'est également la vocation du cautionnement[879]. Or, couvrir un risque, c'est bien évidemment la raison d'être du contrat d'assurance. Le porte-fort d'exécution, la caution et l'assureur ne rendraient-ils pas le même type de service ? Leur point commun résiderait donc dans la prestation fournie, dans « l'obligation de couverture » dont ils sont débiteurs. Il faut commencer par l'identifier, par la définir (section 1). Elle permettra alors de présenter de nouvelles analyses du droit privé en général, et du droit des sûretés personnelles en particulier (section 2).

SECTION 1
DÉFINITION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE

337. Plan – Il n'y a qu'une trentaine d'années que le concept d'obligation de couverture a été découvert par la doctrine française (I). Son contenu exact reste aujourd'hui encore controversé (II).

I. La découverte de l'obligation de couverture

338. Plan – La position traditionnelle de la doctrine française, toujours majoritaire à l'heure actuelle, est de refuser fermement tout rapprochement entre assurances et sûretés personnelles (A). Il appartient à Christian Mouly d'avoir jeté pour la première fois un pont entre les deux mondes, en mettant en évidence l'existence de l'obligation de couverture (B).

---

[878] V. *supra*, n° 265.
[879] V. *supra*, n° 288.

A. La position traditionnelle : le rapprochement entre assurances et sûretés personnelles refusé

339. Plan – Cette position est défendue par la doctrine majoritaire, tant classique que contemporaine (1). Le Conseiller d'État Renaudin, saisi de la question, exposa lui aussi en quoi le cautionnement et l'assurance appartiennent à deux univers bien distincts (2).

1. La doctrine

340. La doctrine classique – Raymond-Théodore Troplong fournit un assez bon exemple des arguments qui, dans la doctrine classique, s'opposent à ce que cautionnement et assurances puissent entretenir des relations conceptuelles. Dans les premières pages de son ouvrage, après avoir exposé que le cautionnement est le plus souvent gratuit[880], il précise qu'il peut toutefois être rémunéré, mais se demande alors si cela ne fait pas « dégénérer ce contrat en assurance »[881]. Les contrats, en effet, présentent deux importants points communs : « 1° en ce que le fidéjusseur se soumet à une chance périlleuse et incertaine qui rapproche l'agissement des contrats aléatoires ; 2° en ce que le créancier qui exige un cautionnement veut s'assurer contre le péril du non-remboursement par le débiteur »[882]. Mais les différences sont, selon lui, tout aussi importantes : alors que le cautionnement est un contrat unilatéral, l'assurance est un contrat synallagmatique ; tandis que le cautionnement est un contrat accessoire, l'assurance est un contrat principal ; si le cautionnement est un contrat de bienveillance, l'assurance est au contraire un contrat intéressé. Il semble toutefois évident que la première et la troisième différence disparaissent si le cautionnement est rémunéré.

Pourtant, même alors, les deux contrats restent distincts, d'après Troplong, à condition que le prix soit payé par le débiteur. Car, dit-il, mettez en place une rémunération du garant par le créancier « et vous aurez à l'instant un contrat d'assurance proprement dit »[883] ! Par quel étrange mécanisme le cautionnement peut-il n'avoir rien à faire ou se confondre totalement avec l'assurance, selon la personne qui rémunère le garant ? Si c'est le créancier qui paie, « le contrat intervenu entre le créancier et celui qui l'assure se détache du contrat primitif dont on redoute la non-exécution, et l'assureur et l'assuré traitent d'une manière principale d'un objet entièrement distinct, à savoir, d'un risque à courir. À la vérité, leur accord sera lié à la condition que le contrat primitif ne sera pas tenu, et, en ce sens, ce contrat primitif ne demeurera pas tout-à-fait étranger au nouveau contrat. Mais le contrat primitif ne sera pris en considération que comme condition, et nullement comme une promesse principale dont la promesse de l'assureur n'est que l'accessoire. Entre l'assureur et l'assuré, on spécule d'une manière principale sur les chances d'exécution de l'obligation d'un tiers »[884].

---

[880] Le cautionnement est « un office d'ami, un acte de dévouement, *bonitatis* et *humanitatis* » (R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, n° 13).
[881] *Ibid.*, n° 16.
[882] *Ibid.*, n° 35.
[883] *Ibid.*, n° 36.
[884] *Ibid.*

Un discours qui n'est pas sans rappeler les efforts d'une partie de la doctrine et du Tribunal fédéral suisses pour résoudre la délicate question des critères de distinction entre porte-fort et cautionnement[885] : en quoi les deux contrats sont-ils différents ? Parce que l'un est accessoire et l'autre principal. Qu'est-ce qui justifie cette différence ? Le caractère accessoire de l'un, principal de l'autre.

341. La doctrine contemporaine – Les auteurs contemporains, tels M. Marcel Fontaine[886], ont continué à s'interroger sur les relations de l'assurance, plus particulièrement de l'assurance-crédit, et du cautionnement. Après avoir écarté plusieurs pistes[887], M. Fontaine retient lui aussi qu'il faut radicalement distinguer du cautionnement, gratuit ou rémunéré par le débiteur, la garantie contractée et payée par le créancier[888]. M. Simler, qui approuve cette position, explique : « Cette considération, qu'on aurait pu croire subalterne, traduit en réalité la différence profonde de nature des conventions. Ainsi, le non-paiement des primes constitue, dans l'assurance-crédit, une cause de décharge de l'assureur, alors que la défaillance du débiteur, dans l'assurance-caution proprement dite, ne peut libérer l'assureur-caution à l'égard du créancier. D'autres différences peuvent être décelées dans l'esprit et dans la finalité même des deux institutions. Le cautionnement, en tant qu'instrument de crédit, joue un rôle moteur direct dans l'activité économique, alors que l'assurance-crédit n'est que le transfert du créancier à son assureur d'un risque déjà né. On a fait observer, en outre, que le préjudice que l'assurance-crédit tend à réparer peut être supérieur au montant de la créance assurée, alors que l'obligation de la caution ne peut excéder la mesure de la dette principale »[889].

Cette dernière remarque distingue l'assurance-crédit du seul cautionnement, puisque le porte-fort d'exécution, tel qu'il est décrit par M. Simler lui-même, pourrait aboutir à une indemnisation supérieure au montant de la créance. Quant aux autres différences évoquées – dont l'étude est renvoyée à plus tard avec celle de l'assurance-crédit[890] –, elles prennent l'allure de points de détails dont il est difficile de comprendre comment, à eux seuls, ils justifient une séparation radicale des mondes des sûretés personnelles et de l'assurance. C'est, semble-t-il qu'ils cachent une différence profonde de philosophie, sur laquelle pourtant bien peu est révélé.

342. Manque d'intérêt doctrinal – On ne peut donc s'empêcher de formuler, avec M. Leblond, quelques regrets. D'abord, celui que ne soient pas comparées les assurances et les sûretés personnelles, mais une forme d'assurance – l'assurance-crédit – et une forme de sûreté personnelle – le cautionnement[891]. Ensuite, il faut bien remarquer que : « Le plus souvent, lorsque le rapport de ces

---

[885] V. *supra*, n° 296.
[886] M. FONTAINE, *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, éd. C.I.D.C. Bruxelles, 1966.
[887] N° 104 s. ; les autres critères envisagés seront étudiés *infra*, n° 643 s.
[888] *Ibid.*, n° 112 s.
[889] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 26. Il est question ici d'assurance-cautionnement, mais ce mécanisme est assimilé au cautionnement lui-même par la doctrine : on y reviendra. C'est donc bien le cautionnement et l'assurance que l'on compare ici, sous couvert d'une mise en perspective de deux formes d'assurance. Dans le même sens, V. not. A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 273 ; J. FRANÇOIS, *op. cit.*, n° 15.
[890] V. *infra*, n° 643 s.
[891] On se serait par exemple attendu à trouver, dans ces débats, une définition de l'assurance et une définition des sûretés personnelles, confrontées l'une à l'autre. On les chercherait en vain.

mécanismes d'assurance avec les sûretés est envisagé, même par les meilleurs spécialistes respectifs de chacune des deux matières, ce n'est que de façon incidente et pour conclure, plus ou moins péremptoirement, à l'impossibilité d'une assimilation des premiers aux secondes »[892]. Le sujet semble ne pas véritablement intéresser la doctrine, qui préfère poser en principe qu'il n'y a rien à en dire.

Peut-être la sentence arbitrale rendue par le conseiller d'État Renaudin sera-t-elle plus instructive ; ces questions y sont étudiées un peu plus longuement.

2. L'arbitrage Renaudin

343. Le contexte – En 1948, plusieurs compagnies d'assurance soutinrent « que la caution comporte tous les éléments nécessaires et indispensables à la formation d'un contrat d'assurance, que toute personne physique ou morale est habilitée à se porter caution, que les méthodes propres à l'assurance, compensation, répartition et division des risques offrent en la matière une sécurité particulière »[893]. Le Ministre des Finances accepta de leur délivrer une autorisation de pratiquer l'assurance-caution. Les taux de prime proposés étant très attrayants[894], les banques connurent une hémorragie de clientèle, et décidèrent de défendre leur pré carré. Elles prétendaient que l'assurance-caution n'était pas une opération de couverture de risques, mais une opération financière, qui ressortissait dès lors à leur seule compétence[895]. En 1952, elles obtinrent d'Antoine Pinay, Président du Conseil et Ministre des Finances, que ce litige soit soumis à l'arbitrage du Conseiller d'État Renaudin. Celui-ci rendit sa sentence le 6 octobre.

344. Les arguments – Pour l'arbitre, assurance et cautionnement sont deux opérations nettement distinctes. Les deux arguments principaux qu'il avance sont : d'une part, que le débiteur ne peut faire assurer sa défaillance de paiement, car il s'agirait de l'assurance d'un fait potestatif, qui est impossible ; d'autre part, que l'assureur *solvens*, contrairement à la caution, n'est pas subrogé dans les droits du créancier contre le débiteur[896]. Le dernier argument n'est plus valable, puisque la loi a offert un recours subrogatoire à l'assureur-crédit[897]. Quant à l'argument selon lequel il n'est pas possible d'être couvert contre les conséquences de ses propres agissements volontaires, il apparaîtra plus loin qu'il est facile à contrecarrer : le caractère potestatif doit s'apprécier dans la personne de l'assuré, qui serait toujours

---

[892] N. LEBLOND, *Assurances et sûretés*, thèse Paris II, 2007, n° 21, et les réf. citées.

[893] J.-P. WATTIEZ, *Le cautionnement bancaire*, préf. M. VASSEUR, Sirey, Bibliothèque de droit commercial, t. 9, 1964, p. 12. Le premier chapitre de cette thèse est tout entier consacré à l'arbitrage Renaudin.

[894] Entre 1 et 1,5 %, contre 2,5 % pour les banques (*Ibid.*).

[895] *Ibid.* Au moins cette position a-t-elle le mérite de se situer, contrairement à celles de la doctrine, sur un plan très général : cautionner, ce ne serait pas couvrir un risque. Cet argument nous paraît, toutefois, parfaitement inexact.

[896] Cité par J.-P. WATTIEZ, thèse préc., p. 15.

[897] Art. 22, L. n° 72-650 du 11 juillet 1972 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier : « L'assureur qui paie une indemnité ou un acompte sur indemnité en vertu d'une police d'assurance-crédit est subrogé dans les droits et actions de l'assuré du chef de l'opération ayant fait l'objet du paiement ». Cette solution entérinait un arrêt ancien de la Cour de cassation : Civ., 14 déc. 1943 : *DC,* 1944, p. 81, note A. BESSON. Il faut souligner dès à présent que cette solution est suivie dans les autres droits européens : Y. MERCHIERS, « L'assurance-crédit, rapport général », art. préc., p. 525.

ici le créancier, et non dans la personne de celui qui souscrit et paie l'assurance, qui peut certes être, parfois, le débiteur lui-même[898].

Le Conseiller d'État avance encore un argument : là où l'assureur reçoit une prime basée sur le risque couru, la caution reçoit seulement « le prix du service » qu'elle rend[899]. Il est cependant naïf d'imaginer que les banques ne tiennent pas compte du risque couru lorsqu'elles facturent les cautionnements qu'elles délivrent ; à l'inverse, la prime perçue par un assureur non mutualiste comprend, en sus de la valeur du risque, une certaine marge de bénéfice. L'opposition entre prime et prix apparaît donc bien fragile, puisque ces deux modes de rémunération ont les mêmes composantes.

L'arbitre termine son raisonnement sur les considérations suivantes : la caution engage son crédit aux côtés de celui du débiteur, puis, si elle est amenée à payer, avance une somme d'argent qu'elle cherchera ensuite à récupérer auprès du débiteur. Ainsi, l'opération « peut présenter successivement le caractère d'une opération de crédit puis celle d'un prêt » ; or « de telles opérations relèvent de l'activité bancaire »[900] et doivent donc être interdites aux assureurs. Ici encore, la distinction paraît bien artificielle : l'assureur qui garantit une créance ne fait-il pas profiter le débiteur de son crédit, de sa réputation ? Quant à l'avance d'une somme d'argent qui a vocation à être récupérée, on a vu qu'elle ne semblait caractéristique du cautionnement à l'arbitre que parce que le recours subrogatoire de l'assureur n'était pas encore affirmé par la loi.

345. Les suites de l'arbitrage – Il est donc permis de ne pas être convaincu par cet arbitrage[901]. Il aboutit pourtant à écarter temporairement les assureurs du domaine du cautionnement, supposé bien distinct de l'activité d'assurance. Des auteurs estiment cependant que l'arbitrage fut rendu « caduc » dès l'année suivante, lorsque la loi de finances ouvrit aux assureurs le champ des garanties exigées par les lois et règlements en faveur des collectivités publiques[902]. Le coup de grâce intervint avec la directive communautaire du 24 juillet 1973 sur la liberté d'établissement, permettant aux assureurs de solliciter un agrément pour délivrer des assurances-cautionnements[903].

Malgré les protestations de la doctrine, qui ressemblent davantage à une pétition de principe qu'à une analyse approfondie des deux domaines, l'assurance et les sûretés personnelles commencèrent ainsi à converger l'une vers l'autre. Cela ne devrait pas surprendre outre mesure les lecteurs de Christian Mouly, qui a mis en évidence le fondement théorique d'un rapprochement : l'obligation de couverture.

---

[898] V. *infra*, n° 661.
[899] Cité par J.-P. WATTIEZ, thèse préc., p. 15.
[900] Cité par J.-P. WATTIEZ, *loc. cit.*
[901] En faveur de la sentence rendue : J.-P. WATTIEZ, thèse préc., p. 17 s. Pour des observations critiques, V. not. J. BIGOT, *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance,* 2002, n° 241.
[902] Loi de finances du 7 janv. 1953, art. 88, citée par J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, p. 176.
[903] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 25. L'auteur minimise toutefois les conséquences pratiques de ce texte. « C'est principalement dans le cadre d'opérations de garantie particulières, notamment internationales, que les sociétés d'assurance, par l'intermédiaire d'organismes créés à cet effet, ont pris pied dans le domaine du cautionnement ou des garanties indépendantes, concurremment avec les banques. […] La tendance est plutôt à la création, respectivement par les établissements de crédit et par les compagnies d'assurance, de filiales ayant pour objet l'autre activité » (*ibid.*).

B. La position de Christian Mouly : l'obligation de couverture comme point commun

346. Plan – Les analyses proposées par Christian Mouly dans sa thèse consacrée aux causes d'extinction du cautionnement[904] sont surtout connues pour avoir mis fin aux problèmes spécifiques que posaient les cautionnements de dettes futures (1). Mais elles remettent en question, plus largement, la nature même de l'obligation de toute caution (2). À travers cette belle « invention » doctrinale, l'obligation de couverture, c'est en tout cas un lien puissant entre le monde de l'assurance et celui des sûretés personnelles qui apparaît en pleine lumière.

1. Les réponses apportées au sujet des cautionnements de dettes futures

347. Les problèmes – La possibilité de se porter caution de dettes futures a suscité bien des questions[905] : peut-on considérer que la sûreté existe avant même la naissance des dettes couvertes, et prendre par anticipation des mesures conservatoires ; que se passe-t-il lorsque des défaillances supposées être couvertes sont intervenues, mais que, avant que la caution ait payé, elle décède, que le terme est atteint, ou que le cautionnement est résilié ?

348. La solution – La réponse apportée par Christian Mouly est bien connue : en termes de notoriété et d'influence sur la jurisprudence postérieure, elle est au droit des sûretés ce que la distinction entre obligation de moyens et de résultat est au droit des contrats. L'analyse est dualiste. Dès la conclusion du cautionnement, une obligation dite « de couverture » accède à la vie juridique : son objet est de « tracer le cadre de la garantie offerte par la caution »[906]. Elle est un filet, au périmètre variable, dans lequel viendront se prendre toutes les dettes du débiteur correspondant aux prévisions du contrat, par exemple : « toutes dettes contractées par A envers B à raison de leurs relations professionnelles du 1er janvier au 31 décembre 2009 ». Si, durant la période de couverture, une dette conforme à cette description vient à naître, apparaît alors une « obligation de règlement »[907]. L'obligation de couverture est donc certaine et immédiate, tandis que l'obligation de règlement est éventuelle et future[908].

Les problèmes pratiques sont ainsi résolus : les événements mettant fin à la couverture, comme le décès de la caution ou l'arrivée du terme, empêchent la naissance de nouvelles obligations de règlement pour l'avenir, mais ne dispensent en aucune manière d'exécuter celles qui étaient déjà apparues.

349. Transposition à tout cautionnement – Certains auteurs ont fait remarquer à juste titre que, si l'obligation de couverture est particulièrement

[904] Précitée.
[905] V. par ex. M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 101 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 777 s.
[906] C. MOULY, thèse préc., n° 255.
[907] *Ibid.*, n° 261.
[908] *Ibid.*

apparente dans le cas du cautionnement de dettes futures, elle irrigue même un cautionnement de dette présente[909].

Si la distinction semble inutile, chez Christian Mouly, c'est parce que la composante de règlement est supposée naître en même temps que les dettes entrant dans le cadre de la couverture[910]. Il faut plutôt considérer, comme la doctrine de droit des assurances, que la composante de règlement naît en cas de sinistre[911], ce qui est différent. Ainsi, si une seule dette présente est garantie, mais pour un terme plus éloigné que celui du débiteur principal par exemple, l'obligation de règlement ne naît que lorsque le terme stipulé dans le contrat de sûreté est atteint, si la dette n'a toujours pas été payée par le débiteur principal. La dette peut fort bien naître et ne jamais remplir les conditions d'un sinistre.

Toute caution a donc pour mission de « couvrir » certains évènements redoutés. Le règlement des dettes du débiteur restées inexécutées n'est qu'une suite secondaire et facultative de cette couverture. Cette analyse est de nature à remettre en cause la vision traditionnelle du cautionnement tout entier.

2. *Les questions soulevées au sujet du* debitum *de toute caution*

350. L'obligation de la caution, une obligation propre – En affirmant que la caution « accède » à l'obligation du débiteur principal, Pothier n'avait pas tout dit[912]. La simple possibilité de ne cautionner, par exemple, que la moitié de la dette, implique nécessairement que l'obligation de la caution est propre et bien distincte. Le Code civil interdit que l'obligation de la caution soit pure et simple alors que celle du débiteur principale est conditionnelle, mais non l'inverse. L'obligation de la caution peut être nulle, prescrite, faire l'objet d'une remise de dette indépendamment de l'obligation principale[913]. Certains auteurs en étaient bien conscients, qui ont donc laissé entendre que l'obligation de la caution a une part d'autonomie, mais qu'elle emprunte sa « Schuld » à l'obligation principale[914]. Ces explications ne sont pas vraiment satisfaisantes : la caution n'est pas simplement redevable d'un morceau plus ou moins modifié de la dette principale. Elle assume une mission propre, mise en évidence par Christian Mouly.

351. Couvrir, assurer – Au cours de ses développements sur la couverture, l'auteur rapproche expressément le cautionnement de l'assurance. Il rappelle que le contrat d'assurance est conçu autour d'un « intérêt d'assurance », qu'il définit

---

[909] En ce sens, V. par ex. M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 227 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 213.
[910] C. MOULY, *loc. cit*.
[911] V. par ex. J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 52. Il ne faut pas hésiter à s'éloigner de la théorie de Christian Mouly, lorsque cela semble nécessaire. Elle ne constitue qu'un point de départ, non un point d'arrivée pour la réflexion contemporaine en droit des sûretés. Comme cela a pu être souligné, l'obligation de couverture de Mouly « est une création doctrinale ayant pour fonction de résoudre un problème technique limité : l'extinction du cautionnement de dettes futures » (V. MAZEAUD, *L'obligation de couverture,* préf. P. JOURDAIN, IRJS, 2010, n° 417. Cet auteur estime par exemple tout à l'inverse de Mouly que l'idée de couverture doit jouer dans le cautionnement de dette présente, mais pas dans celui de dettes futures).
[912] V. *supra*, n° 313.
[913] Pour une liste plus détaillée des preuves que l'obligation de la caution est une obligation propre, V. D. GRIMAUD, thèse préc., n° 418.
[914] V. *supra*, n° 317.

comme « le lien qui unit le bénéficiaire au bien garanti »[915], ce lien étant économique avant d'être juridique. Il propose alors de reconnaître, en matière de cautionnement, un « intérêt cautionné », qui serait l'objet de la garantie. Un rapprochement peut être effectué, dit-il, avec l'assurance-crédit : l'inexécution de la créance conserve à la dette sa force juridique, mais dégrade sa valeur économique. L'intérêt garanti est donc atteint[916]. « Or cet intérêt est le même dans l'assurance-crédit et dans le cautionnement. L'éventualité du non paiement forme donc le risque couvert dans les deux contrats. Ce risque, cet intérêt, "constitue l'objet d'une telle assurance" ; il peut tout aussi bien constituer l'objet de l'obligation de couverture de la caution »[917].

Christian Mouly propose donc tout à la fois une vision renouvelée du cautionnement, et un rapprochement audacieux – refusé, on l'a vu, par la doctrine majoritaire – avec l'assurance. Ces idées méritent d'être approfondies, et le contenu de l'obligation de couverture précisé.

II. Le contenu de l'obligation de couverture

352. Distinction d'avec les obligations comportementales – Dans sa thèse, Christian Mouly suggère que le contenu de l'obligation de couverture peut varier selon les espèces : parfois très immatérielle, elle peut aussi prendre l'allure d'une « prestation de service nettement définie ». Il cite les exemples d'un engagement par une société mère de surveiller la gestion de sa filiale, ou de lui fournir des moyens nécessaires à l'exécution[918]. Ces idées ne paraissent pas tout à fait exactes. Ainsi que l'étude des lettres d'intention l'a démontré, de tels engagements comportementaux peuvent être souscrits, sans qu'il soit jamais promis d'assumer pleinement la charge d'un risque, singulièrement le risque d'inexécution[919]. Inversement, le garant peut prendre à sa charge le risque d'inexécution sans s'engager, jusqu'à sa réalisation, à aucun comportement particulier.

353. Plan – Comment saisir, alors, en quoi consiste précisément l'engagement de couverture ? Deux approches ont été proposées. Certains prétendent que la couverture est un effet de la force obligatoire du contrat, sans être pour autant une obligation au sens technique (A). D'autres y voient une véritable obligation, c'est-à-dire une prestation fournie au créancier, un service (B).

A. La couverture vue comme un effet contractuel

354. Plan – Dans un premier temps, il est nécessaire d'exposer brièvement la théorie selon laquelle la force obligatoire du contrat ne se résume pas aux obligations qu'il contient, mais peut prendre d'autres formes (1). Il faudra alors tenter d'analyser la couverture en ces termes (2).

---

[915] C. MOULY, thèse préc., n° 259. Le paragraphe est intitulé : « Rapprochement avec l'assurance : intérêt d'assurance et intérêt cautionné ».
[916] *Ibid.*
[917] *Ibid.* La citation intercalée est de A. BESSON et M. PICARD.
[918] C. MOULY, thèse préc., n° 260.
[919] V. *supra*, n° 82 s.

1. Théorie de l'effet non-obligationnel du contrat

355. L'obligation de donner – L'idée selon laquelle un contrat ne doit pas toujours être analysé seulement comme un complexe d'obligations a d'abord été étudiée dans le cadre du débat sur l'obligation de donner en droit français. En effet, il ressort de l'article 1101 du Code civil que les obligations sont soit de donner, soit de faire, soit de ne pas faire[920]. Mais certains auteurs commencèrent à affirmer que la première des trois catégories n'en était pas véritablement une[921]. L'argument principal à l'appui de cette analyse est que le transfert de propriété s'effectue, dans notre droit, par la seule rencontre des volontés, en un instant de raison : seule subsiste une obligation de livrer la chose. Dès lors, donner n'est pas une obligation « en ce sens qu'il s'agit non pas de quelque chose de matériel, de tangible, qu'un contractant pourrait accomplir, mais d'un concept abstrait, purement juridique. […] Le débiteur n'est donc jamais directement obligé de donner, c'est-à-dire de transférer la propriété ; il peut simplement être obligé de faire des actes matériels desquels le droit positif – loi ou contrat – décidera de faire découler le transfert de propriété »[922].

Une des conclusions de cet auteur est que « le contrat a plusieurs objets possibles, dont celui de créer des obligations »[923], mais pas seulement. Transférer la propriété est un des objets du contrat qui n'est pas une obligation.

356. La distinction entre force obligatoire et obligation – Dans un article remarqué, M. Pascal Ancel – qui fut par ailleurs, on s'en souvient, l'inventeur du concept de garantie indemnitaire en droit français[924] – systématisa et développa cette dernière idée. La thèse de cet article est que l'obligation est une des manifestations possibles, mais non la seule, de la force obligatoire du contrat[925]. Les ouvrages de droit des obligations abordent parfois cette question, très brièvement, au travers de la distinction entre « contrat » et « convention » : le contrat serait, comme l'indique l'article 1101 du Code civil, la sous-espèce de convention par laquelle sont créées

---

[920] Il faut d'ailleurs noter que, malgré la place qu'elle occupe au sein du Code civil, la classification tripartite n'a pas vocation à régir les seuls contrats, ni même les seuls actes juridiques : Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 6.

[921] L'idée n'est pas nouvelle : V. déjà, par ex., B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, éd. L. Rodstein, 1947, p. 311. Le débat a toutefois repris récemment, avec vigueur : V. not. D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.*, 1992, chron., p. 67 ; M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD. civ.*, 1996, p. 85. *Contra* J. HUET, « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », *in Mélanges. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425. M. TALLON estime que l'obligation de donner avait un sens en droit romain, qu'elle a perdu dans un droit français qui considère que le transfert de propriété s'opère *solo consensu*. Elle n'aurait donc été reprise dans notre Code, malgré son obsolescence, que « par routine ». (n° 7). C'est la même routine qui explique, on l'a vu, l'existence de l'article 1119 du Code civil (V. *supra*, n° 45 s.). Il faut en prendre acte et délaisser ces institutions : comme le rappelle M. TALLON, « il est inutile de fouetter un cheval mort » (note n° 29).

[922] M. FABRE-MAGNAN, art. préc., n° 5. Il est entendu que le transfert de propriété est parfois retardé par rapport à la conclusion du contrat, soit qu'il s'agisse d'une chose de genre qui doit être individualisée, soit qu'une clause de réserve de propriété jusqu'à complet paiement du prix ait été stipulée. Mais lorsque la condition manquante (individualisation, paiement) aura été réalisée, le transfert de propriété s'accomplira à nouveau immédiatement et abstraitement, sans qu'aucune des parties ait rien à faire pour cela.

[923] *Ibid.*, n° 21.

[924] V. *supra*, n° 58.

[925] P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ.*, 1999, p. 771.

des obligations, mais il existerait également des conventions visant par exemple à modifier ou à éteindre une obligation, ou portant sur des droits réels[926]. Abandonnant le mot de convention, en réalité utilisé par tous comme un synonyme de contrat, M. Ancel développe l'idée qu'un contrat est tout simplement une norme juridique créée par les parties pour faire loi entre elles, ce qui peut se traduire par la création d'un rapport d'obligations, mais aussi de bien d'autres manières. Il revient sur le problème du transfert de propriété : celui-ci n'est pas le résultat d'une obligation exécutée par le vendeur, mais l'objet d'une véritable norme juridique, d'origine contractuelle, qui produira des effets dans le chef des parties, qui rayonnera en direction des tiers, et qui liera le juge[927].

Cette analyse, convaincante, est transposée à d'autres domaines, comme celui des contrats-cadres fixant par avance les modalités de conclusion de contrats d'applications ultérieurs. De telles prévisions s'analysent difficilement en termes d'obligations, et tout devient plus simple si le contrat est considéré, plus généralement, comme une norme juridique amenée à régir les relations futures des parties, sans qu'on puisse parler de prestations, de créance de l'un contre l'autre[928].

Un autre exemple d'application de la théorie est celui des « obligations » de bonne foi ou de loyauté, dont le rôle important en matière de sûretés personnelles a été mis en évidence un peu plus tôt[929]. L'analyse en termes de prestation dont les parties sont débitrices et créancières semble artificielle : il est relevé qu'une telle « obligation » ne peut recevoir aucune des sanctions classiques de l'inexécution : résolution, exception d'inexécution, exécution forcée[930]. « En conséquence, si le créancier se comporte d'une manière contraire à la bonne foi, il ne manque pas à proprement parler à une obligation née du contrat, il méconnaît la force obligatoire [...] »[931].

357. Rôle de l'organisation de l'enseignement du droit – Avant d'exposer comment la théorie des effets non obligationnels du contrat a été appliquée à la couverture des risques, une remarque de M. Ancel peut être relevée. À travers la distinction entre contrat et convention, la doctrine traite en fort peu de mots de la question de savoir si le contrat contient plus et autre chose que des obligations. C'est, d'après, M. Ancel, parce que ces propos figurent dans des manuels de droit des obligations : développer davantage cette idée n'est donc pas utile. Les effets translatifs et extinctifs de droits que peuvent avoir les conventions sont alors « renvoyés à d'autres parties du droit civil (droit des biens, droit des contrats spéciaux...) où ils sont déconnectés de la théorie générale du contrat »[932]. Cette observation épistémologique mérite réflexion. La manière dont sont organisés les enseignements des facultés commande la thématique des manuels, et influe inévitablement sur la manière dont la doctrine pense le droit, y compris dans ses

[926] V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 49.
[927] P. ANCEL, art. préc., n° 17 s.
[928] *Ibid.*, n° 23 s.
[929] V. *supra*, n° 195 s.
[930] P. ANCEL, art. préc., n° 39. L'impossibilité d'appliquer de telles sanctions à « l'obligation » de bonne foi avait été relevée par P. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, n° 145 s., spéc. n° 159 s. Cet auteur ne tire pas les mêmes conclusions que M. ANCEL : pour lui, un tel manquement doit être sanctionné par la voie délictuelle (n° 177).
[931] P. ANCEL, *loc. cit.*
[932] *Ibid.*, n° 2.

activités de recherche. Il n'est pas interdit de penser que l'enseignement séparé du droit des assurances et du droit des sûretés, qui appelle des manuels et des spécialistes distincts, a une influence sur le faible nombre de rapprochements opérés entre les deux disciplines[933].

La thèse de la distinction, au sein du contrat, entre force obligatoire et obligations, ouvre de nombreuses perspectives enthousiasmantes. Cet outil conceptuel semble mériter une grande attention ; mais est-il pertinent, comme l'affirme M. Ancel, pour expliquer le concept de couverture de risque ?

2. *Application à la couverture*

358. Remise en cause de la couverture comme obligation – Ainsi qu'il a été exposé, l'analyse de Christian Mouly à propos des cautionnements de dettes futures[934] repose sur la combinaison de deux obligations. La première est une obligation à exécution successive qui consiste à assumer certains risques ; elle est un cadre général, dans lequel viendront ensuite s'inscrire, le cas échéant, des obligations de règlement dont la consistance est plus facile à appréhender, puisqu'elles consistent à payer en lieu et place du débiteur. Selon M. Ancel, seul le règlement fait l'objet d'une véritable obligation. Quant à la couverture : « C'est une bien curieuse obligation dont on serait en peine de définir l'objet […] puisque ce n'est pas encore payer, est-ce faire quelque chose ? (mais la caution n'est pas obligée d'accomplir, pendant toute la période d'attente, une quelconque prestation) est-ce ne pas faire quelque chose (mais là encore on ne voit pas de quoi la caution devrait s'abstenir »[935]. Il relève encore qu'il ne peut y avoir d'exécution forcée ni de sanction en cas d'inexécution. Seule l'exécution des obligations de règlement, si elles existent, peut être réclamée. La couverture ne serait donc qu'une manifestation « non obligationnelle » de la force du contrat. Les parties fixent une norme, selon laquelle, si certains événements surviennent, et à ce moment-là seulement, naîtront de véritables obligations.

359. Caractère automatique de la naissance des obligations de règlement – Au soutien de cette analyse, force est de reconnaître que, si un risque entrant dans les prévisions des parties vient à se réaliser, une obligation de règlement naîtra *ipso facto*, sans que les parties n'aient rien à faire pour cela. La couverture ne serait donc qu'une norme, une « règle du jeu » convenue entre les parties, et non une prestation susceptible d'être exécutée, de ne pas l'être, ou de l'être mal. Un peu comme dans les contrats-cadres évoqués plus haut par M. Ancel, le contrat servirait à modeler les prestations futures et éventuelles, sans qu'il y ait immédiatement prestation. Une telle analyse devrait conduire à abandonner le terme « obligation » de couverture pour celui, par exemple, de devoir. La force obligatoire du contrat enserre le garant dans ses liens, sans pour autant qu'il ait à fournir immédiatement un bien, un service, sans qu'il ait encore rien à faire ni qu'il doive s'abstenir.

À ce stade, les arguments de M. Ancel semblent démontrer que l'obligation de couverture, comme l'obligation de donner, est un mythe. Elle est un effet du contrat, un devoir contractuel, sujétion mais pas prestation. Et pourtant, certains ont

[933] L'influence de cette circonstance ne doit pas non plus, bien évidemment, être surestimée.
[934] En réalité, elle est transposable au cautionnement de dette présente : V. *supra*, n° 349.
[935] P. ANCEL, art. préc., n° 41.

soutenu que la couverture est bel et bien une obligation : leurs arguments doivent être examinés.

B. La couverture vue comme une prestation

360. Plan – Au sein du débat doctrinal français, l'idée selon laquelle la couverture d'un risque doit être considérée comme une véritable prestation a été brillamment défendue par... un auteur japonais, M. Kanayama[936]. À le lire, la couverture est un véritable service, même s'il est relativement immatériel et abstrait (1). Sur la base de cette idée, une distinction peut être opérée entre la couverture fournie à titre professionnel ou profane (2).

1. La couverture, prestation immatérielle

361. L'obligation de garantir dans la doctrine japonaise – Vingt ans avant la thèse de Christian Mouly, un auteur japonais, Fujio Oho, avait tracé les contours d'une obligation « de garantir »[937]. Il se serait alors inspiré de l'obligation de praestare, qui existait en droit romain mais n'a pas été reprise par notre Code civil[938]. Reprise et développée par M. Kanayama, l'obligation de garantir est décrite comme prestation plutôt « passive »[939], qui n'en est pas moins une véritable prestation. Sous la plume de cet auteur, l'obligation de garantir regroupe les deux composantes mises en évidence par Christian Mouly, couverture et règlement.

362. La couverture comme centre de gravité – Pour M. Kanayama l'élément le plus important de la garantie est bien la couverture. « L'essence de l'obligation de garantir consiste dans cet état plutôt passif d'assurer le non paiement ou le dommage, et non dans la réalisation de la garantie promise […]. La survenance du sinistre […] est certes prévue, mais la garantie ne produit pas ses effets seulement à partir de cette survenance »[940].

Un autre auteur, proposant une « nouvelle analyse du contrat d'assurance », a pourtant nié l'existence d'une prestation de couverture[941] : seule l'obligation de

---

[936] N. KANAYAMA, « De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir" – Donner, faire, ne pas faire... et garantir ? », *in Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 375 ; « Donner et garantir, un siècle après ou une autre histoire », *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 473.

[937] F. OHO, *Saiken Sôron* (théorie générale des obligations), cité par N. KANAYAMA, « De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir"... », art. préc., p. 375. Le fait que MM. OHO et MOULY soient parvenus à des conclusions relativement proches, chacun de leur côté, doit inciter à examiner leurs théories avec plus d'attention encore.

[938] Sur ce sujet, V. par ex. G. PIGNARRE, « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du code civil », *RTD. civ.*, 2001, p. 41. La lecture de cet article et des manuels de droit romain ne nous convainc pas qu'il soit nécessaire de s'appuyer sur cette notion, « qui demeure obscure même pour les romanistes » (N. KANAYAMA, art. préc., p. 376), pour construire l'obligation de couverture. Il semble d'ailleurs que la filiation historique de cette obligation soit plutôt à rechercher dans l'histoire de l'assurance, bien plus récente que l'époque romaine comme on a pu le voir (*supra*, n° 318 s.).

[939] N. KANAYAMA, art. préc., p. 378.

[940] *Ibid.*

[941] V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préf. J. HÉRON, LGDJ, 1996, n° 158 s. L'auteur n'utilise pas le terme de « couverture », mais nie que l'assureur soit tenu d'une obligation même dans les cas où aucun sinistre ne se produirait, ce qui correspond précisément à l'idée de

règlement est considérée, et qualifiée de prestation conditionnelle[942]. Pourtant, dès 1898, Wavre rétorquait à ceux qui qualifiaient l'engagement de porte-fort de conditionnel qu'ils commettaient « une confusion entre la promesse de porte-fort, qui est en elle-même pure et simple, et l'obligation de payer des dommages et intérêts, qui n'est qu'une conséquence, un effet de cette promesse »[943]. La prestation que l'assureur ou la caution versent au créancier victime d'un sinistre n'est, de même, que la simple conséquence d'une obligation pure et simple de couverture. Sans cela, il faudrait considérer que, en l'absence de sinistre, la condition défaillante renvoie rétroactivement l'obligation du garant au néant, privant la prime versée, dans le cas d'une garantie professionnelle, de toute contrepartie. Il y a bien une contrepartie : pour M. Ancel, elle ne peut être qualifiée d'obligation ; pour M. Kanayama, elle le peut ; en tout cas, elle existe[944]. Admettons alors que la couverture est l'élément le plus important de la garantie : peut-elle être considérée, oui ou non, comme une obligation ?

363. Notion d'obligation – À cette question, M. Kanayama répond positivement et propose de réserver une place à l'obligation de garantir aux côtés des trois types classiques que sont les obligations de donner, de faire et de ne pas faire. La proposition peut surprendre, tant cette subdivision classique semble gravée dans le marbre à toute personne qui a suivi un enseignement de droit des obligations. Mais, après tout, les romains connaissaient une obligation de praestare que le Code civil n'a pas reprise. Même si l'on n'adhère pas à l'idée, que certains expriment, d'y voir l'ancêtre de l'obligation de garantie[945], il faut au minimum considérer la défunte obligation de praestare comme la preuve que la classification des obligations est loin d'être intangible. Suivre la proposition émise, entre autres, par Mme Fabre-Magnan, devrait conduire à rajouter bientôt l'obligation de donner à cette liste des catégories défuntes[946].

Certains droits n'ont pas retenu la fameuse classification tripartite dans leur définition de l'obligation. Car telle est bien la question : qu'est-ce qu'une obligation ? L'art. 241 al. 1 du BGB dispose que : « En vertu de l'obligation le créancier a le droit d'exiger du débiteur la prestation de ce qui est dû. Cette

---

couverture. *Contra* J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 49 s., sur la nécessité de recourir au concept de couverture pour décrire le rôle de l'assureur.

[942] *Ibid.*, n° 180.

[943] V. *supra*, n° 297. Même si, à l'époque, WAVRE ne raisonnait pas en termes de « couverture », c'est bien le même problème qui s'était posé à lui. Le fait que les mêmes difficultés théoriques aient surgi en matière de porte-fort, de cautionnement et d'assurance n'est évidemment pas anodin : il existe un lien fort entre ces institutions.

[944] Il semble d'ailleurs que la théorie des effets non-obligationnels du contrat de M. ANCEL pose des problèmes au regard des conceptions classiques. Une garantie professionnelle rémunérée est un contrat synallagmatique. On considère habituellement que, dans un tel contrat, l'obligation d'une partie a pour cause l'obligation de l'autre (V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 340). Dans l'analyse de M. ANCEL, l'obligation d'une partie aura sa cause dans un effet non obligationnel du contrat, qui constitue pour l'autre une sujétion sans être une prestation.

[945] V. *supra*, n° 361.

[946] V. *supra*, n° 355. La classification tripartie avait déjà été considérée comme « peu féconde » par Boris STARCK (thèse préc., p. 311), qui adoptait pour les besoins de sa démonstration une classification quadripartite comprenant les obligations de livrer des choses de genre, les obligations de conserver et de livrer des choses certaines, les obligations d'assurer la jouissance paisible des choses livrées et les obligations de prestation de services.

prestation peut consister dans une abstention »[947]. Le Code civil grec, par exemple, adopte une définition semblable[948]. Cette présentation doit être approuvée : il ne sert à rien de poser un *numerus clausus* des obligations. Mieux vaut recourir au concept général de « prestation ».

Mais qu'est-ce alors qu'une prestation ? M. Huet a raison de noter que les définitions du concept d'obligation sont parfois excessivement étroites[949]. Rappelons que, pour Mme Fabre-Magnan, l'obligation de donner n'est pas une obligation « en ce sens qu'il s'agit non pas de quelque chose de matériel, de tangible, qu'un contractant pourrait accomplir, mais d'un concept abstrait, purement juridique »[950]. Mais, à suivre cette voie jusqu'au bout, une obligation de ne pas faire est-elle encore une obligation ? Est-elle quelque chose de « tangible », que l'on peut « accomplir » ? Pourtant, s'engager à ne pas faire concurrence à autrui, c'est bien lui rendre un service. À plus forte raison, dans notre société allergique au risque, fournir de la sécurité n'est-il pas une prestation ? La réponse est certainement positive, et M. Kanayama a raison de vouloir faire évoluer la vieille distinction tripartite, de vouloir faire évoluer les institutions juridiques « dans le but de fournir des outils mieux adaptés à la demande sociale »[951].

364. Articulation avec la théorie de M. Ancel – Pour M. Ancel, la couverture que doit assurer une caution au bénéficiaire n'est pas une obligation, elle est une norme contractuelle qui peut donner éventuellement naissance à des obligations, au moment du règlement. Et il est vrai que la couverture comporte un aspect normatif, qu'elle est en partie une règle du jeu à laquelle se soumettent les parties, par laquelle, automatiquement, le fait qu'un certain évènement se produise entraînera une obligation de règlement. Cela n'interdit pas de penser que la couverture est aussi, dans le même temps, une véritable prestation, un service rendu par le garant. Cette prestation est souvent assez immatérielle, elle n'est pas « tangible » comme l'est l'obligation pour un maçon d'élever un mur de briques. Pour autant, apporter à autrui une tranquillité d'esprit et une tranquillité financière en le débarrassant des conséquences patrimoniales de certains évènements aléatoires néfastes, c'est bien un service.

Derrière l'immatérialité apparente, est-il possible de caractériser les sujétions auxquelles le garant sera soumis, s'il veut être en mesure de fournir la sécurité promise ?

---

[947] Traduction de R. DE LA GRASSERIE, *Code civil allemand*, éd. A. Pedone, 3e éd., 1910. Le texte original est : « *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen* ».

[948] Art. 287 : « L'obligation est le rapport en vertu duquel quelqu'un s'oblige envers un autre à fournir une prestation. La prestation peut aussi consister dans une abstention » (traduction de P. MAMOPOULOS, *op. cit.*).

[949] J. HUET, art. préc., p. 431. Cet auteur cherche alors à défendre l'existence d'une obligation de donner, terrain sur lequel nous ne souhaitons pas le suivre, ce qui n'empêche pas d'approuver certains arguments utilisés. Le même constat est partagé par A.-S. COURDIER-CUISINIER, « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner. Essai sur les causes d'une controverse doctrinale », *RTD. civ.*, 2005, p. 521, n° 11.

[950] V. *supra*, n° 355.

[951] N. KANAYAMA, art. préc., p. 385.

2. *La couverture, prestation variable*

365. Plan – On aurait tort de croire que celui qui s'est engagé à couvrir les conséquences d'un sinistre peut, après avoir signé, se contenter d'attendre, voire d'oublier son engagement jusqu'à ce qu'un tel événement survienne, s'il survient jamais. Que la couverture soit assumée par une caution qui garantit une dette unique, un ensemble de dettes futures, par un porte-fort ou par un assureur, l'idée reste la même : le service rendu est un service au long cours. Durant toute la période de couverture, c'est le garanti qui pourra se permettre de penser à autre chose et, si le garant est solide, de considérer que la survenance du sinistre lui sera indifférente[952]. Le garant, au contraire, devra se tenir prêt. La signification concrète de cette expression varie selon que l'on a affaire à un professionnel de la garantie (a) ou à un garant ponctuel (b).

a. La couverture professionnelle

366. L'exemple de l'assureur – Une telle couverture est assumée par un garant professionnel. Par « garant professionnel », il faut entendre non pas « celui qui est amené à couvrir un risque dans le cadre de sa profession », comme un dirigeant cautionnant les dettes de son entreprise, mais plus précisément « celui qui fait profession de garantir ». On pense alors immédiatement à l'assureur, mais c'est aussi le cas, par exemple, d'une société de caution mutuelle ou même d'une banque, pour certains aspects de son activité.

367. Techniques de garantie professionnelle – Dans leur précis de droit des assurances, Mme Lambert-Faivre et M. Leveneur fournissent successivement une définition juridique, puis une définition technique de l'assurance. La définition juridique renvoie à « une convention par laquelle, en contrepartie d'une prime, l'assureur s'engage à garantir le souscripteur en cas de réalisation d'un risque »[953]. Mais c'est la définition technique qui permet d'appréhender l'activité concrète qui doit être fournie par un garant professionnel qui souhaite « vendre de la sécurité »[954] : « l'assurance est l'opération par laquelle un assureur organise en mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées »[955].

Un garant professionnel, en effet, n'assume pas la charge des sinistres sur ses propres deniers, du moins pas la charge définitive. Il la répercute sur les personnes garanties qui n'ont pas été frappées par le sort. De sorte que l'opération d'assurance emporte non pas transfert d'un risque d'un assuré sur un assureur, mais d'un assuré sur une communauté d'assurés[956]. Il s'agira alors de gérer cette communauté, ce

---

[952] Précisons qu'elle lui sera évidemment indifférente sur le seul plan financier : un assureur n'empêchera pas une voiture d'être volée, mais il remboursera le propriétaire. Ajoutons que l'indifférence ne sera pas toujours totale puisque, par le jeu d'une franchise ou d'une couverture partielle, un reste à charge pourra peser sur le garanti.

[953] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, Dalloz, 13e éd., 2011, n° 33.

[954] « L'assureur est un producteur et un vendeur de sécurité » : *ibid.*, n° 36.

[955] *Ibid*.

[956] Rappelons qu'il existe des assurances basées sur une compensation des risques entre une multitude d'assureurs, non d'assurés. C'est le cas des Lloyd's de Londres : V. *supra*, n° 325.

grand chaudron rempli de risques dont certains se réaliseront et d'autres pas. C'est un métier, ou plutôt : ce sont des métiers. L'assureur va mobiliser ses actuaires, qui mettront en œuvre les mathématiques des probabilités, qui sont d'invention assez récente[957]. Il diligentera des experts pour l'aider à sélectionner les risques, ou pour vérifier qu'il n'y a pas eu fraude après qu'un sinistre ait été déclaré. Lorsque cela sera justifié, après instruction du dossier, il indemnisera. Contrairement à ce qu'on entend parfois, lorsque l'assureur refuse de payer parce qu'il estime qu'il y a eu fraude, mauvaise déclaration du risque à l'origine, ou intervention d'un risque non couvert par la police, il agit dans l'intérêt de la communauté des assurés autant que dans le sien propre.

368. Une véritable prestation – Tous ces éléments amènent inévitablement à la conclusion que l'assureur est un véritable prestataire de services. Le contrat d'assurance ne crée donc pas uniquement une « norme » au sens où l'entend M. Ancel, il donne à l'assuré le droit d'entrer dans une communauté qui bénéficie, de la part de la société d'assurances, de services et de diligences qui n'ont rien d'intangible. Il est vrai, cependant, que les sanctions classiques de l'inexécution sont difficiles à imaginer s'agissant de l'obligation de couverture assumée par l'assureur. Imaginons que l'assureur, par négligence, admette certains risques au sein de la communauté, en ayant nettement sous-évalué les primes correspondantes, ou qu'il indemnise un assuré pour un risque qui n'était pas couvert, ou mal déclaré. Ce genre de fautes ne semble pas aboutir, aujourd'hui, à des actions en responsabilité. Mais n'est-ce pas parce qu'il s'agit d'un préjudice causé à la communauté des assurés, qui n'a pas les moyens d'agir comme telle[958] ? Les obligations de règlement, en revanche, concernent par hypothèse des assurés pris en tant qu'individus, et leur mauvaise exécution peut bien plus facilement susciter un contentieux.

369. Des méthodes communes à tous les garants professionnels – Si les méthodes actuarielles et de compensation des risques ne sont habituellement associées qu'aux assureurs, ne sont-elles pas, en réalité, utilisées par tous les garants professionnels ? Les sociétés de caution mutuelle, les banques pratiquant le cautionnement à grande échelle, répondent parfaitement tant à la définition juridique qu'à la définition technique de l'assurance. Ces intervenants sont payés pour assurer un risque, et fournir une prestation au cas où il se réaliserait. Ils utilisent des méthodes mathématiques pour vérifier que leur rémunération couvre les sinistres qu'ils auront à régler, et les pertes subies sur quelques dossiers sont compensées par les bénéfices réalisés sur les autres.

À propos des banques, il faut préciser que certaines de leurs opérations mettent en œuvre une compensation des risques, sans qu'on puisse pour autant parler de garantie, ou de couverture. Ainsi, lorsqu'elles prêtent de l'argent, leur taux d'intérêt intègre le risque de défaillance de certains clients dans leurs remboursements, de sorte que les opérations resteront globalement bénéficiaires. Cette logique est à l'œuvre, à l'évidence, dans les opérations de credit revolving, qui impliquent des emprunteurs risqués, mais des taux d'intérêts élevés qui compensent

[957] V. *supra*, n° 327.
[958] Ce qui n'est pas sans rappeler la problématique des actions en responsabilité contre les dirigeants de société, qui lèsent le plus souvent la société et non les associés pris individuellement.

ce risque[959]. Il est alors tentant de recourir à l'image selon laquelle la banque est « son propre assureur »[960]. Mais attention : les risques sont compensés par la personne même sur qui ils pesaient dès l'origine, la banque ; c'est pourquoi on ne peut parler d'opération de couverture. La couverture consiste à prendre à sa charge un risque pesant jusqu'alors sur une autre personne[961]. Le garant professionnel utilise donc les méthodes professionnelles qui ont été décrites, notamment la compensation, dans la prise en charge du risque d'autrui.

La très forte parenté qui existe entre les assureurs et les autres professionnels de la garantie de créance est probablement occultée, entre autres raisons, par une approche historique du cautionnement, « service d'ami » rendu à titre gratuit, qui teinte encore largement les enseignements et les ouvrages spécialisés qui lui sont consacrés.

370. Assureur de créances et caution professionnelle – Christian Mouly ne se contentait pas de fournir, à travers les obligations de couverture et de règlement, les instruments d'un rapprochement de l'assureur et de la caution professionnelle: il l'appelait expressément de ses vœux. « Le garant professionnel, parce qu'il offre dans les deux cas la même surface financière, parce qu'il est animé du même esprit mercantile, parce qu'il détient la même compétence technique, aborde l'engagement et surtout son extinction avec une optique identique dans l'assurance et le cautionnement. Il devient l'exécutant d'une redistribution générale des insuffisances particulières dont il divise la charge entre tous les agents économiques participant au risque. Toute activité à haut risque du sinistre, et le crédit est du nombre, appelle l'intervention d'un garant professionnel qui atténue non pas le risque mais ses conséquences par une répartition indolore de leur poids »[962].

Il a été démontré que la couverture professionnelle du risque de crédit est un seul et même métier, qu'il soit exercé par un assureur, une société de caution mutuelle ou une banque : la philosophie générale et les méthodes de travail sont identiques. Cela n'exclut pas l'existence de divergences de régimes entre contrats d'assurance et contrats de sûreté, mais il faudra alors se demander si elles sont justifiées par de réelles différences de fond, ou si elles ne sont pas tout simplement le fruit d'une évolution en parallèle de deux branches du droit.

---

[959] D'après l'exposé des motifs de la proposition de loi n° 1897, discutée les 15 et 20 octobre 2009 – non adoptée – et relative, notamment, « à la suppression du credit revolving », cette forme de crédit s'adresse d'abord aux « classes populaires ». Plus de 40 % des crédits renouvelables sont contractés par des ménages dont le revenu annuel moyen est compris entre 11 478 et 20 942 euros. Une telle sociologie des emprunteurs laisse présager un taux de défaillance élevé. En contrepartie, toujours selon cette proposition de loi, le taux effectif global (TEG) est couramment supérieur à 20 %, juste en-dessous du seuil de l'usure.

[960] Cette expression est connue du Code des assurances, dans lequel elle est cependant utilisée à fort mauvais escient. L'article L. 121-5 dispose par exemple : « S'il résulte des estimations que la valeur de la chose assurée excède au jour du sinistre la somme garantie, l'assuré est considéré comme restant son propre assureur pour l'excédent, et supporte, en conséquence, une part proportionnelle du dommage, sauf convention contraire ». Par là, on veut seulement dire qu'une partie du risque de l'assuré restera sur sa tête. Il s'agit cependant d'une personne isolée : si le risque se réalise, elle sera frappée de plein fouet. L'image semble donc inappropriée.

[961] En ce sens : N. LEBLOND, thèse préc., n° 1011, qui estime que : « la garantie consiste à défaire son bénéficiaire d'une incertitude en la mettant à la charge d'une autre personne ».

[962] C. MOULY, thèse préc., n° 525.

Tel est donc le contenu de la prestation d'un garant professionnel, ce que signifie concrètement « assurer une prestation de service de couverture ». Mais qu'en est-il pour un simple garant ponctuel ?

b. La couverture ponctuelle

371. Absence de recours aux techniques professionnelles – La personne physique qui se porte caution pour qu'un ami puisse conclure un bail d'habitation, et la société qui cautionne l'emprunt bancaire contracté par un partenaire commercial, ont en commun plus qu'il n'est généralement suggéré. Le législateur aime en effet à distinguer entre caution personne physique et caution personne morale, pour n'accorder sa protection qu'à la première[963]. Pourtant, ce qui rassemble les garants cités en exemple, c'est qu'ils ne sont pas des professionnels de la couverture. Ils ne connaissent pas la probabilité que le risque couvert se réalise, chiffre qui n'a d'ailleurs d'intérêt que lorsque sont accordées de multiples couvertures, payantes, et que la perte est compensée par le gain. Le garant ponctuel fournit pourtant au garanti le même « produit » : la tranquillité d'esprit et la sécurité du patrimoine. Certes, la qualité du service sera souvent inférieure, car le garant professionnel est généralement soumis à des ratios prudentiels et à une tutelle administrative qui rendent sa solvabilité quasiment certaine. Mais enfin, sur le fond, le garant ponctuel opère lui aussi transfert du risque d'autrui sur sa propre tête[964].

372. Parallèle avec les actes de commerce – La distinction qui se dessine ici n'est pas sans rappeler celle qui existe entre le non-commerçant effectuant un acte de commerce ponctuel, et le véritable commerçant. Ainsi les dispositions de l'article L. 110-1 du Code de commerce permettent-elles de qualifier d'acte de commerce tout achat pour revendre[965]. Un particulier qui procéderait à un ou deux achats pour revendre isolés ne deviendrait pas pour autant un commerçant, car l'article L. 121-1 du Code de commerce précise qu'il faut pour cela exercer des actes de commerce à titre de profession habituelle. Le véritable commerçant mettra en place une structure, des moyens et des méthodes de travail lui permettant d'acheter à moindre coût, de revendre au meilleur prix et de répéter ces opérations le plus grand nombre de fois possible. Il est donc possible qu'un acte juridique appelle la même qualification, qu'il soit effectué ponctuellement ou à titre professionnel. Cette qualification entraînera l'application systématique d'un premier corps de règles. Mais un second corps de règles pourra ensuite s'appliquer distinctement en fonction de la qualité de profane ou de professionnel de l'opérateur. Ainsi, le garant ponctuel fait bien la même chose, à l'échelle d'une unique opération, qu'un garant professionnel, mais il n'a pas accès à ses méthodes de travail.

---

[963] V. *supra*, n° 177 s.

[964] M. PLANIOL et G. RIPERT, qui consacraient des développements à l'assurance dans leur *Traité élémentaire de droit civil*, considéraient que cette opération peut intervenir isolément entre deux personnes (*op. cit.*, n° 2143). Ils n'imaginaient pas, cependant, qu'il puisse en résulter une sûreté, affirmant : « On ne conçoit guère cette convention, qui consiste à déplacer un risque pour le faire passer d'une personne à une autre, que comme accessoire dans une convention principale : pour déterminer l'une des parties à traiter, l'autre consent à prendre à sa charge le risque qui l'effraie » (*ibid.)*. C'est en effet une des utilisations possibles de l'obligation de couverture : V. *infra*, n° 384 s.

[965] La jurisprudence précise que : « L'achat pour revendre avec bénéfice n'a le caractère commercial que s'il est exécuté avec une finalité lucrative » (T. com. Seine, 12 mars 1912 : *DP*, 1912, 2, 207).

373. Nature de la prestation du garant ponctuel – Quelle est alors la technique utilisée ? Est-il encore possible de caractériser, le concernant, la fourniture d'une véritable prestation, qui fait de la couverture autre chose que la pure norme contractuelle décrite par M. Ancel ? La mission d'un garant, c'est « se tenir prêt » au cas où le sinistre surviendrait. Pour le professionnel, cela consiste à administrer correctement un portefeuille de risques. Le garant ponctuel, lui, devra répondre des conséquences du sinistre sur ses propres deniers. Sa prestation consiste donc à limiter l'utilisation qu'il fait de son propre patrimoine de sorte qu'il ait à chaque instant les moyens d'assurer la prestation promise en cas de réalisation du risque.

On a dit qu'une prestation pouvait être relativement immatérielle, et qu'il fallait tenir compte de ce qu'une obligation de ne pas faire, par exemple, est bel et bien une obligation. M. Ancel l'admettait implicitement puisqu'il disait ne pas voir de quoi la caution est supposée s'abstenir[966]. Elle doit s'abstenir de dépenser ses actifs de sorte qu'elle ne serait plus en mesure, le cas échéant, d'assurer le règlement. C'est le même genre de restriction à la liberté d'user de son patrimoine qui justifie que, en contrepartie de certaines promesses unilatérales de vente, soit stipulée une indemnité d'immobilisation. M. Ancel voit dans ces promesses, à juste titre, un exemple d'effets non obligationnels du contrat[967] : elle n'est pas une simple obligation de faire consistant à passer plus tard le contrat définitif, mais elle est déjà un véritable consentement, cristallisé, en attente d'une acceptation. Mais se superpose à cela une véritable prestation, celle qui consiste à immobiliser une patrie de son patrimoine alors que l'option ne sera peut-être jamais levée. De même, le garant doit assurer la couverture en restreignant l'usage normal de son patrimoine, pour se tenir prêt.

374. Inexécution de l'obligation – Il est possible de transposer au garant ponctuel la question que l'on se posait à propos du garant professionnel : peut-il violer son obligation de couverture ? M. Kanayama propose d'intéressants éléments de réflexion à ce sujet. Il faut rappeler ici que l'auteur raisonne dans un système qui admettrait l'obligation de couverture au sein de la classification des obligations existantes. Mieux : il faudrait supprimer toute liste des obligations qu'il est possible de contracter, et renvoyer à une notion générale articulée autour du concept de prestation, comme l'ont fait plusieurs droits étrangers[968]. Des distinctions peuvent être réintroduites au moment de réglementer les sanctions de l'inexécution : ainsi l'article 1142 du Code civil décide-t-il que « toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur », mais rien n'empêche, d'après M. Kanayama, d'imaginer d'autres sanctions pour l'inexécution d'une obligation de couverture[969]. Cette inexécution se

[966] V. *supra*, n° 358.
[967] P. ANCEL, art. préc., n° 21 s.
[968] V. *supra*, n° 363.
[969] N. KANAYAMA, « De l'obligation de "couverture"... », art. préc., p. 395. En l'état actuel des textes, la force de cet argument tenant au libellé de l'article 1142 du Code civil n'est pas très grande. L'article 1147 prévoit la possibilité de condamner le débiteur à des dommages-intérêts, sans distinguer selon le type d'obligation. Quant à l'article 1142, il signifie que la sanction naturelle des obligations de faire est le versement de dommages et intérêts plutôt que l'exécution forcée, mais ne devrait pas être interprété *a contrario* comme signifiant qu'un autre type d'obligation ne peut être sanctionné par des dommages et intérêts. En vérité, admettre l'obligation de garantie oblige nécessairement à se situer hors des textes actuels, puisqu'elle n'est pas admise par la classification tripartite. Dès lors, des propositions peuvent être

produirait, d'après l'auteur, en cas d'insolvabilité du garant, alors même qu'aucun sinistre ne se serait encore produit[970]. Dans un tel cas, il n'y a pas inexécution d'une obligation de règlement, mais bien de l'obligation de couverture elle-même. À dire vrai, il n'est pas besoin d'attendre une insolvabilité pure et simple. Il suffit que les finances du garant, même in bonis, ne permettent pas d'assumer les conséquences d'un sinistre éventuel[971]. Cette hypothèse d'une inaptitude pure et simple du garant à assurer l'exécution de sa prestation en cas de sinistre n'avait pas été envisagée à propos des professionnels, car les contraintes réglementaires pesant sur leurs professions les mettent théoriquement à l'abri d'un tel risque, mais théoriquement seulement. Il n'est jamais exclu qu'une banque ou qu'un assureur se trouve en situation d'insolvabilité.

Quelle serait la sanction d'un tel manquement à l'obligation de couverture ? M. Kanayama cite l'ancien article 2020 et actuel article 2297 du Code civil, qui dispose : « Lorsque la caution reçue par le créancier, volontairement ou en justice, est ensuite devenue insolvable, il doit en être donné une autre. Cette règle reçoit exception dans le cas seulement où la caution n'a été donnée qu'en vertu d'une convention par laquelle le créancier a exigé une telle personne pour caution ». La Cour de cassation a eu l'occasion de juger, à propos de ce texte, que : « cette disposition, conçue en termes généraux, n'est pas limitée aux cas où le débiteur est obligé à fournir caution par la loi ou par une décision de justice »[972]. Cet exemple est convaincant : il démontre que l'obligation de couverture existe bel et bien, et qu'elle est susceptible de recevoir des sanctions.

Christian Mouly a donc, malgré la position doctrinale classique qui refuse tout rapprochement entre sûretés personnelles et assurances, jeté un pont entre ces deux mondes lorsqu'il a mis en évidence l'obligation de couverture et l'obligation de règlement de la caution, qui ne peuvent fonctionner l'une sans l'autre, et « s'emboîtent l'une dans l'autre à la façon d'obligations gigognes »[973]. Couvrir le risque qui pesait jusqu'alors sur une autre personne, en lui fournissant une prestation en cas de sinistre, est un service. Ce service peut être rendu aussi bien par des professionnels de la garantie que par des garants profanes, ponctuels. Seules les techniques utilisées différeront : rémunération, calcul et compensation des risques pour les professionnels ; restriction de la liberté de jouir de son patrimoine, afin qu'il soit prêt à répondre du sinistre, pour les garants profanes. Ces différences de statut peuvent suffire à fonder des différences de réglementation.

À présent que les contours de l'obligation de couverture ont été correctement tracés, il est possible de s'en servir pour renouveler les analyses classiquement proposées dans certains domaines du droit privé en général, et en droit des sûretés en particulier.

émises sur les sanctions qui devraient accompagner une violation de l'obligation de garantie, mais elles doivent être comprises *de lege ferenda*.

[970] *Ibid.*

[971] Ce qui pose un problème très concret : comment évaluer à l'avance l'importance des sommes nécessaires au dédommagement ? Cette question de la prévisibilité du dommage sera examinée *infra*, n° 507.

[972] Cass. 3e civ., 4 janv. 1983, pourvoi n° 81-14571 : *Bull. civ.*, III, n° 1.

[973] C. MOULY, thèse préc., n° 261. M. KANAYAMA précise à juste titre que, du point de vue de la *summa divisio* des obligations, seul l'élément de couverture apparaît comme nouveau et irréductible aux catégories existantes, tandis que l'obligation de règlement est classiquement une obligation de payer ou de faire (art. préc., p. 389).

SECTION 2
RECOURS À L'OBLIGATION DE COUVERTURE COMME INSTRUMENT D'ANALYSE

375. Recherche des manifestations du concept – Le concept de garantie est très large, comme cela avait été souligné en introduction de cette étude : il vise tout mécanisme susceptible d'augmenter la confiance d'autrui[974]. La couverture d'un risque n'est qu'une manière de garantir. Pourtant, le terme de garantie est parfois utilisé, seul, pour désigner une espèce particulière au sein du genre des procédés renforçant la confiance. Ainsi M. Kanayama regroupe-t-il les obligations de couverture et de règlement en une « obligation de garantir », ou de garantie[975].

Celui qui souhaite rechercher les diverses manifestations du concept d'obligation de couverture en droit privé doit donc porter son attention sur l'ensemble des mécanismes habituellement désignés sous le nom de « garanties » : en leur sein, se cache peut-être la couverture. La lecture des propos de M. Jourdain renforce cette intuition. S'interrogeant sur « la notion de garantie en droit privé », l'auteur croit pouvoir constater que : « il y a bien peu de choses en commun entre les garanties de paiement ou d'insolvabilité, telles que les sûretés, et la garantie d'assurance ou les garanties d'exécution ou d'indemnisation comme la garantie d'éviction ou celle des vices cachés. Toutes tendent sans doute à protéger contre un risque, mais elles ont des fonctions et des natures distinctes et opèrent au moyen de techniques différentes [...] »[976].

Les travaux de Christian Mouly et de M. Kanayama ont démontré qu'il est au minimum possible de rapprocher sûretés personnelles et assurances, au travers de la notion de couverture. Mais rechercher d'éventuels usages de l'obligation de couverture hors de ces deux domaines permettra sans doute de mieux l'appréhender et de mieux la maîtriser.

376. Plan – Il faut donc procéder en deux temps : tout d'abord, voyons s'il peut être tiré quelque profit d'une analyse du droit privé, en général, à la lumière du concept de couverture (I). Celui-ci étant mieux défini, il sera possible de revenir ensuite au cœur de notre étude, en analysant plus particulièrement le domaine des sûretés personnelles (II).

I. Analyse du droit privé en général

377. Plan – Au vu de ce qui précède, il n'est pas surprenant de rencontrer le concept de couverture en matière contractuelle (A). Mais il est possible qu'il joue également un rôle en matière délictuelle (B).

---

[974] V. *supra*, n° 7.
[975] V. *supra*, n° 361.
[976] P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *in Mélanges Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303, V. p. 304. Souligné par nous. L'auteur semble sous-estimer, à tort, le point commun qu'il a pourtant mis en évidence entre ces différents mécanismes.

A. En matière contractuelle

378. Plan – Jusqu'ici, on a surtout traité de l'obligation de couverture en tant qu'obligation principale, animant un contrat tout entier dédié à la prise en charge du risque d'autrui (1). Ne peut-elle pas, par ailleurs, être rencontrée sous la forme d'une obligation accessoire ? Elle servirait à rassurer la partie garantie, dans le cadre d'une convention ayant un objet principal bien distinct (2).

1. Les obligations de couverture principales

379. Plan – Une obligation principale de couverture peut être souscrite aussi bien par un professionnel de la garantie (a), que par un garant profane (b).

a. Obligations assumées par un garant professionnel

380. Le contrat d'assurance – Il est à peine nécessaire de rappeler que le contrat d'assurance constitue, par excellence, le contrat de couverture de risque à titre professionnel. Le champ d'intervention potentiel de l'assurance est immense. Les conditions de son utilisation sont, notamment, l'existence d'un risque aléatoire, réel et licite[977]. Il peut donc s'agir d'un risque de crédit[978].

381. Les autres garanties professionnelles – Le contrat d'assistance est celui qui prévoit, en cas d'événement accidentel, la fourniture d'une prestation en nature[979]. Son fonctionnement est donc ici encore basé sur une obligation de couverture, donnant naissance à une obligation de règlement. Simplement, cette dernière pourra être une obligation de faire, alors qu'elle est habituellement de payer. L'assistance, en vérité, est aujourd'hui tout simplement considérée comme une forme d'assurance[980].

M. Kanayama estime, à raison, que d'autres contrats peuvent encore être analysés comme des garanties professionnelles, fournissant des prestations diverses en cas de réalisation de certains risques. Il cite le contrat-cadre de conseil juridique ou de maintenance[981].

b. Obligations assumées par un garant ponctuel

382. Le porte-fort, contrat de couverture – Existe-t-il, hors du domaine des sûretés personnelles, un contrat, prévu par le droit français, entraînant la

---

[977] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 311.

[978] Les assurances intervenant dans ce domaine sont citées ici, et non dans le paragraphe suivant consacré aux manifestations de l'obligation de couverture en matière de sûretés personnelles. On a vu, en effet, que l'assurance est traditionnellement rejetée du domaine des sûretés (V. *supra*, n° 339 s.).

[979] N. KANAYAMA « De l'obligation de "couverture"... », art. préc., p. 391.

[980] MM. KANAYAMA (*loc. cit.*) et JOURDAIN (art. préc., p. 314) l'étudient pourtant séparément du contrat d'assurance. M. JOURDAIN y voit une application de la distinction entre obligation de couverture et de règlement, mais estime, sans que l'on comprenne bien pourquoi, qu'il ne s'agit pas d'une garantie. M. KANAYAMA, au contraire, y voit une forme de garantie, mais distincte du contrat d'assurance, car elle n'aboutirait pas nécessairement au versement d'une somme d'argent. Ce clivage a pourtant été abandonné depuis longtemps (J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 239 s.), et l'assistance relève bien de l'assurance.

[981] *Loc. cit.*

couverture d'un risque par un garant ponctuel ? La réponse est positive : il s'agit du porte-fort. À présent que les contours de l'obligation de couverture commencent à se dessiner, il faut réexaminer les propositions de Jean Boulanger, selon lesquelles le porte-fort est un contrat basé sur le risque[982]. Il affirmait déjà que, dans l'hypothèse du classique porte-fort de ratification, le soi-disant « promettant » ne s'engage nullement à rapporter le fait d'un tiers, pour la simple raison qu'il est impossible, pour quiconque, de prendre un tel engagement. Ce qu'il fait, en vérité, c'est assumer une obligation de couverture[983]. Le risque couvert est celui que la ratification espérée n'intervienne pas[984]. Si le risque se réalise, il naît alors une obligation de règlement, consistant à indemniser le bénéficiaire du préjudice subi. Il a été démontré que ni les rédacteurs du Code civil, ni *a fortiori* le droit romain – dont dérive le système formé par les articles 1119 à 1121 du Code civil[985] – ne connaissaient l'idée de contrat de prise en charge d'un risque. Ce concept est apparu dans le sillage de l'assurance, et a peu à peu développé avec elle une dimension professionnelle, qui ne lui est pas intrinsèquement nécessaire. Il est possible, pour tout un chacun, de couvrir ponctuellement le risque d'autrui[986].

À la lumière de ces différents éléments, il apparaît que le porte-fort est encore conçu, en droit français, d'une manière largement archaïque et dépassée. Supposons que A ait de bonnes raisons de penser que C adoptera tel comportement, susceptible de nuire ou de profiter à B. La première préoccupation des romains puis des rédacteurs du Code civil est d'avertir A : quoi que tu puisses dire à B, cela n'engagera nullement C. Pour le droit romain, formaliste, parce que C, absent, n'aura pas pu prononcer les paroles rituelles, nécessaires pour qu'un contrat soit valablement formé. Pour le Code civil français, individualiste, parce que les contrats n'ont qu'un effet relatif. Une fois ces avertissements formulés, on prend conscience que, si A ne fait que s'engager seul et en son propre nom, il n'y a pas à le lui interdire. Un droit archaïque – sur ce point –, baigné de morale judéo-chrétienne, mais qui ne connaît pas la notion de couverture, va devoir traiter cette problématique : comment faire du comportement d'un tiers la matière d'une convention ? La réponse est la suivante : tu t'engageras à rapporter ce comportement, tu donneras ta parole que l'avenir que tu décris adviendra, sans quoi tu auras failli à ta mission. Tu auras commis une faute, et, pour cela, tu devras payer.

Cette vision des choses, dépassée, postule l'impossible : une emprise aussi complète sur les autres que sur soi. Le garant moderne anticipe, calcule, espère, mais il ne promet rien, car il sait qu'il ne le peut pas. Le porte-fort, c'est l'ombre portée de l'assurance sur le Code civil[987].

La conséquence très concrète de ces réflexions est qu'il faudrait évincer la responsabilité contractuelle et son régime de la question du porte-fort, et y substituer

---

[982] V. *supra*, n° 264 s.

[983] Jean BOULANGER affirmait ainsi : « […] Cette absence de pouvoirs fait naître un indéniable risque, puisque, jusqu'à la ratification, vous allez être engagé dans le rapport contractuel que nous avons formé par ailleurs. Mais ce risque, je le couvre » (V. *supra*, n° 265).

[984] Rappelons que le risque couvert peut être la réalisation d'un événement néfaste et redouté, mais aussi l'absence de réalisation d'un événement bénéfique, dont on pouvait pourtant espérer qu'il se produirait.

[985] V. *supra*, n° 45.

[986] C'est d'ailleurs ce que faisaient les premiers assureurs italiens : V. *supra*, n° 324.

[987] Précisons que les risques qui, sous couvert de promesse, peuvent être pris en charge sous le nom de porte-fort, sont uniquement les risques résultant du comportement d'une personne juridique (physique ou morale), puisqu'il doit s'agir du « fait d'un tiers ».

le couple formé par l'obligation de couverture et l'obligation de règlement, qui, décidément, n'a pas sa place uniquement en matière de cautionnement[988].

383. Différents types de porte-fort – Outre le porte-fort d'exécution – qui sera envisagé avec les manifestations de l'obligation de couverture en droit des sûretés personnelles –, et le classique porte-fort de ratification, nous n'avons mentionné que très incidemment l'existence d'autres usages du porte-fort. Il est clair à présent que le mécanisme peut être analysé, de manière unitaire, comme la couverture d'un risque lié au comportement d'une tierce personne[989]. Quelques exemples peuvent être brièvement décrits.

La possibilité suivante a ainsi été imaginée : deux sociétés A et B concluent un contrat par lequel A fournit une prestation à B, en échange d'une somme d'argent importante qui nécessite que B emprunte auprès d'une banque C. Le montage retenu est un crédit-bail, qui nécessite un examen du dossier par la banque durant plusieurs semaines. A accepte d'attendre et même d'entamer les préparatifs nécessaires à l'exécution du contrat principal, mais à la condition que B se porte fort de ce que la banque C acceptera le montage de crédit-bail. Si elle refuse, A sera dédommagé du temps perdu et des vains efforts[990].

Un autre exemple d'utilisation du porte-fort, en matière de droit de la distribution, a déjà été mentionné, car il avait été qualifié à tort de porte-fort d'exécution : un débitant de boissons s'engageait auprès de son fournisseur à ce qu'un éventuel cessionnaire reprenne à son compte ses engagements, notamment d'exclusivité[991].

Le droit des sociétés semble être un domaine privilégié d'utilisation du porte-fort, notamment à l'appui des opérations de cession de droits sociaux. Ainsi, lorsqu'une personne cherche à acquérir un bloc de contrôle d'une certaine taille, elle peut acheter des droits sociaux à un détenteur en exigeant qu'il se porte fort de ce qu'un ou plusieurs autres vendeurs se tourneront également vers lui. Ainsi M. Robert Laffont s'était-il engagé sur la totalité des actions de sa société, alors qu'il n'en détenait personnellement que 70 %. Les minoritaires ayant refusé de vendre, il fut condamné à indemniser le bénéficiaire de la promesse[992]. Lorsque la cession des droits est soumise à l'agrément ou à l'autorisation d'une tierce personne,

---

[988] Dans sa thèse de doctorat, et dans la lignée de Jean BOULANGER (V. *supra*, n° 265), Mme RIASSETTO suggérait déjà de s'éloigner de la lettre du texte pour considérer que le contrat de porte-fort consiste à couvrir un risque (thèse préc., n° 1151). Cette position doit être approuvée sans réserve.

[989] L'effet rétroactif de la ratification d'un contrat passé sans pouvoir est une règle générale, qui joue de la même manière en présence ou en l'absence d'une clause de porte-fort (A. BÉNABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 51). Le seul intérêt du porte-fort, dans une telle situation, est donc bien la couverture du risque de non-ratification, qui entraînera une indemnisation en cas de sinistre.

[990] M. VERICEL, « Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort », *D.*, 1988, chron., p. 123, V. p. 128.

[991] V. *supra*, n° 210. *Adde* M. VERICEL, art. préc., p. 129.

[992] CA Paris, 19 juin 1998 : *Bull. Joly Soc.* 1998, p. 1152, note A. COURET ; *RTD. civ.* 1999, p. 100, obs. J. MESTRE ; *Rev. sociétés* 1999, p. 96, note P. DIDIER. Pour des exemples récenst de cette pratique : Cass. com., 17 janv. 2006, pourvoi n° 03-20890 : *Bull. civ.*, IV, n° 68 ; Ass. plén., 22 avr. 2011, n° 09-16008 : *RLDC*, juin 2011, p. 11, obs. A PAULIN. Pour la promesse qu'un tiers apporterait ses titres à une OPA, hypothèse proche de celle qui nous occupe, V. par ex. le communiqué de *AS Watson France SAS* relatif à l'OPA sur *Marionnaud Parfumeries SA*, déposé auprès de l'AMF le 14 janvier 2005 et qui précise que « M. Marcel Frydman s'est porté fort de ce que M. Jean-Pierre Frydman présentera les actions Marionnaud Parfumeries qu'il détient à l'offre ».

le cédant peut également promettre que cet agrément sera donné[993], c'est-à-dire, plus exactement, couvrir le risque qu'il ne le soit pas. Le porte-fort permet encore aux parties à la cession de négocier, en plus du prix ou des droits sociaux, certains avantages dont la réalisation dépend de la volonté d'un tiers. Une hypothèse a déjà été rencontrée, dans laquelle le cessionnaire promettait au cédant une embauche dans la société, et le maintien du contrat de travail pendant une certaine durée[994]. Le cessionnaire peut également promettre à un dirigeant cédant qu'il sera maintenu à son poste, ou que la société n'agira pas en responsabilité contre lui. Ce peut être au contraire le cédant qui s'engage, à ce que des dirigeants sociaux démissionnent, à ce que la société obtienne un prêt, à la mainlevée d'un nantissement sur un fonds exploité par la société par exemple[995]. Il faudra toutefois, dans ces matières, faire preuve d'une grande prudence Les principes de liberté du vote et de libre révocation des dirigeants sociaux peuvent, parfois, remettre en cause de telles stipulations[996].

2. *Les obligations de garantie accessoires*

384. La couverture au soutien d'un autre contrat ? – Les manifestations de la couverture en droit privé peuvent être recherchées dans des mécanismes habituellement désignés sous le nom de garantie[997]. Dès lors, on songe rapidement à certaines obligations accessoires à un contrat principal, telles que les garanties de la vente. S'agit-il d'une garantie au sens large, d'un procédé parmi d'autres destiné à susciter la confiance, ou faut-il y voir un exemple d'utilisation de l'obligation de couverture ? Raisonnons à partir de l'exemple de la garantie des vices cachés.

385. L'obligation de garantie chez M. Bernard Gross – Soutenue en 1964, la thèse de M. Bernard Gross est consacrée à « la notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats ». Ce sont les garanties d'éviction et des vices cachés qui constituent les principaux objets de l'étude[998]. M. Gross s'attache à découvrir une unité conceptuelle qui relierait ces deux mécanismes, tout en leur réservant l'exclusivité d'une utilisation correcte du mot « garantie ». Il écrit ainsi : « En réalité ce que l'on appelle garantie dans le contrat d'assurances, c'est l'obligation principale du contrat. Il y a là une erreur : la garantie ne peut jamais être qu'une obligation accessoire »[999]. Garantie d'éviction et garantie des vices cachés

---

[993] G. TILLEMENT, « Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1993, p. 51, n° 13.
[994] V. *supra*, n° 213.
[995] G. TILLEMENT, *loc. cit.*
[996] *Ibid.*, n° 23 s., et les réf. citées.
[997] V. *supra*, n° 375.
[998] B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1964, Bibliothèque de droit privé, t. 42, n° III. Rappelons brièvement que : « Par la garantie d'éviction, l'acheteur a la promesse du vendeur qu'il ne perdra pas ses droits sur la chose, soit pour une cause antérieure à la vente, soit même pour une cause postérieure s'il s'agit d'un fait personnel du vendeur » (L. AYNÈS, P. MALAURIE et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 349). La garantie des vices cachés, quant à elle, est une garantie contre les défauts cachés qui empêchent l'usage normal de la chose objet du contrat (*ibid.*, n° 378).
[999] *Ibid.*, n° 46. Cette affirmation est un peu étonnante, et il eût probablement été préférable d'écrire que la garantie d'assurance n'est *pas la même garantie* que celle dont il est traité dans l'ouvrage. On ne voit pas pourquoi l'un des usages d'un terme polysémique devrait l'emporter sur les autres, qui perdraient immédiatement toute légitimité.

appartiendraient donc à un ensemble homogène, mais lui-même totalement distinct de celui des contrats ayant pour objet principal la couverture du risque d'autrui.

M. Bernard Gross regrette que la doctrine ne s'intéresse à la garantie que sous l'angle des sanctions qu'elle provoque, alors qu'elle comporte selon lui un aspect positif : « […] l'engagement essentiel du garant consiste à prendre un soin tout particulier lorsqu'il s'acquitte de ses obligations »[1000]. Le fait que planent au-dessus de lui des sanctions hors du commun inciterait le garant à parfaitement exécuter les obligations qui pèsent par ailleurs sur lui – livrer une chose exempte de tout vice, par exemple. Une définition est proposée : « La garantie est une obligation complexe, d'origine légale ou conventionnelle, qui, dans certains contrats à titre onéreux où le créancier peut craindre d'être trompé sur les droits que son contractant lui transmet sur la chose, ou sur l'utilité de celle-ci, vient se superposer à certaines obligations nées du contrat et assure le garanti du résultat pratique de l'exécution normale de la convention, tout en lui promettant une réparation très efficace du dommage causé au cas où ce résultat ne serait pas atteint définitivement »[1001].

386. Le cas des garanties conventionnelles – M. Ancel, dont on connaît à présent l'intérêt pour la question des garanties[1002], n'a pas contesté les analyses de M. Gross s'agissant de la garantie légale des vices cachés. Il a cependant fait remarquer que les garanties conventionnelles, quand elles sont plus protectrices que la garantie légale, ne peuvent être considérées comme des sanctions d'obligations préexistantes[1003]. La nature des prestations fournies évoque en effet bien davantage un service assuré par le vendeur qu'une sanction qui lui serait infligée. Les réparations gratuites durant une certaine période, la prise en charge de l'enlèvement et du transport de l'appareil jusqu'à un centre de maintenance, les services d'assistance téléphonique sont autant de prestations, qui vont fonctionner sur le modèle de la couverture et du règlement. D'une manière ou d'une autre, ce service supplémentaire est rémunéré par l'acheteur : soit, et c'est alors évident, parce qu'il était proposé de manière facultative moyennant un supplément ; soit parce que ce service est systématiquement assuré par le vendeur sur ses produits sans supplément de prix, mais pris en compte par l'acheteur dans les comparatifs qu'il réalise avant de décider avec qui il va contracter[1004]. Cette fraction du prix initial ou ce supplément rémunère une véritable prestation de couverture de risque. Le vendeur touchera la même somme, qu'aucun sinistre ne survienne, ou qu'il en survienne un, ou qu'il en survienne dix durant la période considérée. Le panier de services proposé à l'acheteur contre supplément comprend couramment, dans les grandes enseignes proposant à la vente des matériels coûteux, de véritables assurances, par exemple contre le vol ou le bris du produit[1005]. Le fait que soient placées sur un même plan

[1000] *Ibid.*, n° 101.
[1001] *Ibid.*, n° 106.
[1002] V. *supra*, n° 58 et 358 s.
[1003] P. ANCEL, thèse préc., n° 49 ; « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD. com.*, 1979, p. 203, spéc. n° 16 s.
[1004] La garantie conventionnelle apparaît souvent « comme un supplément de service, un élément de politique commerciale, un argument publicitaire » : P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec, 7e éd., 2013, n° 225.
[1005] Une grande marque d'automobiles propose même à l'acheteur d'un véhicule neuf de le garantir contre la perte de son emploi, en lui versant une indemnité si cela devait arriver dans les deux ans suivant l'achat (Publicité Hyundai, *Le Monde* du 14 octobre 2009, p. 5). Le contrat d'assurance est bien sûr souscrit par

les « garanties » proposées contre les pannes et contre le vol de la chose vendue indique que, dans l'esprit du vendeur comme de l'acheteur, la garantie conventionnelle est bien la couverture d'un risque, variable, plutôt que la sanction d'une obligation préexistante.

Par ailleurs, M. Ancel souligne que la garantie conventionnelle peut être assurée non par le vendeur, mais par le fabricant dans ses conditions générales. La doctrine et la jurisprudence allemande y voient alors un cas de Garantievertrag[1006], dont on se souvient qu'il est l'équivalent allemand du porte-fort[1007]. Ce n'est certainement pas un hasard : le porte-fort et certaines garanties de la vente donnent naissance à une obligation de couverture d'un risque.

387. Analyse dualiste – Pour rendre compte des relations entre le concept d'obligation de garantie et la garantie des vices cachés, il faudrait alors mettre en œuvre une analyse dualiste. La garantie légale, ne ferait que sanctionner, par des dommages et intérêts ou par une résolution du contrat, le non-respect d'une obligation préexistante consistant à livrer une chose exempte de vices. Une garantie conventionnelle des vices cachés, au contraire, mettrait en place une couverture de risque. Mais cette distinction ne convient pas : le caractère contractuel de la garantie indique uniquement sa source, pas sa portée. L'éventail des clauses de garantie est large. Le vendeur fait parfois mine d'être généreux, alors que la clause stipulée n'apporte rien de plus que la garantie légale[1008]. Mais elle peut, au contraire, pendant une certaine durée, dispenser l'acheteur de prouver le vice et l'antériorité[1009], ce qui revient à abandonner toute idée de sanction d'une obligation du vendeur. La comparaison entre garantie légale et garantie conventionnelle sera parfois malaisée : le délai d'action pour la première est de deux ans, mais à compter de la découverte du vice ; le délai d'action pour la seconde peut être largement supérieur, mais il commence généralement à courir du jour de la vente.

Il reste envisageable d'opérer une distinction entre deux types de garanties : une garantie-sanction et une garantie-couverture, une « garantie que » la chose présente certaines qualités lors de la vente et une « garantie contre » des risques présentés comme aléatoires. Mais il s'agira alors de ce que les logiciens nomment des « concepts flous », la frontière entre l'un et l'autre n'étant pas clairement définissable[1010].

388. Vers une analyse unitaire ? – Surtout, il faut se demander si la garantie légale des vices cachés ne comporte pas, elle aussi, un aspect de couverture[1011]. En effet, les articles 1644 et 1645 du Code civil prévoient que, en cas

---

le constructeur auprès d'une société d'assurances agréée, et contient une stipulation pour autrui au bénéfice de l'acheteur.

[1006] P. ANCEL, thèse préc., n° 50.

[1007] V. *supra*, n° 299. En effet, les fabricants promettent souvent des prestations qui seront effectuées par des tiers : les concessionnaires.

[1008] P. ANCEL, « La garantie conventionnelle... », art. préc., n° 1 s. La clause peut même être moins favorable que la garantie légale, mais elle doit alors remplir certaines conditions pour être valable. Les restrictions de garantie sont notamment inaccessibles aux vendeurs professionnels. V. par ex. L. AYNÈS, P. MALAURIE et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 430 s.

[1009] L. AYNÈS, P. MALAURIE et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 435.

[1010] Sur les concepts flous, V. M.-L. MATHIEU-IZORCHE, *op. cit.*, p. 52.

[1011] MM. KANAYAMA (« De l'obligation de "couverture"..., art. préc., p. 391) et LEBLOND (thèse préc., n° 1013) sont favorables au rattachement de la garantie légale des vices cachés à un concept

de vice caché, le vendeur est tenu différemment selon qu'il est de bonne ou de mauvaise foi. Cela revient à admettre que l'on puisse être de bonne foi et devoir malgré tout garantie[1012]. Personne ne nie qu'il n'y a rien à reprocher au vendeur, mais peu importe : il s'agit d'une responsabilité objective, totalement détachée du comportement du garant. N'est-ce pas précisément l'intérêt de recourir à la notion d'obligation de couverture ? Le fait que survienne un événement néfaste est l'unique condition pour déclencher la prestation : peu importe que le garant soit irréprochable. Certains rétorqueront peut-être que la mise en œuvre de la garantie légale des vices cachés n'aboutit pas à l'exécution d'une prestation. L'action estimatoire, peut-être : il s'agit de rendre une partie du prix à l'acheteur et donc, finalement, de l'indemniser, prestation fort classique pour un garant par couverture. Mais l'action rédhibitoire ? Ne s'agit-il pas d'une résolution, ce qui ressemble davantage à une sanction qu'à une prestation ? Pas nécessairement. La résolution fautive, prononcée aux torts d'une des parties, est si fréquente, que l'idée suivante paraît incongrue : obliger le vendeur à reprendre à et rembourser la chose peut être une prestation qu'il doit en tant que garant, après la réalisation d'un risque. Elle est pourtant parfaitement défendable.

Lorsque le vendeur doit garantir les vices cachés alors même qu'il est de bonne foi, l'aspect de couverture apparaît donc assez nettement. Mais il faut aller encore plus loin : la jurisprudence présume de manière irréfragable que le vendeur professionnel connaît les vices de sa chose[1013]. Il s'agit à l'évidence d'une fiction, détachée de toute contingence matérielle. Le préposé d'une grande surface qui vend du matériel informatique, de l'électroménager, du matériel hi-fi et du matériel photographique de pointe est censé connaître tous les vices, même objectivement indécelables[1014], de tous ces objets d'une infinie complexité, alors même qu'il n'aura pu manipuler et examiner que les modèles d'exposition : les modèles vendus au client ne seront jamais sortis de leur emballage. La garantie joue même lorsque la chose vendue a été directement livrée au client par le fabricant : le vendeur est supposé en connaître les vices sans jamais avoir été en sa présence[1015]. L'aspect objectif de la prestation due par le vendeur apparaît ici avec plus d'éclat encore. C'est une pure prestation de couverture que doit le vendeur professionnel ayant fait livrer la chose directement par le fabricant. Cette prestation est plus importante que celle qui est attendue d'un vendeur « de bonne foi », puisque le vendeur professionnel, assimilé au vendeur de mauvaise foi, est redevable selon l'article 1645 du Code civil de tous les dommages causés par le vice – mais seulement de ceux causés par le vice[1016].

Reste à examiner la situation des garants véritablement de mauvaise foi, c'est-à-dire de ceux qui connaissaient les vices de la chose lorsqu'ils l'ont vendue.

---

unitaire de garantie – par couverture –, mais ils ne consacrent que de brefs développements à cette question précise.

[1012] En ce sens : B. STARCK, thèse préc., p. 340 : « Il est impossible, sans forcer le sens des mots, de justifier par une faute cette obligation du vendeur. Quelle serait cette faute lorsque le vendeur ignorait le vice ? ».

[1013] V. par ex. l'affaire dite du *pain de Pont-Saint-Esprit* : Cass. 1re civ., 19 janv. 1965, pourvoi n° 61-10952 : *Bull. civ.*, I, n° 52 ; *D.*, 1965, p. 389.

[1014] Cass. com., 17 avr. 1971, pourvoi n° 70-10208 : *Bull. civ.*, IV, n° 117 ; *JCP G*, 1972, II, n° 17280.

[1015] Cas. 1re civ., 8 juin 1999, pourvoi n° 95-13866 : *Bull. civ.*, I, n° 198.

[1016] V. par ex. Cass. com., 15 mars 1976, pourvoi n° 74-13587 : *Bull. civ.*, IV, n° 99 ; *JCP G,* 1977, II, 18632, note J. GHESTIN.

Dans ces situations, le droit commun des contrats suffirait à assurer une solution satisfaisante. Il s'agirait d'un cas de réticence dolosive, justifiant une nullité du contrat avec attribution de dommages et intérêts réparant intégralement le préjudice causé.

Tout l'intérêt du recours à la notion de garantie réside dans le fait qu'il n'est pas nécessaire d'entrer dans une discussion sur le comportement du garant pour obtenir une prestation de sa part en cas d'apparition du vice. Dans le cas d'un vendeur professionnel, lorsqu'un vice est difficilement décelable, il est peut-être, dans certains cas, objectivement vrai qu'il aurait pu être découvert après un examen attentif, mais le recours à la notion de garantie permet d'éviter de se poser la question. De la même manière, il avait été exposé qu'un porte-fort d'exécution ou un confortant disposait peut-être, parfois, de moyens de pression sur le débiteur principal : à eux d'en user s'ils souhaitent diminuer la probabilité de réalisation du risque, mais cela est absolument indifférent pour la mise en œuvre de la garantie, purement objective[1017].

389. Garantie et responsabilité – Cette objectivité de la garantie est sans doute la raison pour laquelle cette obligation est parfois présentée comme figurant au sommet de la pyramide des promesses contractuelles, en termes d'intensité[1018]. Située au-dessus des obligations de résultat aggravées, l'obligation de garantie serait celle par laquelle on répond même de la force majeure[1019].

En vérité, cette présentation n'est pas correcte. La garantie par couverture n'est pas au sommet de l'échelle de la responsabilité contractuelle. Son degré d'objectivité est tel qu'elle n'est pas une forme de responsabilité, au sens où l'on devrait répondre de ses actes. Une maison peut fort bien être assurée contre l'incendie, sans l'être contre la tempête. Si elle brûle, on ne dira pas que le garant a couvert un cas de force majeure ; si elle est emportée par une tornade, on ne dira pas que le garant est libéré par la force majeure. La question est de savoir si le risque s'est réalisé ou non. Puisque le comportement du garant n'est pas apprécié dans le déclenchement de la prestation – que le garant ait eu une prise éventuelle sur le cours des choses, comme le vendeur garant des vices, ou qu'il n'en ait eu aucune, comme l'assureur contre la tempête, est indifférent – la notion de cause étrangère n'a tout simplement pas de sens. Aucun lien de causalité n'est recherché entre le comportement du garant et le sinistre. En revanche, un lien de causalité peut être exigé lorsque le bénéficiaire demande réparation d'un dommage qui n'est qu'une conséquence secondaire du sinistre : il s'agira du lien de causalité entre le sinistre et ce dommage[1020].

L'étude des manifestations de l'obligation de couverture en matière contractuelle, et particulièrement dans son rôle d'accessoire à un contrat ayant un objet principal distinct, nous a permis de mieux cerner les contours du concept. Qu'en est-il en matière de responsabilité civile délictuelle ?

[1017] V. *supra*, n° 240.

[1018] V. par ex. L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 978 ; Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 580.

[1019] *Ibid.*

[1020] Ainsi, pour être indemnisé non seulement de la créance dont l'exécution était garantie, mais encore du dommage résultant de ce qu'on a dû emprunter de l'argent à un taux défavorable pour faire face à cette défaillance, il faudra démontrer l'existence d'un lien de causalité entre ces deux événements.

B. En matière délictuelle

390. Plan – Les fondements de la responsabilité civile délictuelle ont évolué : initialement axés sur la faute, ils prennent aujourd'hui largement en compte la notion de risque créé pour autrui (1). Ce constat théorique incite à rechercher, au sein des différents régimes de responsabilité délictuelle du droit positif français, les manifestations éventuelles d'un devoir de couverture (2).

1. L'évolution des fondements

391. La fin de la faute comme fondement unique – La responsabilité civile repose, à l'origine, sur la notion de faute[1021]. Mais l'idée de faute, ainsi que cela a été exposé, a été progressivement refoulée de certains domaines de la responsabilité civile contractuelle, au profit du concept plus neutre d'inexécution[1022]. De la même manière, il semble devenu impossible d'expliquer le droit positif de la responsabilité délictuelle en ayant uniquement recours au concept de faute, sauf à le déformer en une notion totalement objective[1023].

392. La théorie des risques – Le phénomène est bien connu : la Révolution industrielle et le machinisme entraînèrent des accidents de plus en plus graves, sans qu'aucun manquement puisse être clairement reproché, par exemple, à l'employeur de l'ouvrier blessé. C'est cette question des accidents du travail et de la responsabilité du fait des choses qui poussa Saleilles, notamment, à proposer qu'on voie dans le risque un nouveau fondement de responsabilité civile[1024]. Il est parfois remarqué que généraliser cette théorie serait dangereux, et que voir dans tout risque une source de responsabilité pourrait entraîner « à la limite, la paralysie de l'activité humaine »[1025]. Mais il n'est pas question d'aller jusque-là. En revanche, le pouvoir politique – suppléé, et parfois provoqué par la jurisprudence lorsqu'il fait preuve d'une trop grande inertie – peut obliger certaines personnes, dans des situations

---

[1021] V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 683 ; G. VINEY, « Modernité ou obsolescence du Code civil ? L'exemple de la responsabilité », *in Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1041, spéc. p. 1043 s., qui illustre l'importance de la faute dans la responsabilité du fait d'autrui telle qu'elle était conçue par les rédacteurs du Code civil.

[1022] V. *supra*, n° 253 s. En matière contractuelle, la faute des MAZEAUD était devenue un concept purement objectif, dénué de toute connotation morale : mais est-ce encore une faute (V. *supra*, n° 254) ? Boris STACK a dénoncé cette logique : « Ce n'est pas, comme on aurait pu le croire, la constatation d'une faute par le juge qui entraînera la condamnation de l'auteur du dommage ; c'est, au contraire, la proclamation de sa responsabilité par les tribunaux qui poussera la doctrine à démontrer l'existence de sa culpabilité. La faute n'est plus *constatée*, elle est *construite* » (thèse préc., p. 9).

[1023] Sur le déclin du rôle de la faute dans la responsabilité délictuelle, V. par ex. A. TUNC, « Évolution du concept juridique de responsabilité », *Droit et Cultures*, 1996, n° 31, p. 19 ; G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. TUNC, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 53, 1965, n° 237 s.

[1024] R. SALEILLES, note ss. arrêts, *D.*, 1897, 1, p. 437 ; *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, éd. Rousseau, 1897. Pour un exposé de cette théorie et de ses variantes, V. par ex. P. LE TOURNEAU, *op.* cit., n° 49 s. ; L. WILLIATTE-PELLITTERI, *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des évènements aléatoires dommageables*, préf. F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 457, 2009, n° 597 s.

[1025] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 685.

clairement délimitées, à assumer les risques qu'elles font courir à autrui. Le concept de garantie par couverture semble alors parfaitement adapté[1026].

393. La théorie de la garantie – Il ne faut pas s'y tromper : dans les travaux de Boris Starck[1027], en revanche, la notion de « garantie » ne correspond pas à une forme de couverture de risque. Il s'agit de délaisser l'approche classique, tournée exclusivement vers le responsable du dommage, pour considérer la victime. Celle-ci dispose d'un droit subjectif à la sécurité, qui justifie une réparation dès lors qu'elle subit un dommage corporel ou matériel, la réparation des dommages économiques et moraux restant soumise à l'exigence d'une faute de leur auteur[1028].

394. Complémentarité des fondements – Il semble clair qu'aucun des fondements proposé ne permet, à lui seul, de comprendre toute la responsabilité civile délictuelle en droit positif. La faute n'a pas perdu tout son empire[1029], mais elle cède du terrain à la théorie du risque. Il est temps de vérifier s'il est possible de détecter un recours à la notion de couverture au sein des régimes de responsabilité délictuelle du droit positif. À l'évolution des théories doctrinales, peut-on dire que correspond une véritable évolution des régimes ?

2. L'évolution des régimes

395. Responsabilité des parents – Certains auteurs ont vu dans la responsabilité du fait d'autrui en général[1030], et dans la responsabilité des parents en particulier[1031], une manifestation particulièrement nette du concept de « garantie ». Il est vrai qu'il s'agit d'un exemple frappant d'éviction de la faute comme fondement de la responsabilité, puisqu'on n'exige plus ni faute des parents, ni faute de l'enfant pour que naisse une obligation de réparation.

L'article 1384 al. 4 du Code civil dispose que : « Le père et la mère, en tant qu'ils exercent l'autorité parentale, sont solidairement responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs habitant avec eux ». Ce texte était initialement interprété comme présumant la faute des parents, qui devaient alors apporter la

---

[1026] Alors que la faute constitue à la fois un fondement juridique et moral de responsabilité, général et auto-suffisant, la garantie par couverture n'est qu'une technique juridique. Elle suppose, pour exister, des arbitrages politiques et moraux, qui détermineront précisément quels membres de la société devront, alors même qu'ils n'ont pas eu un comportement blâmable, répondre de certains sinistres. Dire que la garantie joue un rôle en matière délictuelle ne permet pas de dire *qui* doit indemniser les victimes, mais *comment* on peut obliger une personne non fautive à les indemniser.

[1027] B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse précitée.

[1028] « Certes, l'homme est libre d'agir, sous réserve de se conformer aux lois, mais il est également libre, et sous la même réserve, de jouir paisiblement de ses biens, matériels et moraux, de conserver son intégrité corporelle et sa vie, ainsi que celle de ses proches. Par conséquent, si l'obligation de réparer le préjudice causé apparaît comme étant une entrave à la liberté d'action, le fait d'infliger un dommage à autrui est une violation du droit à la sécurité qui appartient à chacun de nous » (*ibid.*, p. 39). V. les critiques qui ont été formulées à l'encontre de cette théorie, recensées par L. WILLIATTE-PELLITTERI, thèse préc., n° 629 s. On a notamment contesté la hiérarchie des préjudices instaurée par STARCK.

[1029] C. RADÉ, « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.*, 1998, chron., p. 301 ; G VINEY, thèse préc., n° 243 s., qui annonçait déjà une « contre-offensive de la culpabilité », soulignant le rôle croissant des fautes qualifiées : fautes graves, lourdes, inexcusables ou intentionnelles.

[1030] P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., p. 312.

[1031] N. LEBLOND, thèse préc., n° 1013.

preuve contraire qu'ils n'avaient commis aucune faute de surveillance, mais aussi, ce qui est plus complexe, aucune faute d'éducation[1032]. Un arrêt de 1997 abandonna cette solution, au profit d'une responsabilité « de plein droit » des parents, qui ne pouvaient plus s'exonérer que par la force majeure ou la faute de la victime[1033].

Quant aux conditions exigées à hauteur de l'enfant, elles ont elles aussi évolué. Il suffit aujourd'hui d'une simple relation causale entre le fait de l'enfant, même non fautif, et le dommage subi par la victime[1034]. La solution est surprenante : les parents peuvent être responsables dans des hypothèses pour lesquelles le même fait, accompli par un majeur, n'eût donné lieu à aucune action en responsabilité dans le chef de la victime.

Désormais, les seules conditions qui subsistent sont la minorité de l'enfant et l'exercice de l'autorité parentale. Il faudrait ajouter, à lire le texte du Code, une condition de cohabitation. Mais, puisque la jurisprudence a détaché la responsabilité de toute idée de manquement à une obligation de surveillance ou d'éducation, cette condition n'a plus guère de sens[1035]. Le législateur n'ayant pas daigné se saisir de la question, les tribunaux ont fait de la cohabitation une condition « purement virtuelle »[1036], que les décisions continuent à viser sans qu'elle n'ait plus guère de sens[1037].

La responsabilité des parents ressemble donc fort à un devoir légal de couvrir le risque que leur enfant ne soit la cause d'un dommage pour autrui. Il s'agit d'une responsabilité purement objective, qui ne laisse place à aucune appréciation de comportement. Un enfant qui, au cours d'une colonie de vacances se déroulant pendant trois semaines à 500 km de ses parents, blesserait un camarade, à l'occasion d'une activité sportive dont il a parfaitement respecté les règles, engagerait bel et bien la responsabilité de ses père et mère. Il est fort tentant d'y voir un devoir de couverture imposé par la loi aux parents de la même manière qu'elle impose, en matière contractuelle, la couverture des vices cachés à tout vendeur. Si un sinistre survient, il donne naissance à une obligation de règlement, consistant à indemniser la victime. Le fait que le bénéficiaire de la couverture ne soit pas connu à l'avance

---

[1032] Il a été relevé que l'idée de faute d'éducation était, déjà, une spécificité française, les droits étrangers ne connaissant que la faute de surveillance : G. VINEY, *Traité de droit civil*, ss. la dir. de J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3e éd., 2006, n° 881.

[1033] Cass. 2e civ., 19 févr. 1997, pourvoi n° 94-21111 : *Bull. civ.*, II, n° 56 ; *JCP G*, 1997, II, 22848, concl. R. KESSOUS et note G. VINEY ; *D.*, 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.*, 3 oct. 1997, note F. CHABAS ; *LPA*, 15 sept. 1997, p. 12, note M.-C. LEBRETON.

[1034] Ass. plén., 13 déc. 2002, pourvois n° 00-13787 et 01-14007 : *Bull. Ass. plén.*, n° 3 et 4 ; *D.*, 2003, p. 231, obs. P. JOURDAIN ; *Gaz. Pal.*, 7-8 mars 2003, p. 52, note F. CHABAS ; *JCP G*, 2003, II, n° 10010, note A. HERVIO-LELONG.

[1035] G. VINEY, *op. cit.*, n° 876.

[1036] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 820. A. BÉNABENT dénonce pour sa part : « Un nouvel instrument jurisprudentiel, la gomme à effacer », *in Mélanges le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 81.

[1037] Ainsi un enfant confié à sa grand-mère depuis l'âge de un an est-il considéré, douze ans plus tard, comme n'ayant pas cessé de cohabiter avec ses parents (Cass. crim., 8 févr. 2005, pourvoi n° 03-87447 : *Bull. crim.*, n° 44 ; *JCP G*, 2005, II, 10049, note M.-F. STEINLE-FEUERBACH ; *JCP G*, 2005, I, 149, n° 5, obs. G. VINEY). Pour une vue d'ensemble de cette question, V. A. PONSEILLE, « Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur », *RTD. civ.*, 2003, p. 645.

ne pose aucune difficulté : le fabricant qui garantit tout acheteur via ses conditions générales ne le connaît pas davantage[1038].

Pourtant, les parents semblent disposer de moyens de défense, ce qui cadre mal avec l'idée d'une garantie objective. Ce n'est qu'une impression trompeuse. Dire que les parents peuvent se prévaloir d'une cause étrangère ayant joué à hauteur de l'enfant[1039], c'est finalement dire autrement que le fait de l'enfant doit avoir été la véritable cause du dommage – sans qu'il soit question de faute[1040]. Autrement dit, il faut que le risque que les parents sont censés couvrir se soit bel et bien réalisé. En revanche, si les parents eux-mêmes pouvaient se prévaloir d'une cause étrangère à leur propre hauteur, cela affaiblirait nettement la thèse de la garantie[1041]. Mme Viney, pourtant, note que la Cour de cassation semble refuser l'argument selon lequel le fait de l'enfant a été, pour les parents, imprévisible et irrésistible. Selon elle, la condition d'extériorité, nécessaire pour qu'il y ait force majeure, ne peut être remplie s'agissant d'une personne dont on est appelé à répondre[1042]. M. Jourdain, quant à lui, relève qu'on ne peut pas à la fois poser un cas de responsabilité totalement indépendant du comportement des parents, pour ensuite leur permettre de se prévaloir d'une cause étrangère ayant joué à leur hauteur[1043]. Cette explication semble être la bonne. Faire peser sur quelqu'un un devoir de couverture, c'est lui demander d'accomplir une prestation en cas de réalisation d'un sinistre, sans référence aucune au comportement qu'il aura adopté. Tenter d'appliquer la notion de cause étrangère à un garant, c'est faire fausse route, puisqu'il n'y a pas à rechercher de lien de causalité entre son comportement et l'événement redouté. L'enfant peut se trouver provisoirement confié à d'autres[1044], avoir été parfaitement éduqué, n'avoir même rien à se reprocher et être simplement impliqué du seul point de vue de l'enchaînement causal dans un dommage, il y aura « responsabilité ». Comment peut-on alors imaginer une cause étrangère libérant les parents ? On ne le peut pas.

Les développements suivants pourront être plus brefs, car c'est la même logique qui est à l'œuvre.

396. Responsabilité des commettants – La responsabilité des commettants ressemble fort, elle aussi, à une couverture due de manière objective et sans considération du comportement adopté. La jurisprudence a tracé le cadre de la garantie de la manière suivante : sont couverts les actes des personnes placées sous

---

[1038] Lorsque le bénéficiaire est inconnu et que le garant est un profane, l'aspect obligationnel de la couverture est réduit à sa plus simple expression. Certes, les parents doivent tenir leur patrimoine « prêt » à assumer les conséquences d'un sinistre (V. *supra*, n° 373), mais il est difficile d'imaginer qu'ils fournissent en permanence une prestation à un bénéficiaire qui n'existe pas encore. La couverture se rapproche ici au maximum de la « *norme* » décrite par M. ANCEL (V. *supra*, 358 s.). Le contrat, disait-il, est aussi un moyen de créer des normes, et notamment une norme selon laquelle tout événement décrit comme un risque donnera naissance à une obligation de règlement. À l'évidence, ici, cette norme est la loi elle-même.

[1039] Par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 823.

[1040] En ce sens, V. P. JOURDAIN, « Causes d'exonération de la responsabilité parentale : les ambiguïtés et l'inconsistance de la force majeure », *RTD. civ.*, 1999, p. 410.

[1041] « […] les père et mère pourront se dégager en prouvant l'existence d'une cause étrangère par rapport, soit au mineur, soit à eux-mêmes, soit évidemment à eux tous » (*ibid.*).

[1042] *Op. cit.*, n° 886.

[1043] P. JOURDAIN, « Causes d'exonération... », art. préc.

[1044] Un provisoire qui peut durer fort longtemps.

l'autorité du commettant, agissant dans le cadre de leur mission[1045], lorsque ces actes sont illicites[1046]. La qualification de garantie semble adéquate : peu importe que le fait de celui dont on répond doive être fautif, contrairement à ce qui était exigé en matière de responsabilité des parents, car cela relève simplement de la définition du risque couvert ; ce qui compte, c'est l'absence très nette d'évaluation du comportement du garant. Ici, les auteurs s'accordent pour dire que le commettant ne saurait se prévaloir d'une cause étrangère ayant joué à son égard[1047]. Il est manifeste qu'il doit purement et simplement assumer un risque[1048].

397. Responsabilité du fait des choses – C'est ce domaine qui a vu naître les théories de Saleilles sur le risque comme fondement envisageable pour la responsabilité délictuelle[1049]. Pourtant, un auteur relève : « il aurait été possible d'opter pour une responsabilité automatique, entièrement justifiée par la théorie du risque. Mais le système des assurances n'était pas encore autant développé qu'aujourd'hui et un changement aussi total a effrayé les tribunaux »[1050]. Cette analyse semble justifiée, car celui qui est reconnu gardien d'une chose ayant causé un dommage peut échapper à sa responsabilité s'il démontre qu'il a été victime d'un cas de force majeure, contrairement aux parents ou aux commettants. Ainsi, par exemple, le propriétaire d'un conteneur ayant endommagé un navire a pu se défendre en établissant que l'objet avait été déplacé par une tempête tropicale[1051]. C'est bien une manière d'affirmer que le gardien de la chose aurait pu éviter la production du dommage, s'il n'avait été pris de court par le déchaînement des éléments : son comportement fait l'objet d'une appréciation. La responsabilité n'est pas totalement objective, et use encore discrètement du concept de faute[1052].

398. Responsabilité du fait des accidents de la circulation – Terminons ce panorama non exhaustif des régimes de responsabilité civile délictuelle par la loi du 5 juillet 1985 relative aux accidents de la circulation[1053]. Tout son intérêt par rapport à la responsabilité du fait des choses, précédemment utilisée en la matière, est précisément d'augmenter le degré d'automaticité de l'indemnisation. Dès lors qu'un véhicule terrestre à moteur est impliqué dans le dommage, la réparation est presque

---

[1045] Cette condition soulève des difficultés extrêmes, sur lesquelles on pourra consulter, not., G. VINEY, *op. cit.*, n° 798 s.
[1046] V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 833.
[1047] *Ibid.*, n° 823.
[1048] On remarquera que la responsabilité des commettants a, un temps, été qualifiée d'obligation « de garantie », mais pas au sens où nous l'entendons : le commettant était considéré comme garantissant la solvabilité de son préposé (G. VINEY, *op. cit.*, n° 808). Cela n'est plus possible depuis la jurisprudence *Costedoat*, selon laquelle le préposé ayant agi dans les limites de sa mission bénéficie d'une immunité (V. *ibid.*, n° 811-4). En vérité, même avant cela, le commettant garantissait d'abord *le risque de dommage* couru par la victime. Qu'il l'assume à titre temporaire, avant de se retourner vers le préposé, ou à titre définitif, cela ne change pas fondamentalement la philosophie du mécanisme.
[1049] V. *supra*, n° 392.
[1050] A. BÉNABENT, *op. cit.*, n° 603.
[1051] Cass. 2e civ., 5 janv. 1994, pourvoi n° 92-13853 : *Bull. civ.*, II, n° 13.
[1052] Au-delà de la prise en compte de la force majeure comme moyen d'exonération du gardien, un auteur se demande si les notions de rôle actif ou anormal de la chose ne sont pas des manifestations du concept de faute, « tant le comportement du gardien se profile derrière l'image de la chose » (C. RADÉ, art. préc., p. 303).
[1053] Loi n° 85-677 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.

systématique. En particulier, l'article 2 de la loi prévoit l'impossibilité pour le responsable d'opposer à la victime la force majeure ou le fait d'un tiers. La faute de la victime, en revanche, pourra être prise en compte, selon des modalités complexes[1054]. Mais nous n'avons jusqu'ici analysé que le moyen de défense tenant à une cause étrangère pour savoir l'on était face à un devoir de couverture. Cela permet en effet de savoir si le comportement du responsable fait l'objet d'une appréciation : si la réponse est entièrement négative, on est bien face à une garantie par couverture. L'idée de faute de la victime n'intervient que dans un second temps : il est tout à fait possible d'estimer que le garant doit couvrir un risque, qui s'est réalisé. Cela déclenche théoriquement son paiement. Mais si, face à lui, la victime a commis une faute, cela peut être source d'une deuxième responsabilité, qui va se compenser avec la première et amoindrir voire effacer la dette d'indemnisation du garant. La question de la faute de la victime n'intéresse donc pas notre sujet[1055].

Il est donc très clair que plusieurs régimes de responsabilité civile délictuelle se prêtent, en droit positif, à une analyse en termes de devoir de couverture. Par ce constat prend fin ce rapide panorama des manifestations du concept de couverture en droit privé général. Sous le bénéfice des observations ainsi réalisées, il est temps de revenir à notre principal objet d'étude : le droit des sûretés personnelles.

II. Analyse du droit des sûretés personnelles en particulier

399. Plan – De retour dans notre champ d'investigation principal, le droit des sûretés personnelles, il est possible de faire davantage qu'analyser le droit positif : proposer, dans une certaine mesure, une réorganisation de la matière. Le recours au concept de couverture permet de proposer une nouvelle classification des garanties personnelles (A), mais aussi quelques principes appelés à régir le fond du droit lui-même (B).

A. Couverture et classification des sûretés personnelles

> « Un homme dont l'intelligence a longtemps envisagé l'erreur et vu les choses sous un point de vue faux ne peut changer subitement d'horizon. Il tourne malgré lui les yeux vers la région qu'il abandonne ».
>
> H. LACORDAIRE, Lettres du Révérend Père Lacordaire recueillies par H. Perreyve, 1865, chap. XII.

400. Plan – En faisant référence à la belle formule de Lacordaire, nous ne prétendons évidemment pas dénoncer l'erreur et la remplacer par la vérité, mais simplement souligner la force des habitudes, y compris en matière de recherche scientifique. Les sûretés personnelles sont depuis longtemps classées en deux catégories : celles qui sont accessoires, et celles qui ne le sont pas. L'usage immodéré qui est fait de cette classification, autour de laquelle gravite toute la matière, est un facteur de conservatisme qui l'empêche d'évoluer (1). Il est temps de proposer

[1054] V. par ex. G. VINEY, *op. cit.*, n° 1016 s.
[1055] Elle a toutefois joué un rôle fondamental dans l'adoption de la loi de 1985. V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 932 s.

d'autres grilles de lectures, de « changer d'horizon ». La notion de couverture peut être utilisée à cette fin (2).

1. Le critère classique de classification : l'accessoire

401. Fonction de classification de l'accessoire – Il a déjà été exposé que le statut du caractère accessoire a varié au fil du temps[1056]. Mis en évidence par Pothier, il permettait à l'origine de décrire, d'une manière qui se voulait simple et homogène, le fonctionnement du cautionnement tel qu'il avait été hérité du droit romain. Mais il y avait tant de conviction, dans cet exposé à vocation initialement pédagogique, que l'impression produite sur les rédacteurs du Code civil et sur la doctrine ultérieure fut forte. Dès lors, affirmer que la caution « accède à l'obligation principale » n'était plus seulement une image très commode, c'était la description du processus le plus naturel, le plus évident qu'on puisse imaginer pour garantir la dette d'autrui.

L'aura du caractère accessoire était donc déjà très puissante lorsqu'apparurent, issues de la pratique internationale des affaires, les surprenantes garanties autonomes. C'est de ce choc fondateur que naquit la « fonction de catégorisation de l'accessoire »[1057] : avant, il n'y avait rien à classer puisqu'il n'existait qu'une seule sûreté personnelle. L'originalité des garanties autonomes était telle qu'il n'y avait pas d'autre choix que de la reconnaître. Quel critère utiliser, dès lors, pour fonder la nouvelle *summa divisio* des sûretés personnelles ? La réponse fut, évidemment, le caractère accessoire, qui paraissait jusqu'alors incontournable. Comment mieux décrire le nouveau mécanisme qu'en le qualifiant de « non accessoire » ou d'autonome ? L'automatisme face au naturel, la rigueur face à la modération.

Dès lors, toute nouvelle sûreté personnelle proposée par la doctrine ou la pratique serait mesurée à cette aune : est-elle accessoire ou non ? La situation fut aggravée par deux facteurs : les règles formant le caractère accessoire renforcé sont considérées comme indivisibles, et il n'est pas possible d'en abandonner une partie pour conserver le surplus[1058] ; les règles protectrices du garant ont souvent été accordées dans le cadre du seul cautionnement, y compris lorsque cette règle pourrait être sans difficulté transposée hors de ce cadre[1059]. Les conséquences sont claires : les parties doivent se situer totalement à l'intérieur ou à l'extérieur du cadre du cautionnement, qui ne se morcelle pas. Mais, si elles en sortent, la situation du garant, privé de nombreuses protections, deviendra immédiatement bien plus difficile. Le soupçon de fraude naîtra, et un examen critique de l'originalité du mécanisme proposé, aux allures de procès, sera diligenté par la doctrine et la jurisprudence[1060]. De surcroît, il est d'autant plus difficile de solliciter l'abri de la catégorie des sûretés autonomes que celle-ci est largement dominée par la figure écrasante de la garantie dite, précisément, « autonome ». Sans cela, pourquoi MM. Delebecque et Simler auraient-ils cru nécessaire de s'évader d'une catégorie

[1056] V. *supra*, n° 311 s.
[1057] D. GRIMAUD, thèse préc., n° 190 s.
[1058] *Ibid.*, n° 200.
[1059] V. *supra*, n° 183 s.
[1060] V. *supra*, n° 233 s.

pourtant binaire, en créant une improbable troisième catégorie des engagements « indemnitaires »[1061] ?

402. La *summa divisio* contestée – Plusieurs années avant que M. Grimaud ne reprenne ce combat en France, M. Tuto Rossi dénonçait en Suisse le « dogme de l'accessoriété »[1062]. M. Rossi relève, dans le discours des défenseurs du caractère accessoire, des propos étonnants : l'antinomie entre cautionnement et sûretés non accessoires « précède la réglementation juridique », de sorte qu'elle « appartient aux catégories indispensables de la pensée juridique qui sont les instruments et non les résultats de la science du droit »[1063]. M. Rossi souligne que ces propos comportent la marque de ce que la doctrine germanophone appelle « *Begriffsjurisprudenz* »[1064], système dans lequel toute la réglementation juridique découle, selon de pures règles de logiques formelles, d'un système refermé sur lui-même et qui contiendrait ses propres fondements. Les règles de droit seraient ainsi soumises à une mystérieuse logique interne, qui commanderait leur organisation sans alternative possible[1065]. Même si la doctrine française n'a pas explicitement eu recours aux théories allemandes de la *Begriffsjurisprudenz*, elle semble avoir suivi des méthodes de raisonnement assez proches : « l'antinomie entre les sûretés accessoires et indépendantes a été posée en principe de façon intuitive, affirmée comme une norme précédant toute expérience juridique, imposée par une évidence première [...] »[1066].

403. Possibilité de recourir à de nouvelles classifications – Charles Eisenmann mettait pourtant vigoureusement en garde contre ce type d'errements : « C'est une erreur totale que de croire que la classification, c'est-à-dire la subdivision en plusieurs groupes ayant chacun sa dénomination, est une donnée du réel, qu'elle résulte du droit positif […]. En vérité, les bases de la classification et par suite de la qualification ne sont en aucune façon données au juriste ; c'est à lui de les choisir, de les décider, en tenant compte des seules exigences et intérêts de la connaissance scientifique. […] Ainsi donc, on ne saurait dire comme on le fait trop souvent : voici la classification vraie, la classification exacte »[1067]. Du reste, la doctrine germanophone recourt aujourd'hui à la méthode de l' « *Interessenjurisprudenz* », qui commande de rechercher la raison d'être des règles de droit dans les besoins sociaux[1068].

[1061] V. *supra*, n° 108.
[1062] T. ROSSI, *La garantie bancaire à première demande*, 1990, thèse précitée, n° 264 s. L'auteur précise que l'expression avait déjà été utilisée auparavant, not. par P. HECK, *Grundiss des Sachenrechts*, Tubingue, 1930 et W. WIEGAND, « Akzessorietät und Spezialität. Zum Verhältnis zwischen Forderung und Sicherungsgegenstand », in *Probleme der Kreditsicherung, Berner Tage für die juristische Praxis*, Berne, 1982.
[1063] T. ROSSI, thèse préc., n° 273 s., citant MM. SCYBOZ et KLEINER.
[1064] *Ibid.*, n° 278.
[1065] Le point faible du système sera trouvé, bien entendu, dans le principe situé au sommet de la pyramide, qui commande ensuite mécaniquement l'existence de tous les autres. M. Rossi précise qu'il ne fait l'objet d'aucune analyse, car « il est considéré comme un phénomène juridique qui précède la réglementation juridique » (*Ibid.*, n° 277).
[1066] D. GRIMAUD, thèse préc., n° 199.
[1067] C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », art. préc., p. 33 s. Dans le même sens : M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », *in Mélanges Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 53, n° 18 s.
[1068] T. ROSSI, thèse préc., n° 280.

L'accessoire a présenté, en son temps, une utilité certaine comme instrument d'analyse. Mais un recours excessif à ce critère, présenté comme le seul utilisable car inscrit dans la structure même du réel, peut finir par stériliser la pensée[1069], et empêche aujourd'hui l'émergence de sûretés personnelles autres que le cautionnement et la garantie autonome.

Il faut tenter d'utiliser un autre critère de classification, de mettre en avant d'autres caractéristiques des garanties personnelles. On verra alors s'opérer des regroupements inattendus ; les ensembles préexistants se décomposeront puis se recomposeront autrement. On s'apercevra que ce qui semblait séparer certains mécanismes occultait ce qui révèle, par ailleurs, leur forte parenté. Ce critère, c'est celui de la couverture.

2. Un nouveau critère de classification : l'obligation de couverture

404. Exposé du critère – Précisons, à titre liminaire, qu'il s'agit de proposer un nouveau critère de classification des sûretés personnelles, mais en aucun cas le meilleur critère. Des enseignements de Charles Eisenmann, il faut retenir que la classification n'est qu'une manière de mettre en avant certaines caractéristiques des objets du réel examinés, au détriment d'autres critères, cela à l'appui d'une réflexion scientifique[1070]. En l'espèce, il s'agit de rechercher quelles sont les sûretés personnelles dont le fonctionnement peut être décrit au moyen de la distinction entre couverture et règlement imaginée par Christian Mouly.

405. Exclusion des garanties autonomes – Il apparaît rapidement que les garanties autonomes, ne fonctionnent pas sur la base d'une obligation de couverture. En effet, le garant autonome devra fournir une prestation à la demande du bénéficiaire[1071]. Aucun risque ne s'est réalisé. On ne peut pas dire qu'un événement redouté est survenu, ou qu'un événement espéré a manqué de se produire. Le déclenchement du versement de la somme est potestatif.

406. Exclusion des garanties comportementales – Les garanties comportementales[1072] ne peuvent pas non plus être considérées comme reposant sur le mécanisme de la couverture. Ainsi, par exemple, lorsqu'une société mère s'engage à contrôler la gestion de sa filiale, elle prend un engagement immédiat d'adopter un comportement particulier. Celui dont l'engagement repose sur une

---

[1069] L'expression est empruntée à M.-L. MATHIEU-IZORCHE : « Une interrogation sur l'origine, la pertinence, l'utilité de ces distinctions peut être très féconde : elle relève d'une démarche épistémologique ; par exemple, on peut observer comment une classification pertinente à un moment donné de l'évolution du savoir peut engendrer à terme un phénomène de clôture, qui stérilise l'invention » (*op. cit.*, p. 48).

[1070] Comp., par ex., S. LAFONT, « Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles », art. préc., spéc. p. 33, qui propose d'adopter comme critère principal de classement le fait que le garant s'engage à une prestation en argent ou, au contraire, en nature, et détaille les avantages censés en découler, ou F. ROUVIÈRE, « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD. com.*, 2011, p. 689, qui propose de singulariser le cautionnement au sein des sûretés personnelles par le recours au critère de la subsidiarité plutôt qu'à celui de l'accessoire.

[1071] Les modalités d'appel de la garantie varient légèrement selon les espèces de garanties autonomes (V. *supra*, n° 167) : certaines nécessitent par exemple une demande motivée, mais cette motivation ne pourra être contestée par le garant. La philosophie générale reste la même.

[1072] Sur ce concept, V. *supra*, spéc. n° 82.

couverture assortie d'un règlement éventuel reste dans un premier temps en retrait et « se tient prêt ». Ce n'est que si le risque se réalise qu'il sortira de l'ombre et versera une prestation. Le garant comportemental agit immédiatement et de manière certaine. Les événements susceptibles d'être qualifiés de « risques », singulièrement la défaillance du débiteur principal, lui sont indifférents, et ne changent rien à ce qui est attendu de lui.

Il faut cependant souligner à nouveau que l'expression « garanties comportementales » est trompeuse, car elle peut sembler viser les hypothèses dans lesquelles le garant s'engage à ce que le débiteur principal adopte un certain comportement[1073]. Or, le fait que le débiteur adopte un autre comportement que celui qui a été promis est un événement sur lequel le garant n'a aucune prise certaine. Il s'agit en vérité d'une hypothèse de porte-fort, qui est lui-même un engagement reposant sur une obligation de couverture. Il faut donc scinder les garanties comportementales, telles qu'elles avaient été antérieurement définies, en deux groupes : les promesses de comportement personnel, qui doivent être exclues de la catégorie des sûretés faisant appel au mécanisme de la couverture, et les garanties basées sur le risque tenant au comportement d'un tiers.

407. Rapprochement du cautionnement et du porte-fort d'exécution – L'utilisation de la garantie comme critère de classification met en évidence une proximité certaine entre le cautionnement et le porte-fort d'exécution. Cette proximité était soulignée par certains auteurs de la doctrine suisse, et semblait alors étonnante : le cautionnement est un type particulier de porte-fort[1074]. Plus précisément, porte-fort et cautionnement sont tous deux des utilisations particulières d'une figure générale qui pourrait être nommée « contrat de garantie par couverture ».

L'analyse classique du porte-fort d'exécution en termes de responsabilité contractuelle aboutit à ce qu'il soit considéré comme le fruit d'une habile manipulation : contrairement à la caution, qui « accède » à l'obligation principale, le porte-fort promet de « rapporter l'exécution » de cette obligation principale. L'obligation du garant, qui devrait être accessoire, est ainsi rendue artificiellement autonome. Mais si l'on accepte de raisonner en termes de couverture, la caution et le porte-fort sont deux garants, qui acceptent de couvrir un risque de crédit. La caution couvre un risque « normal » de défaillance d'exécution à l'échéance, tandis que le porte-fort permet de couvrir des risques plus étendus. Le cautionnement n'apparaît plus alors comme un modèle dévoyé, mais comme une utilisation du mécanisme de garantie par couverture, parmi d'autres.

Cette vision du porte-fort d'exécution et du cautionnement comme dérivant du même mécanisme permet d'expliquer pourquoi, en droit suisse, les auteurs considéraient que la prestation fournie par le porte-fort pouvait très bien consister à exécuter l'obligation principale[1075]. À l'inverse, le cautionnement pouvait aboutir au paiement d'une indemnité : c'est par exemple le cas du cautionnement d'une obligation autre que de somme d'argent dans le nouveau Code civil néerlandais[1076].

[1073] Pour un exemple, V. *supra*, n° 277.
[1074] V. *supra*, n° 298 s.
[1075] V. *supra*, n° 293.
[1076] Art. 854 (7.14.1.6) : « Lorsque l'obligation du débiteur principal a un objet autre que le paiement d'une somme d'argent, le cautionnement porte sur la créance en dommage-intérêts dus à raison de

408. Un éclairage nouveau sur le cautionnement – Une réflexion approfondie sur le concept de garantie indemnitaire n'aboutit donc pas, comme cela pouvait être redouté, à marginaliser ou à contourner le cautionnement, mais plutôt à en proposer une nouvelle analyse. L'obligation de celui qui délivre une prestation de couverture est toujours *ab initio* une obligation propre, qui consiste à couvrir un risque. Mais cette obligation peut aussitôt être « moulée » sur l'obligation du débiteur principal, non pas en raison d'un caractère accessoire renforcé qui créerait une interconnexion « de tous les instants »[1077] avec l'obligation principale, mais simplement parce que le risque couvert a été défini de manière appropriée.

Le recours à la notion de risque permet de sortir du piège qui consiste à expliquer le régime du cautionnement uniquement par des considérations techniques. Il n'est plus nécessaire de disséquer l'obligation en plusieurs composantes, en *Schuld* et en *Haftung*[1078], ou de recourir à un emprunt d'objet. M. Grimaud, après avoir repoussé les explications techniques existantes, propose quant à lui d'utiliser la notion de « cause-fonction » de l'obligation du garant, c'est-à-dire de prendre en considération la finalité de la sûreté[1079]. Sous l'apparence d'une explication technique, ne retrouve-t-on pas tout simplement l'idée que les parties à un cautionnement n'ont voulu mettre en place que la couverture d'un risque « normal » de défaillance de paiement ?

Le recours à la notion de risque permet également d'éviter certaines conséquences malheureuses du raisonnement classique axé sur le caractère accessoire renforcé. L'hypothèse d'un débiteur frappé par la maladie ou le chômage a déjà été évoquée : les tribunaux acceptent parfois d'y voir un cas de force majeure[1080] ; il faudra y ajouter ultérieurement le cas d'une extinction de la créance principale pour défaut de déclaration à la procédure collective du débiteur[1081]. Dans le cadre des théories de l'accessoire renforcé, la caution doit-elle payer alors que le débiteur principal ne le doit pas ? La réponse est négative. Mais qu'on se demande, à présent, si le risque de défaillance de paiement s'est réalisé, et la réponse est tout aussi nettement positive. Le caractère accessoire renforcé aboutit à ce que la technique dicte ses solutions, y compris lorsqu'elles sont contraires à la finalité recherchée. C'est, à l'évidence, un signe fort en faveur d'un changement de paradigme. Le recours au risque, défini ensemble par les parties, ravale la technique au rang qui devrait toujours être le sien : celui de simple instrument au service des justiciables et des juristes.

Le recours à la notion de risque met fin, encore, à des analyses telles que celle qui prévalait en matière de cautionnement d'un incapable. La doctrine y voyait classiquement la combinaison d'un porte-fort de ratification et d'un cautionnement[1082] ; on avait déjà souligné combien il est commode de décrire les conséquences les plus rigoureuses du caractère accessoire renforcé, pour ensuite

---

l'inexécution de cette obligation, sauf stipulation contraire expresse ». (trad. de P.P.C. HAANAPPEL et EJAN MACKAAY, *op. cit.*). Sur l'attitude de la doctrine française face à cette question du cautionnement des obligations de faire et de ne pas faire, V. *supra*, n° 243 s.

[1077] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 47.

[1078] V. *supra*, n° 317.

[1079] D. GRIMAUD, thèse préc., n° 466.

[1080] V. *supra*, n° 127.

[1081] Cette sanction était autrefois en vigueur, mais ne l'est plus. Elle mettait en évidence l'un des plus graves défauts de la théorie de l'accessoire renforcé. V. *infra*, n° 595 s.

[1082] V. *supra*, n° 53.

escamoter ce caractère quand il devient gênant. M. Ancel a raison d'écrire : « Cette analyse est bien artificielle. En réalité, dans l'esprit des parties, l'engagement de la pseudo-caution est indivisible : elle promet de payer le créancier, dès lors que la prestation promise par l'incapable n'aura pas été accomplie, sans distinguer selon que l'incapable était ou non juridiquement obligé à cette prestation »[1083]. Dans notre nouveau schéma, l'analyse du mécanisme est unitaire. La couverture comprend ici deux risques, celui que l'incapable refuse de ratifier, et celui qu'il ratifie mais n'exécute pas correctement la prestation due[1084]. En cas de sinistre, l'indemnisation doit être versée.

409. Pothier et le risque de crédit – De manière inattendue, Pothier lui-même fournit, indirectement, un argument fort en faveur de la conception du cautionnement comme une forme de couverture de risque. Il se demande s'il est possible, pour un créancier cautionné, de décharger la caution du risque qu'elle assumait en échange d'une somme d'argent. Sa réponse est la suivante : « Le risque de l'insolvabilité du débiteur [...] devait tomber sur la caution, non sur moi. Je veux bien prendre ce risque sur moi [...] je ne suis pas obligé de le faire pour rien. Ce risque est appréciable, et je puis licitement recevoir une somme pour le prix de ce risque. [...] C'est un contrat aléatoire qui est intervenu entre nous, qui est aussi licite que les contrats d'assurance de mer »[1085]. Si ce contrat consiste à couvrir un risque et qu'il est à rapprocher de l'assurance, pourquoi en irait-il autrement du premier contrat, par lequel la caution déchargeait le créancier du risque de défaillance du débiteur ? Mais Pothier n'avait pas, alors, à se poser la question, car la qualification de cautionnement était toute trouvée, et il lui était inutile de pousser davantage ses réflexions.

Après nous avoir permis de proposer une nouvelle classification des sûretés personnelles, faisant naître de fructueux rapprochements, voyons si le recours au concept de couverture peut susciter des propositions concernant le fond du droit, la réglementation même des sûretés.

B. Couverture et réglementation des sûretés personnelles

410. Plan – L'étude du contenu de la prestation de couverture a mis en évidence l'existence d'un clivage fondamental, qui semble aujourd'hui délaissé par la doctrine et par le législateur : celui qui sépare les professionnels de la garantie par couverture des garants ponctuels. De profondes différences, aussi bien dans la philosophie générale de l'engagement que dans les techniques employées, séparent ces deux catégories. Il semble plus important d'exploiter ces différences, dans la réglementation, que celles existant entre une personne physique et une personne morale, ou entre une personne agissant pour ses besoins privés et une personne agissant pour les besoins de sa profession. Il faut donc envisager successivement le cas des garants ponctuels (1) celui et des garants professionnels (2).

[1083] P. ANCEL, thèse préc., n° 65.
[1084] On trouvait déjà chez M. PLANIOL et G. RIPERT l'affirmation selon laquelle la caution intervient « pour couvrir le créancier contre le risque de restitution de l'incapable » (*op. cit.*, n° 2331).
[1085] R.-J. POTHIER, *op. cit.*, t. 2, p. 89.

1. La garantie ponctuelle : le primat de la protection

411. Conséquences de l'abandon de l'accessoire renforcé – Le cautionnement, tel qu'il est envisagé aujourd'hui, dicte par sa structure même un certain nombre de solutions favorables au garant. C'est un avantage lorsque la caution est un profane, car cela permet d'assurer le caractère modéré, raisonnable de son engagement. C'est un inconvénient pour un professionnel de la garantie, qui souhaiterait « vendre » une couverture de meilleure qualité en faveur du bénéficiaire.

Si l'on se place, à présent, sur le terrain de la couverture d'un risque défini par les parties, il apparaît que plus rien ne les empêche de « durcir » la garantie en jouant sur ce risque ou sur la prestation qui lui est associée. La structure de la sûreté n'assure plus, à elle seule, une grande protection au garant. Est-ce acceptable ?

412. Sociologie du garant non-professionnel – Dans la conclusion de sa thèse, Christian Mouly mettait largement en avant la distinction entre garants professionnels et non-professionnels, mus par des préoccupations totalement différentes. « Les particuliers ou même les personnes morales qui ont exceptionnellement contracté un cautionnement se désintéressent ensuite de leur engagement : la caution qui s'est engagée par nécessité économique, afin d'aboutir à la réalisation d'une affaire fructueuse par l'intermédiaire du débiteur principal, pense avoir rempli la formalité que l'on attendait d'elle dès la signature du contrat. La caution qui s'est engagée par nécessité morale, afin de rendre le service qui lui était demandé, croit avoir accompli son devoir par l'apposition de sa signature. L'exécution n'entre pas dans le champ de leurs préoccupations »[1086].

Il ne faut pas oublier que, en 1804, le cautionnement était exclusivement conçu comme un « contrat de bienfaisance »[1087]. Il n'était absolument pas gênant que de fortes protections résultent de la structure même de la sûreté, puisque les garants formaient un public relativement homogène de profanes s'engageant gratuitement. S'il est décidé, à présent, de libérer le potentiel du cautionnement en le fusionnant avec le porte-fort dans la catégorie des contrats de couverture de risque de crédit, il faudra ensuite se poser la question d'une protection des garants les plus faibles par des règles impératives. C'est une nécessaire contrepartie. Du reste, le législateur n'hésite plus à opérer des discriminations entre cautions quant à l'étendue même des engagements qu'elles peuvent souscrire. Sous couvert de renseigner le garant sur l'importance de son engagement via une mention manuscrite, il a en effet interdit à la caution personne physique s'engageant envers un créancier professionnel de le faire pour un montant ou pour une durée illimités[1088].

Il est temps, sans doute, d'arrêter de se cacher derrière le caractère accessoire ou derrière des mentions à vocation prétendument pédagogiques. Il peut être tout à fait justifié de mettre en place un « ordre public de protection »[1089] des cautions profanes. Le dissocier de la structure même de la sûreté permettra de décider de son

[1086] C. MOULY, thèse préc., n° 513.
[1087] R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, n° 14.
[1088] V. *supra*, n° 179.
[1089] L'expression est de P. DUPICHOT, thèse préc., n° 235. Pour cet auteur, l'ordre public de protection résulte du caractère accessoire renforcé.

champ d'application, et d'éviter qu'il embarrasse des parties qu'il n'y a pas de raison de protéger.

413. La garantie profane, solution subsidiaire – L'étude de l'histoire de l'assurance a montré que, s'il est tout à fait envisageable de transférer un risque de la tête d'une personne isolée sur celle d'une autre personne isolée, il s'agit là d'une technique qu'il est tentant de qualifier d'archaïque. La mutualisation des risques en une communauté gérée par un organisme professionnel – public ou privé – représente l'aboutissement de plusieurs siècles de progrès dans les mathématiques et dans l'ingénierie juridique. Lorsque cela est possible – il faut notamment que le risque puisse faire l'objet d'une modélisation statistique – il est largement préférable de diluer les sinistres sur une vaste communauté, de sorte qu'ils soient indolores pour chaque membre considéré individuellement. Le fait que cette technique de garantie soit le plus souvent payante pour le débiteur principal, tandis que la caution d'un de ses proches est gratuite, ne doit pas être considéré comme un obstacle dirimant. Tout le monde ne dispose pas d'une telle caution ; et entre ceux qui en disposent, une compétition s'engage qui conduira le créancier à systématiquement préférer le débiteur ayant l'entourage le plus fortuné ; enfin, en cas de sinistre, le débiteur entraînera son bienfaiteur dans sa chute[1090].

Il ne faut donc pas hésiter à accorder une protection substantielle à ces garants profanes, qui doivent constituer une solution subsidiaire et être le plus souvent délaissés au profit d'une garantie professionnelle. Non seulement leur faiblesse justifie intrinsèquement cette protection, mais elle incitera le créancier à se tourner plus volontiers vers un professionnel, qui paiera sans discuter, du moins dans la plupart des cas , si l'événement redouté se produit.

À ce premier clivage entre garants professionnels et garants ponctuels il est possible, si ces derniers sont malgré tout choisis, d'ajouter d'autres types de clivages, à un étage inférieur de distinction. Cela permettrait par exemple de tenir compte du fait que le garant agit dans le cadre de sa profession ou non, ou de sa proximité avec le débiteur principal[1091].

2. La garantie professionnelle : le primat de la liberté

414. Sociologie du garant professionnel – Christian Mouly décrit la caution professionnelle comme celle « qui vise un gain à travers l'engagement de sa signature, pèse tous les risques et tire son profit tant de la répétition des actes que de l'organisation des modalités de son cautionnement : diminution des risques (tri des dossiers, lois des grands nombres et constitution de solides contre-garanties) et stipulation de rémunération ou pénalités qui rendent le prolongement du cautionnement ou même sa mise à exécution très fructueux »[1092].

Alors que le sinistre est bien souvent un drame pour le garant ponctuel (« caution donnée, proche le malheur »), il relève de la routine pour le garant professionnel. Il n'a rien de redoutable ni même de déplaisant : il peut même lui

[1090] Ces inconvénients seront développés autour de l'exemple de la garantie des baux d'habitation : V. *infra*, n° 727.
[1091] C. MOULY, thèse préc., n° 521.
[1092] *Ibid.*, n° 513.

rapporter[1093]. Il est évident qu'il faut favoriser ce type de garantie, dont les coûts, sont souvent loin d'être dissuasifs, à plus forte raison si l'on supprime la marge de bénéfice de l'assureur par le recours à un système mutualiste ou à un organisme public. Dans un tel cas, si la prime est encore élevée, c'est que les sinistres sont d'un montant très important, ce qui devrait inciter davantage encore à éviter de les faire supporter par des garants amateurs.

415. Libéralisation maximale du régime – Un garant professionnel n'a pas besoin d'être protégé : il dispose d'une expertise suffisante pour décider du risque qu'il est prêt à endosser. S'il veut couvrir un risque exceptionnel, tel que l'impossibilité d'exécution pour un cas de force majeure, s'il veut garantir que la dette sera payée plus tôt qu'il n'était initialement prévu, libre à lui. Il n'y a pas à vérifier que son engagement est proportionné à son patrimoine[1094], il n'y a pas à l'informer ou à l'avertir de quoi que ce soit. Bien sûr, il existe tout de même des limites à ce qui peut être stipulé, qui sont d'ailleurs souvent communes au droit des sûretés personnelles et au droit des assurances – ce qui ne doit rien au hasard, et s'explique par la parenté à présent très nette entre les deux disciplines. À ce propos, si la réglementation de la garantie professionnelle de crédit s'avère différente selon qu'elle est assurée par une banque ou par un assureur, il faudra se demander sans *a priori* si cette différence de régime obéit à une véritable différence de nature de l'engagement, ou si elle n'est que le fruit de la construction en parallèle de ces deux disciplines.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Le rapprochement des assurances et des sûretés personnelles, qui était suggéré aussi bien par l'étude du Droit comparé que par celle de l'Histoire du droit, a tenu toutes ses promesses.

Il a permis, tout d'abord, de mettre en avant le concept de couverture. Il s'agit d'une prestation fournie par un garant à un bénéficiaire, par laquelle le premier prend à sa charge le risque qui pesait jusqu'alors sur le second. À la composante de couverture s'ajoute, ainsi que Christian Mouly l'avait exposé à propos du cautionnement, une éventuelle composante de règlement. La composante de couverture a une double nature. M. Ancel a démontré que la force obligatoire du contrat ne se limite pas à la création d'obligations. Ainsi un contrat-cadre est-il une « norme contractuelle » qui s'appliquera de manière automatique, aux relations ultérieures des parties. C'est avec la même automaticité que tout événement

[1093] Pour expliquer son affirmation selon laquelle la mise à exécution du cautionnement est parfois fructueuse, Christian Mouly expose que dans certains contrats de cautionnement de prêts hypothécaires notariés, la caution a droit « à 5 % du capital, plus 4 % d'intérêts moratoires qui s'ajoutent aux intérêts du prêt principal, au bénéfice de toutes les clauses pénales du contrat principal, etc... » (*ibid.*, note n° 2, p. 613).

[1094] Cela ne signifie pas que le professionnel est entièrement libre, car il doit bien sûr respecter la réglementation relative aux ratios de solvabilité, et sélectionner des risques qui ne déstabilisent pas complètement les probabilités et l'ampleur des sinistres potentiels (V. par ex. *infra*, n° 674). Mais ces contraintes, dans l'écrasante majorité des risques de crédit susceptibles d'être couverts, ne susciteront aucune difficulté.

répondant à la définition du risque fixée dans un contrat de garantie fera naître une obligation de règlement. Mais la couverture est également une obligation, une prestation, qui se matérialisera par des actes positifs ou des abstentions destinés à procurer au bénéficiaire la sécurité attendue. À cette occasion, il a fallu souligner la différence profonde existant entre les professionnels de la garantie et les garants profanes, du point de vue de la philosophie de l'opération et des moyens employés : elle doit justifier, sans doute, des différences de réglementation.

Une fois le concept de couverture dégagé, il a pu être utilisé au soutien d'une série d'analyses du droit privé en général. Il s'est alors révélé dans toute sa polyvalence, puisqu'on le retrouve en matière contractuelle – où la couverture peut constituer aussi bien la matière principale d'un contrat qu'une obligation accessoire renforçant un objet principal distinct – et en matière délictuelle – où elle permet d'expliquer certains régimes de responsabilité civile, déconnectés de toute forme d'appréciation du comportement du garant. Cette brève incursion hors du droit des sûretés permet de voir dans la couverture de risque un mécanisme général, de droit commun. Il est bon de souligner, le plus souvent possible, que le droit privé n'est pas une mosaïque d'institutions incompatibles entre elles et aux champs d'application minuscules, mais un ensemble doté d'une cohérence qui le rend plus aisé à comprendre et à utiliser.

De retour dans le champ du droit des sûretés, il s'est avéré que la grille de lecture fournie par l'obligation de couverture aboutit à des résultats au premier abord surprenants, mais très prometteurs. Le cautionnement et le porte-fort sûreté se révèlent être, comme une partie de la doctrine suisse le laissait entendre, diverses manifestations d'une même réalité. Ils sont des contrats par lesquels le garant accepte de décharger autrui d'un risque de crédit. Ce n'est qu'une utilisation parmi d'autres du contrat de garantie par couverture qui, plus généralement, permet de décharger autrui de tout risque en lui promettant, en cas de sinistre, l'accomplissement d'une prestation à son bénéfice.

CONCLUSION DU TITRE II

Ainsi, deux questions, qui ne semblaient pas correctement résolues sous l'empire d'une analyse exclusivement menée en termes de responsabilité contractuelle, trouvent à présent une réponse. Tout d'abord, celle du *debitum* du porte-fort d'exécution : ce qu'il doit faire, c'est assumer le risque d'autrui, le couvrir. Ensuite, celle des rapports entre cautionnement et porte-fort sûreté : aussi surprenant que cela puisse paraître pour un juriste français, il s'agit d'une relation d'inclusion du premier dans le second. Le paysage des sûretés personnelles est ainsi complètement redessiné.

CONCLUSION DE LA PREMIÈRE PARTIE

L'étude des garanties indemnitaires se présentait, au départ, comme celle d'un concept homogène : l'utilisation des obligations de faire et de ne pas faire, ainsi que de la responsabilité contractuelle, au service de la garantie d'une créance. Mais cet ensemble a rapidement démontré, plus que sa diversité, sa double nature.

L'analyse classique, en termes de responsabilité contractuelle, a conduit à deux constats. Premièrement, les garanties dites « comportementales » peuvent bel et bien être considérées comme des obligations de faire ou de ne pas faire, indéniablement originales au regard des sûretés personnelles classiques. Mais le comportement promis a vocation à être effectivement adopté, de sorte que le dénouement indemnitaire, entraîné par une action en responsabilité contractuelle, ne devrait être qu'exceptionnel. Dès lors, leur inclusion dans un ensemble appelé « garanties indemnitaires » n'est peut-être pas pertinente : il met en avant une caractéristique secondaire de ces engagements, occultant l'essentiel. Deuxièmement, l'analyse en termes de responsabilité contractuelle n'a permis d'éclairer, de manière satisfaisante, ni la véritable nature du porte-fort sûreté, ni ses rapports avec le cautionnement. Il semblait évident que le porte-fort d'exécution n'était pas uniquement une pâle copie, ou un détournement de la reine des sûretés personnelles, mais il apparaissait tout aussi nettement que ces mécanismes n'étaient pas entièrement étrangers l'un à l'autre.

Approchés sous l'angle de l'obligation de couverture, ces problèmes semblent avoir été résolus. Lorsque les parties n'aménageaient pas les conséquences de l'inexécution en stipulant des clauses particulières, et qu'elles lui conservaient son régime de départ, il apparaissait que le porte-fort d'exécution avait un régime assez proche de celui du cautionnement, à ceci près : certaines situations, qui entraînaient l'extinction du cautionnement par application des règles de l'accessoire renforcé, ne faisaient pas obstacle au paiement d'un porte-fort. Il s'agissait des situations dans lesquelles l'obligation principale s'éteint précisément en raison de la défaillance du débiteur principal. L'analyse du cautionnement et du porte-fort comme des utilisations particulières du contrat de garantie par couverture l'explique fort bien. Une conception moderne du cautionnement voudrait que l'on abandonne le caractère automatique, mécanique, de l'accessoire renforcé, au profit de la définition suivante : le cautionnement est le contrat par lequel la caution garantit le bénéficiaire contre le risque normal de défaillance de son débiteur. Le porte-fort d'exécution, analysé non plus comme l'impossible promesse du fait d'un tiers, mais comme une prestation de couverture, équivaut parfaitement à un cautionnement si son objet est de couvrir uniquement le simple risque de défaut de paiement à l'échéance.

De la sorte, on aboutit à une sûreté équilibrée, sans recourir aux règles de l'accessoire renforcé. Si l'obligation principale est nulle, ou prescrite, le garant n'a pas à payer, car le risque couvert ne s'est pas réalisé. En revanche, si le juge estime que le débiteur principal bénéficie d'un cas de force majeure car il est brutalement

victime d'une maladie invalidante, ou si le débiteur dépose son bilan, le risque de défaillance est par-là même réalisé, et le garant doit fournir sa prestation.

Ensuite, si le bénéficiaire souhaite « durcir » la sûreté, il suffit de jouer sur le risque couvert et sur la prestation due. Il n'est plus nécessaire de changer complètement la nature juridique, la structure de base de la sûreté, pour arriver à un résultat satisfaisant, en abandonnant par exemple le cautionnement pour un constitut. Le contrat de garantie par couverture comporte en lui-même des éléments variables qui permettent aux parties de le modeler à leur guise. La technique est à nouveau au service des usagers du droit, et non l'inverse.

L'ensemble appelé par certains auteurs « garanties indemnitaires » ne présente donc finalement qu'une faible cohérence. L'indemnisation est une prestation promise, positivement, dans le cadre de la garantie par couverture de risque. Au contraire, l'indemnisation n'est qu'une conséquence accidentelle de la défaillance du garant comportemental : ce n'est pas ce que l'on attend normalement de lui. Nous continuerons pourtant à examiner ces deux types de garantie, car il n'est pas question d'abandonner une partie de notre objet d'étude au cours du raisonnement. Mais il faut avoir conscience désormais des limites du rapprochement.

Ces deux catégories sont toutefois complémentaires, et recourir à ces seules figures devrait suffire à couvrir l'ensemble du champ des besoins en matière de sûretés personnelles – remarquons toutefois que la garantie autonome, qui semble être davantage une sûreté réelle pour autrui, comme le cautionnement réel, peine à trouver sa place dans ce panorama.

Précisément, il est temps de décrire en détails les différentes manières dont les garanties indemnitaires peuvent être utilisées en pratique.

SECONDE PARTIE

PRATIQUE DES GARANTIES INDEMNITAIRES

416. Deux catégories – L'analyse du concept de garantie indemnitaire a révélé l'existence de deux types bien distincts de sûretés personnelles. Il est tout d'abord possible de fournir une « garantie comportementale », pour reprendre l'appellation qu'un auteur avait proposée[1095]. Encore faut-il bien préciser que c'est sur sa propre attitude que le garant s'engage, et non sur le comportement d'un tiers.

Il s'agirait sans cela d'un engagement relevant du second type, la « garantie par couverture de risque ». Cette dénomination est préférable à celle de « garantie satisfactoire »[1096]. En effet, l'engagement peut porter sur l'adoption par le débiteur principal d'une certaine attitude augmentant les chances de paiement. Le garant peut par exemple « promettre » qu'une société débitrice ne versera aucun dividende jusqu'à ce qu'une certaine dette ait été entièrement réglée : ce faisant, il couvre le risque que la société ne décide au contraire de verser ces dividendes. Un risque peut donc être couvert, sans que cela n'aboutisse à garantir la satisfaction du créancier. D'ailleurs, que signifie ce terme de « satisfaction » ? Faut-il comprendre que le bénéficiaire percevra l'avantage attendu du contrat principal, mais uniquement si cette convention est valable, comme c'est le cas en matière de cautionnement ? Ou qu'il obtiendra cet avantage considéré dans sa valeur économique, mais détaché de la question de la validité du contrat : même si le contrat est nul, ou si un cas de force majeure s'abat sur le débiteur ? Car tous ces risques peuvent bel et bien être couverts.

Garantie comportementale et garantie par couverture de risque, tels sont donc les deux types d'engagements qui constituent notre objet d'étude.

417. Intérêt dans une perspective internationale – Il est facile de saisir l'intérêt que peut avoir la recomposition du paysage français des sûretés personnelles autour de ces deux grands types d'engagements, dans la perspective d'une internationalisation du droit des affaires. Chaque pays peut en effet avoir sa conception du cautionnement et de l'accessoire renforcé, ou inventer de nombreux mécanismes dont la structure même conditionne un régime juridique précis. Ainsi, on aura bien du mal à expliquer à un partenaire étranger qu'il peut s'engager à payer « la dette même » du débiteur principal, ou « la même dette », et que cela aura des conséquences fort différentes[1097]. Si on lui explique, à présent, qu'il peut promettre de se comporter d'une certaine manière, par le biais d'une banale obligation de faire ou de ne pas faire, il ne devrait y avoir aucune difficulté. Le concept de couverture d'un risque ne posera pas davantage de problème de compréhension, qui dérive de la figure universellement connue de l'assurance.

418. Intérêt dans une perspective interne – Sur le plan interne, le contrat de couverture d'un risque permet, dans un premier temps, de revenir vers le droit

---

[1095] V. *supra*, n° 82 s.

[1096] *Ibid.*

[1097] Ces expressions sont employées par F. JACOB pour rendre compte de la différence entre un engagement de caution – payer la *dette même* du débiteur – et un engagement de constitut – payer la *même dette* (thèse préc., n° 68). Ces différences conceptuelles sont bien réelles (*contra* P. DUPICHOT, thèse préc., n° 352 s.), mais sont révélatrices des défauts qui accompagnent une conception des sûretés dans laquelle il faut changer de mécanisme pour changer de régime. Chaque garantie personnelle est alors une *institution*, accompagnée d'un catalogue précis de moyens de défense utilisables par le garant, à laquelle on peut adhérer ou non, sans pouvoir rien modifier. L'ensemble qui en résulte est à la fois lourd et complexe.

commun, puisque l'essentiel de son régime pourra être expliqué par une application particulière du droit des obligations, là où le caractère accessoire renforcé du cautionnement affichait ses spécificités. Cette affiliation au droit commun est plus évidente encore s'agissant des garanties comportementales, simples obligations de faire ou de ne pas faire éventuellement sanctionnées, en cas de violation, par les règles de la responsabilité contractuelle. Dans un deuxième temps, il faudra se demander si certaines sûretés personnelles considérées parfois comme *sui generis* ne peuvent pas être considérées comme de simples applications de nos figures de base.

419. Plan – Il est temps de confronter ces qualités que l'on prête aux deux catégories de sûretés personnelles dénommées par certains auteurs « garanties indemnitaires » à la perspective de leur utilisation concrète. Il faudra pour cela définir les caractéristiques principales de leur régime juridique (titre I), puis passer en revue quelques-unes de leurs utilisations possibles (titre II).

TITRE I

RÉGIME JURIDIQUE

420. Présentation chronologique – Plusieurs approches sont envisageables, lorsqu'il s'agit de présenter le régime des sûretés personnelles que certains regroupent sous le vocable de « garanties indemnitaires ». Puisqu'il est composé de deux ensembles bien distincts, les garanties comportementales et les engagements de couverture, il eût été possible de présenter successivement le régime des unes, puis celui des autres. Mais ce serait perdre l'occasion de mettre en évidence des solutions communes, susceptibles de constituer un droit commun des garanties indemnitaires, voire un droit commun des sûretés personnelles[1098]. Pour la même raison, il n'est pas souhaitable d'adopter comme grille de lecture de premier niveau la distinction entre garants profanes et garants professionnels : pour importante qu'elle soit, elle n'empêchera probablement pas l'existence de solutions communes sur de nombreux points. L'articulation entre ce clivage et le précédent peut être mise en évidence : le garant professionnel n'interviendra sans doute qu'en assumant des obligations de couverture de risque, et pas en promettant d'adopter un comportement. En effet, la garantie comportementale n'est concevable et efficace que si le garant, amené à augmenter les chances d'exécution de par son comportement, est un proche du débiteur principal, par exemple une société mère surveillant sa filiale. Il ne s'agira donc pas d'un professionnel de la garantie. Ce n'est pas de cette manière que les banques ou les assureurs ont vocation à s'engager pour conforter un débiteur.

L'étude du régime des garanties indemnitaires, pour ces raisons, sera conduite selon un simple plan chronologique : seront passées en revue les différentes étapes de la vie du contrat, de sa formation à sa disparition. Les clivages entre garantie comportementale et garantie par couverture, d'une part, et entre garant professionnel et garant profane, d'autre part, seront utilisés à un niveau secondaire chaque fois que cela sera nécessaire.

Il convient cependant, au préalable, d'examiner brièvement les caractères des contrats de garantie indemnitaire.

421. Caractères utilisés – Avant d'exposer le régime d'un contrat, il est classique d'en fournir les principaux caractères. En particulier, on se demande généralement si le contrat est unilatéral ou synallagmatique ; s'il est conclu à titre gratuit ou à titre onéreux ; s'il est aléatoire ou commutatif ; s'il est civil ou commercial.

[1098] En effet, il a été démontré que la substance commune aux deux types de garanties indemnitaires est assez faible. Elles semblent ne se rapprocher que par leur statut de sûretés personnelles.

422. Caractère unilatéral ou synallagmatique[1099] ? – Il est classique d'affirmer, s'agissant du cautionnement, qu'il s'agit d'un contrat unilatéral[1100]. Il est vrai que les devoirs qui pèsent sur le bénéficiaire, notamment de délivrer certaines informations au garant lors de la conclusion puis lors de la vie du contrat, ne suffisent pas à emporter la qualification de contrat synallagmatique[1101]. En revanche, le cautionnement est considéré comme synallagmatique si le bénéficiaire prend de véritables engagements en contrepartie de la garantie, par exemple la diminution du taux d'intérêt de la dette principale, ou l'engagement de veiller à ce que le débiteur respecte une affectation précise pour les fonds qui lui sont prêtés[1102].

Mais le fait que la garantie soit rémunérée n'est-il pas, lui aussi, de nature à conférer au contrat un caractère synallagmatique ? La rémunération peut, en premier lieu, être versée par le bénéficiaire lui-même : le contrat est indiscutablement synallagmatique, mais cet argument est balayé par certains auteurs, qui y voient alors une assurance[1103]. Cette opinion classique, qui dresse une muraille de Chine entre sûretés personnelles et assurances sur des fondements insaisissables, a déjà été critiquée[1104]. La rémunération peut, en second lieu, être versée par le débiteur : on affirme alors que cela relève de ses seuls rapports avec le garant, et n'affecte en rien le contrat de garantie, passé entre le garant et le bénéficiaire, qui reste unilatéral[1105]. Ainsi formulé, l'argument semble difficilement contestable, mais cela ne signifie pas que la rémunération versée par le débiteur n'imprime aucune marque sur le contrat de garantie : on se demandera, en effet, si elle n'intervient pas en tant que cause de l'obligation du garant[1106].

Les enjeux de la qualification de contrat synallagmatique ou unilatéral ne sont pas négligeables. Les contrats synallagmatiques doivent être rédigés en autant d'exemplaires que de parties « ayant un intérêt distinct » (art. 1325 C. civ.). Ce n'est donc pas le cas, en principe, de la garantie personnelle ; cette règle est parfois considérée comme inopportune, le garant profane ayant tendance à oublier la teneur

---

[1099] Pour une vue d'ensemble de ce concept, V. A. SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777.

[1100] Par ex. M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 163 s. ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 78 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 58 s. , P. SIMLER, *op. cit.*, n° 55 s. Il sera nécessaire de se référer régulièrement aux réflexions de la doctrine formulées à propos du cautionnement, car c'est à son propos que les discussions ont été les plus nombreuses et les plus poussées, mais l'on s'interroge bien sur les caractères des contrats constitutifs de garanties indemnitaires. Le cautionnement, dans une conception renouvelée, est d'ailleurs l'un d'entre eux (V. *supra*, n° 407 s.).

[1101] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *loc. cit.* ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 55. Comp. R. HOUIN, *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, éd. Maurice Lavergne, 1937, p. 242, selon lequel l'obligation faite au bénéficiaire de préserver l'efficacité du recours subrogatoire de la caution est susceptible de porter atteinte au caractère unilatéral du contrat. Cette opinion ne peut être approuvée : exiger du créancier qu'il tienne compte de l'intérêt du garant dans l'exercice de ces droits ne peut être assimilé à une véritable prestation, à une obligation au sens technique. Il s'agit plutôt d'un devoir, et peut-être même d'une déclinaison du devoir de bonne foi : V. *infra*, n° 546 s.

[1102] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 57 ; M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 165.

[1103] P. SIMLER, *loc. cit.*

[1104] V. *supra*, n° 340 s.

[1105] P. SIMLER, *loc. cit.*

[1106] V. *infra*, n° 519 s. Il faut aller plus loin : la validité du contrat passé entre le débiteur et le garant professionnel n'est pas sans influence sur la couverture ensuite accordée par ce professionnel au créancier : *infra*, n° 653 s.

de ses engagements, et ses héritiers ayant du mal à savoir de quoi il était tenu[1107]. Ces considérations pourraient tout aussi bien s'appliquer à une simple reconnaissance de dette, et posent la question de l'opportunité de cette disposition du Code. Les moyens modernes de reprographie permettraient, pour un coût et en un temps quasi nuls, de fournir une copie de tout contrat unilatéral à son débiteur[1108].

Ensuite, si l'engagement est unilatéral, se pose la question, déjà évoquée à propos du porte-fort d'exécution[1109], de l'éventuelle application de l'article 1326 du Code civil[1110].

423. Caractère gratuit ou onéreux ? – La doctrine classique présente le cautionnement comme un contrat conclu à titre gratuit[1111]. Si l'on entend cette notion dans un sens économique, on ne pourra que constater que certains contrats de garantie sont rémunérés et d'autres non[1112]. Dans un sens plus technique, il est nécessaire de raisonner à deux niveaux.

Au sein du contrat de garantie, il a déjà été relevé que, hors l'hypothèse de la couverture rémunérée par le créancier lui-même, le garant ne reçoit aucune contre-partie. Mais, ce disant, on ne fait que revenir sur son caractère unilatéral, qu'il ne faut pas confondre avec le caractère gratuit. Le garant ne s'engage pas, vis-à-vis du créancier, dans un esprit de libéralité, de sorte que le contrat est nécessairement conclu à titre onéreux[1113]. La seule exception serait celle dans laquelle le garant s'engagerait en connaissant l'insolvabilité notoire du débiteur, ce qui reviendrait à consentir au créancier une libéralité déguisée[1114].

S'il y a un contrat qui peut être véritablement conclu à titre gratuit, c'est celui par lequel un garant profane, par exemple un proche, un ami, s'engage envers le débiteur à conforter ses dettes. Mais lorsqu'il s'agit d'un garant professionnel rémunéré par le débiteur, ce contrat est évidemment conclu à titre onéreux.

Le contrat de garantie, lui, n'est donc quasiment jamais conclu à titre gratuit, ce qui est heureux car la défiance traditionnelle du droit civil à l'égard de cette catégorie d'actes juridiques l'eût fragilisé[1115].

424. Caractère aléatoire ou commutatif ? – Le garant s'engage à adopter un comportement immédiat ou, s'il garantit un risque, à fournir immédiatement une

---

[1107] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 56.
[1108] V. *infra*, n° 526. La solution de l'actuel article 1325 C. civ. a pourtant été reprise à l'article 1296 de l'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations, précité.
[1109] V. *supra*, n° 227.
[1110] V. *infra*, n° 524 s.
[1111] Par ex. R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, n° 13.
[1112] C'est dans ce sens, semble-t-il, qu'il faut comprendre des propos tels que : le cautionnement n'est pas gratuit par essence, et « rien ne s'oppose à ce que celui qui se porte caution ne stipule une équitable indemnité en compensation des risques auxquels il s'expose [...] » (C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, p. 675). Remarquons ici, sous la plume de ces auteurs classiques, l'utilisation de la notion de risque dans une description du cautionnement.
[1113] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 59. Sur cette question, V. M. RÈMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G*, 1977, I, 2850, n° 12.
[1114] P. SIMLER, *loc. cit.*. L'auteur précise que l'hypothèse ne s'est jamais rencontrée en jurisprudence. Pourquoi, en effet, faire compliqué lorsqu'on peut faire simple, et cautionner le débiteur insolvable plutôt que de verser directement une somme d'argent au créancier impayé ? Peut-être pour tenter de contourner les règles relatives aux libéralités.
[1115] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 79. Pour les conséquences que cela aurait entraîné en matière de régimes matrimoniaux, V. par ex. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 59.

prestation de couverture, c'est pourquoi le contrat de garantie ne saurait être qualifié de « conditionnel » ou d'« éventuel »[1116]. Mais s'agit-il d'un contrat aléatoire ? Certains répondent par la négative, arguant de ce que seul un contrat synallagmatique peut être considéré comme tel, non un contrat unilatéral[1117]. C'est écarter un peu rapidement la controverse existant à ce sujet[1118]. L'article 1104 du Code civil dispose qu'un contrat est aléatoire lorsqu'il existe une chance de gain ou de perte « pour chacune des parties ». En revanche, l'article 1964 du même Code définit le contrat aléatoire comme « une convention réciproque dont les effets, quant aux avantages et aux pertes, soit pour toutes les parties, soit pour l'une ou plusieurs d'entre elles, dépendent d'un événement incertain ». C'est le cas du contrat d'assurance, cité par la même disposition, mais également du contrat de garantie en général. Remarquons, que certains des auteurs qui estiment qu'un contrat n'est aléatoire que s'il existe une incertitude pour toutes les parties, définissent pourtant le contrat commutatif comme celui « dans lequel la contrepartie que chaque contractant reçoit est d'ores et déjà certaine et déterminée, les parties connaissant dès la conclusion de l'acte l'étendue des prestations qu'elles doivent et des avantages qu'elles retirent »[1119]. À suivre cette définition, le contrat de garantie n'est manifestement pas commutatif, puisque l'obligation de règlement n'est qu'éventuelle ; mais il ne serait pas non plus aléatoire ? Il s'agit pourtant d'une classification strictement binaire, qui n'admet pas les situations intermédiaires[1120].

On considère habituellement comme la conséquence principale de la qualification de contrat aléatoire le fait que la lésion ne peut pas être invoquée par les parties, alors même qu'on serait en présence d'une des situations exceptionnelles dans lesquelles le droit français admet un contrôle de l'équilibre des prestations[1121]. Et il est vrai que cette considération n'intéresse que les contrats synallagmatiques, car le déséquilibre ne peut être sanctionné que là où il y a deux prestations réciproques. Cela ne concerne dans notre étude, que la couverture rémunérée par le créancier pour son propre bénéfice – qui peut prendre la forme d'une assurance : un tel contrat ne peut être annulé pour cause de lésion. Mais le caractère de contrat aléatoire du contrat de garantie présente en réalité un intérêt plus vaste : il signifie qu'une véritable incertitude doit planer sur la réalisation du risque au moment où la convention est conclue[1122].

[1116] Ces caractères sont envisagés – et rejetés – par P. SIMLER, *op. cit.*, n° 61. Sur le rejet du caractère conditionnel du porte-fort, V. aussi *supra*, n° 287.

[1117] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 84 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 63.

[1118] Sur laquelle V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, note n° 3 p. 81.

[1119] *Ibid.*, n° 69. C'est nous qui soulignons.

[1120] V. déjà *supra*, n° 108, à propos de l'affirmation selon laquelle le porte-fort n'est « ni accessoire, ni autonome », classification pourtant binaire. Prenant nettement position en faveur de la qualification de contrat aléatoire dès que la prestation d'une des deux parties dépend d'un événement incertain, V. J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 97 s. Pour une critique de la catégorie des contrats aléatoires, accusée d'avoir mal vieilli, V. F. TERRÉ, « L'aléa chasse la lésion », *JCP G*, 2009, n° 464. Enfin, un auteur suggère, à rebours de notre affirmation, qu'un contrat devrait pouvoir être considéré à la fois comme aléatoire et comme commutatif : F. GRUA, « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD. civ.*, 1983, p. 263, spéc. *in fine*.

[1121] V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 302 s.

[1122] V. *infra*, n° 489 s.

425. Caractère civil ou commercial ? – La question est complexe, en raison de la mauvaise qualité du système français de détermination des actes de commerce et des commerçants[1123].

Le cautionnement est souvent présenté comme civil par principe, en raison – il serait plus exact de dire « en souvenir » – de ses origines : en 1804, il s'agissait d'un service amical et gratuit[1124]. Mais, deux siècles plus tard, les garanties professionnelles, « par leur importance quantitative et par leur rôle moteur de l'activité économique », jouent désormais le rôle le plus important[1125]. Or, le cautionnement bancaire est par nature une opération commerciale (art. L. 110-1, 7° C. com.). En revanche, la Cour de cassation a décidé que l'assurance n'est commerciale par nature que si elle est maritime, arguant de ce que seule cette variété est visée par l'article L. 110-2 du Code de commerce[1126]. Il faut alors tenir compte de la forme adoptée par l'assureur : s'il s'agit d'une société anonyme, ses contrats seront *ipso facto* commerciaux à son égard ; s'il s'agit d'une mutuelle, établissement à but non lucratif, ils auront un caractère civil[1127].

De manière générale, les garanties personnelles délivrées par des sociétés commerciales sont considérées comme commerciales[1128]. Quant à l'aval, qui s'analyse comme une variété de cautionnement[1129] – donc de contrat de garantie –, il est commercial par la forme[1130].

À ces hypothèses de commercialité objective, par nature ou par la forme, il faut encore ajouter la possibilité d'une commercialité subjective. En la matière, on rencontre « une création jurisprudentielle réservée au cautionnement »[1131]. La Cour de cassation estime en effet que revêt un caractère commercial le cautionnement souscrit alors que le garant, même non commerçant, présente « un intérêt patrimonial personnel » à l'opération principale[1132]. Ainsi, en particulier, le contrat de garantie souscrit par un dirigeant de SARL ou de SA, qui n'est pas un commerçant, sera-t-il commercial : l'intérêt personnel, en ce qui les concerne, est même présumé[1133]. La doctrine critique la fluidité de ce critère, accusé de « permettre de juger en équité et de libérer ou de condamner la caution en fonction d'une

---

[1123] V. par ex. É. BLARY-CLÉMENT et F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, *Droit commercial*, Montchrestien, coll. Domat, 10e éd., 2010, n° 51 s.

[1124] V. par ex. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 68 ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 80.

[1125] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 2.

[1126] Cass. 1re civ., 7 mai 1946 : *D.*, 1946, p. 281. Cet argument ne convainc pas : il a déjà été démontré que, lorsque ce Code a été adopté, en 1807, seule l'assurance maritime était pratiquée en France (V. *supra*, n° 329 s.). Cette jurisprudence est donc critiquée, à juste titre, par J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 85.

[1127] Cass. Req., 8 nov. 1892, 2 arrêts : *DP*, 1893, I, 79. La jurisprudence est constante depuis lors (J. BIGOT, *op. cit.*, n° 83).

[1128] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 97. M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL hésitent toutefois, estimant que cette solution a un caractère « *arbitraire et artificiel* » (*op. cit.*, n° 81).

[1129] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 107 s.

[1130] *Ibid.*, n° 97.

[1131] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *loc. cit.*

[1132] Pour un ex. récent, V. Cass. com., 7 févr. 2006, pourvoi n° 05-13613, inédit : *JCP G*, 2006, I, 131, n° 3. Pour des références supplémentaires et une analyse de l'évolution de la jurisprudence sur cette question au fil du temps, V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 98 s.

[1133] Cass. com., 5 oct. 1993, pourvoi n° 91-12372 : *Bull. civ.*, IV, n° 310. Le président du conseil d'administration d'une société était « présumé avoir un intérêt patrimonial à l'opération garantie ».

impression [...] »[1134]. Des décisions récentes de juridictions du fond illustrent parfaitement cette incertitude : un concubin qui cautionnait gratuitement sa compagne souscrirait un engagement commercial car, de leur communauté de vie, découlerait un intérêt financier au succès de l'opération principale[1135] ; au contraire, le cautionnement par un dirigeant des dettes de sa société pourrait être considéré comme civil si ses pouvoirs effectifs de direction étaient insuffisants[1136]. Un tel résultat ne peut satisfaire.

Il a donc été suggéré de remplacer ce critère par une règle selon laquelle le cautionnement emprunte sa qualification civile ou commerciale à l'obligation principale[1137]. Cette proposition, séduisante, n'a pas encore été suivie d'effets. Elle est présentée comme une application du caractère accessoire du cautionnement[1138] : peut-on, dès lors, la reprendre dans le cadre du régime des garanties indemnitaires ? La réponse est certainement positive. L'accessoire dont il est question ici est celui que partagent toutes les sûretés personnelles, en tant qu'elles sont au service d'une obligation principale. Il n'est en rien nécessaire de se situer sur le terrain du caractère accessoire renforcé, apanage du cautionnement dans son analyse classique, pour poser une règle selon laquelle le caractère civil ou commercial de l'obligation de référence sera transposé à l'obligation du garant[1139].

Les conséquences du caractère civil ou commercial du contrat de garantie sont nombreuses[1140], et il faut distinguer selon qu'il s'agit d'un acte entièrement commercial ou d'un acte mixte, c'est-à-dire dont l'une des parties n'est pas commerçante. Ces questions n'ayant rien de propre aux garanties indemnitaires, elles ne seront pas développées davantage[1141].

À présent que les principaux caractères des contrats de garantie indemnitaires ont été décrits, il est temps d'entrer de plain-pied dans l'étude de leur régime.

426. Plan – Seront abordées successivement la formation (chapitre 1), l'exécution (chapitre 2), et l'extinction (chapitre 3) d'un contrat de garantie indemnitaire.

[1134] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 82. Le fait d'écarter ou d'appliquer le régime des obligations commerciales à l'espèce peut en effet, sur le terrain de la preuve par exemple, décider de l'issue du litige.

[1135] CA Montpellier, 28 avr. 2009 : Juris-Data n° 2009-010321 ; *JCP G*, 2009, 492, n° 1, obs. P. SIMLER.

[1136] CA Grenoble, 12 févr. 2009 : Juris-Data n° 2009-003722 ; *JCP G*, 2009, 492, n° 1, obs. P. SIMLER.

[1137] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 104.

[1138] *Ibid.*

[1139] Cette règle pourrait en tout cas être facilement appliquée aux garanties par couverture. En revanche, un problème se poserait s'agissant des garanties comportementales : on le verra, il est tout à fait possible de les souscrire sans viser de dette principale, la description du comportement étant suffisante (V. *infra*, n° 484 s.).

[1140] Cela tendrait à devenir de moins en moins vrai pour un auteur, qui remarque que les principaux éléments du régime du cautionnement obéissent à d'autres clivages : consommateur ou non, personne physique ou morale... Dès lors, il est tout simplement proposé d'abandonner cette distinction, qui fournit des arguments dilatoires aux garants de mauvaise foi : M.-P. DUMONT-LEFRAND, « La nature civile ou commerciale du cautionnement », *Dr. et Patr.*, juill.-août 2008, p. 72.

[1141] Sur cette question, V. A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 186 s. ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 93 s.

CHAPITRE I

FORMATION

427. Plan – La conclusion des garanties indemnitaires obéit à des conditions de fond (section 1) et de forme (section 2). La sanction d'une violation de ces conditions appelle quelques commentaires (section 3).

SECTION 1
CONDITIONS DE FOND

428. Plan – Les garanties indemnitaires sont des contrats. À ce titre, elles doivent obéir aux conditions de validité de droit commun, énumérées à l'article 1108 du Code civil, et qui sont relatives au consentement des parties (I) ; à leur capacité, question à laquelle est traditionnellement rattachée celle du pouvoir (II) ; à l'objet (III) et à la cause (IV) de leurs obligations.

I. Consentement

429. Caractère exprès – Il est inutile de s'arrêter sur l'exigence de l'existence du consentement, qui ne présente, dans cette matière, aucune originalité particulière[1142]. En revanche, une disposition spéciale au cautionnement mérite d'être évoquée. L'article 2292 du Code civil dispose en effet que : « Le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès, et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté ». On estime généralement que cette exigence concerne bien évidemment la forme de l'acte, mais aussi les règles de fond de validité des contrats : ne pas consentir expressément serait ne pas consentir[1143].

L'originalité de ce texte par rapport au droit commun est soulignée par la doctrine[1144]. Il semble toutefois que son importance pratique ne doive pas être surestimée[1145]. On en déduit, certes, que le silence de la pseudo-caution ne peut valoir acceptation de son contrat de garantie[1146], ou qu'une seule signature par un gérant de société d'un acte, contenant à la fois le contrat principal et le

---

[1142] Pour des illustrations jurisprudentielles impliquant, par exemple, des analphabètes ou des personnes atteintes d'une déficience mentale, V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 124.
[1143] *Ibid.*, n° 125.
[1144] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 89 ; M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 247 s. ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 125.
[1145] V. ainsi P. THÉRY, *op. cit.*, n° 31, estimant qu'il n'y là « qu'un rappel – bienvenu, si l'on considère la gravité de l'engagement de la caution – de l'article 1162 C. civ. selon lequel la convention s'interprète en faveur du débiteur ».
[1146] Cass. com., 16 déc. 1981, pourvoi n° 80-13450 : *Bull. civ.*, IV, n° 447.

cautionnement par le gérant, ne peut valoir à la fois approbation du contrat principal en tant que représentant, et conclusion du cautionnement à titre personnel, faute de caractère exprès[1147]. Mais le principe, en droit commun, est bien que le silence ne vaut pas acceptation[1148], et il ne fait pas de doute que l'acceptation d'un contrat ne serait admise, en aucun domaine, si elle était entachée de trop d'équivoque. Il reste que l'article 2292 du Code civil commande au juge de faire preuve d'une particulière rigueur s'agissant du cautionnement[1149].

Puisque cette disposition ne peut être considérée comme redondante par rapport au droit commun, la question d'une extension de son champ d'application se pose nécessairement. On considère que cette règle est fondée sur « la gravité du cautionnement » et sur « [le] caractère "anormal" de l'engagement d'une personne à acquitter la dette d'autrui »[1150]. Même si l'on a mis en garde sur les potentiels dangers d'une telle démarche[1151], il semblerait donc justifié d'étendre le bénéfice de ce texte, a pari voire *a fortiori*, à tous les garants indemnitaires, et même à tous les garants personnels. Nous verrons toutefois, lors de l'étude de la preuve des garanties indemnitaires, qu'il est probablement nécessaire d'aller au-delà et d'imposer la rédaction d'un écrit, aux fins de protection, soit du garant profane, soit du souscripteur d'une garantie professionnelle[1152].

430. Vices du consentement – C'est l'exigence d'un consentement éclairé qui suscite les difficultés les plus intéressantes, s'agissant des garanties personnelles. Selon la formule admirable de l'article 1109 du Code civil, est frappé de nullité le consentement qui n'a été « donné que par erreur », « extorqué par violence » ou « surpris par dol ». La violence n'intervenant que très rarement dans la souscription de sûretés personnelles[1153], il reste à étudier l'erreur et le dol. Le traitement de ces questions pourrait toutefois différer, *de lege ferenda*, selon que le garant est un profane (A) ou un professionnel de la garantie (B).

A. Garants profanes

431. Plan – Aux non-professionnels de la garantie, il convient d'appliquer le droit commun de l'erreur (1) et du dol (2).

1. Erreur

432. Plan – L'erreur est une représentation inexacte de la réalité[1154] : ainsi définie, elle est susceptible d'intervenir dans de très nombreux contrats. Seuls certains types d'erreurs sont toutefois sanctionnés : l'erreur-obstacle (a), et l'erreur vice du consentement à proprement parler (b).

[1147] Cass. com., 11 juill. 1995, pourvoi n° 93-17516, inédit.
[1148] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 124.
[1149] Il s'agit d'une règle « d'interprétation stricte de la volonté de la caution » (M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 248).
[1150] *Ibid.*, n° 249.
[1151] V. *supra*, n° 192 s.
[1152] V. *infra*, n° 526 s.
[1153] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 148. Certaines hypothèses de violence morale, en particulier de violence économique, sont susceptibles d'être rencontrées.
[1154] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 208.

a. L'erreur-obstacle

433. Notion – Il s'agit d'un « malentendu radical », de sorte que « sous les déclarations formelles, en apparence concordantes, les volontés réelles ne se [sont] pas rencontrées »[1155]. Les dispositions du Code civil relatives à l'erreur n'envisagent pas cette variété : c'est qu'il faut, en réalité, la rattacher à l'existence même du consentement.

434. Erreur sur l'objet du contrat – L'erreur-obstacle peut porter sur l'objet du contrat[1156]. Dans notre matière, on peut imaginer que les parties aient cru être d'accord sur la créance à garantir, mais qu'elles n'aient pas eu pas la même à l'esprit[1157]. On peut encore imaginer, l'hypothèse est un classique des cours de droit des obligations, une erreur sur la monnaie utilisée. Le garant croit qu'il est amené à conforter une créance de 15 000 francs, alors qu'il s'agit d'euros. De telles erreurs sont extrêmement rares, et il ne sert à rien de s'y arrêter davantage.

435. Erreur sur la nature du contrat – En matière de cautionnement, l'erreur-obstacle portant sur la nature du contrat a été plus fréquemment invoquée. Les cautions imaginent parfois « ne s'être prêtées qu'à une simple formalité, sans valeur juridique, ou n'avoir pris qu'un engagement purement moral »[1158]. Les tribunaux font preuve, en la matière, d'une sévérité justifiée. Dans un arrêt souvent cité, des juges adoptent même une motivation à la limite de l'humiliation pour le garant : « la simplicité du jeu du cautionnement étant à la portée de toute intelligence moyenne et la notion même de caution se retrouvant dans la pratique de nombreuses sociétés humaines, fussent-elles éloignées de la nôtre dans le temps ou dans l'espace, la caution est mal fondée à exciper de son ignorance »[1159]. Aussi ce grief n'a-t-il été retenu qu'au bénéfice de cautions très fragiles[1160].

Ce raisonnement, basé sur la simplicité et la notoriété du mécanisme, est-il transposable aux garanties indemnitaires ? S'agissant des garanties comportementales, il semble qu'il faille être au moins aussi sévère qu'en matière de cautionnement : il s'agit d'un engagement d'adopter un comportement précis, extrêmement aisé à comprendre, et qui ne devrait laisser la place à aucune confusion. Mais qu'en est-il des garanties par couverture, dans lesquelles le risque assumé va au-delà de la « normale », c'est-à-dire de la défaillance de paiement imputable au débiteur, à l'échéance ? Certains auteurs suisses préconisaient, on s'en souvient, qu'une personne profane ne puisse contracter un porte-fort d'exécution, « parce qu'on ne peut pas raisonnablement prétendre qu'elle comprenne » ce qui est

[1155] *Ibid.*, n° 209.
[1156] *Ibid.*, n° 212.
[1157] Notons que, s'agissant d'une garantie comportementale, l'accord devra porter sur l'attitude promise. Il n'est même pas nécessaire de viser les créances que, ce faisant, les parties pensent conforter (V. *infra*, n° 484 s.). L'erreur-obstacle sur la créance à garantir est donc réservée aux garanties par couverture.
[1158] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 85.
[1159] CA Paris, 9 avr. 1992 : *JCP G*, 1992, I, 3623, n° 1.
[1160] V. not. une autre décision fameuse, Cass., 1ère civ., 25 mai 1964 : *Bull. civ.*, I, n° 269 ; *D.*, 1964, p. 626. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, avait relevé « que les intéressés, habitant un district rural étaient positivement illettrés, que le contrat ne leur a pas été lu avant la signature », et qu'ainsi les juges du fond ont pu estimer que les cautions « avaient donné leur consentement à une convention ayant un objet autre que celle à laquelle ils pensaient adhérer : faciliter le prêt de veuve Z. sans engager leur patrimoine ».

attendu d'elle[1161]. Cela revient à affirmer qu'elle commettra une erreur-obstacle sur la nature de son engagement. Dans le panorama des sûretés personnelles que l'on cherche à décrire, porte-fort d'exécution et cautionnement sont tous deux fondus dans un contrat de garantie par couverture, seul le libellé du risque assumé devant varier. C'est donc le même contrat qu'un profane conclut s'il couvre seulement un risque normal de défaillance, ou s'il couvre en plus un risque exceptionnel tel qu'un cas de force majeure. Nous nous demanderons un peu plus loin s'il ne serait pas pertinent de mettre en place un véritable ordre public de protection des garants profanes, limitant les risques qu'ils sont autorisés à assumer. Mais si cette option n'était pas suivie par le législateur, se poserait la question d'une éventuelle erreur-obstacle du garant profane à qui il a été demandé de couvrir un risque exceptionnel. Si l'on estime qu'il a légitimement pu ne pas comprendre ce à quoi il s'engageait, se pose la question de la sanction adéquate. Il y aurait peut-être place, ici, pour une nullité partielle[1162]. Imaginons que soit couvert le risque d'inexécution d'une obligation consistant à livrer une récolte de fruits à l'échéance prévue dans le contrat principal, y compris en cas d'événement climatique imprévisible et irrésistible entraînant sa destruction. Le contrat de garantie peut intellectuellement être scindé en deux sans difficultés : la couverture d'un risque normal d'inexécution, à laquelle il faut ajouter la couverture d'un risque anormal. Un profane pourrait n'avoir pas compris la seconde partie de son engagement, qui constituerait alors une clause du contrat à part entière, susceptible d'être annulée sans que ne tombe le reste de la garantie.

b. L'erreur sur une qualité substantielle

436. Notion – Cette fois-ci, il s'agit bien de l'erreur telle qu'elle est envisagée par l'article 1110 du Code civil : « L'erreur n'est une cause de nullité de la convention que lorsqu'elle tombe sur la substance même de la chose qui en est l'objet [...] ». L'erreur sur la substance doit être comprise comme celle qui est de telle nature que, sans elle l'une des parties n'aurait pas contracté[1163]. Certaines cautions ont ainsi argué de ce que la solvabilité du débiteur, dont elles avaient une idée inexacte, était pour elles une qualité substantielle de l'engagement[1164].

437. Dégradation ultérieure de la solvabilité – Il est clair que cet argument ne peut prospérer si la solvabilité réelle était connue au moment de la conclusion de la garantie, mais qu'elle s'est détériorée par la suite[1165]. Pour l'expliquer, il suffit de rappeler que les conditions de validité d'un contrat s'apprécient au jour de sa conclusion, mais la doctrine rajoute, à juste titre, que l'aggravation ultérieure de la situation financière du débiteur est précisément l'événement contre lequel le

[1161] V. *supra*, n° 299.
[1162] Sur ce sujet, V. P. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*, préf. A. WEILL, LGDJ, 1969 ; Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 420. Cette qualification semble plus adaptée que celle de conversion par réduction, qui entraîne le passage d'un acte juridique à un autre, différent (*Ibid.*, n° 422).
[1163] V. par ex. Cass. 1re civ., 1er mars 1988, pourvoi n° 86-17492 : *Bull. civ.*, I, n° 56.
[1164] Il n'est pas prétendu, ici, que le bénéficiaire de la garantie disposait quant à lui de meilleurs informations sur cette solvabilité, sans quoi on pourrait le plus souvent lui reprocher d'avoir gardé le silence : c'est l'hypothèse de la réticence dolosive, sur laquelle V. *infra*, n° 442 s.
[1165] Cass. 1re civ., 13 nov. 1990, pourvoi n° 89-13270 : *Bull. civ.*, I, n° 242.

bénéficiaire entend se couvrir : on ne voit pas, dès lors, en quoi le consentement du garant a été vicié[1166].

438. Situation périlleuse lors de la conclusion – Qu'en est-il, cette fois-ci, de la situation dans laquelle le garant s'est mal représenté la solvabilité qui était celle du débiteur lors de la conclusion du contrat de sûreté ? Voyons comment la jurisprudence a répondu à cette question s'agissant du cautionnement, avant de transposer la discussion à la matière des garanties indemnitaires.

439. Cautionnement – La Cour de cassation a commencé par accueillir cet argument : la nullité du contrat était prononcée[1167]. Mais cette clémence a pris fin en 1977[1168]. Des cautions personnelles prétendaient avoir ignoré la situation financière irrémédiablement compromise de la société dont elles avaient garanti l'emprunt, et demandaient que leur engagement soit déclaré nul. Elles mettaient même en avant une décision des juridictions répressives, considérant qu'il y avait eu cessation des paiements à une date antérieure aux cautionnements. Les juges du fond rejettent la demande, approuvés par la Cour de cassation, pour des motifs qui méritent d'être attentivement considérés : les garants auraient dû démontrer « qu'ils avaient fait [de la solvabilité du débiteur principal] la condition de leur engagement », preuve non rapportée en l'espèce ; en revanche, les juges « n'avaient pas à rechercher […] si, à la date de leur engagement, [les garants] ignoraient ou non que la situation de la société était déjà irrémédiablement compromise ». Les commentateurs ont, à raison, souligné qu'il est impossible en pratique que la caution demande à ce que la bonne solvabilité du débiteur principal soit expressément stipulée dans le contrat de garantie : cela susciterait évidemment la méfiance du créancier[1169].

Un arrêt plus récent a toutefois pu être interprété comme un retour de la Cour de cassation à davantage de compréhension envers le garant[1170]. Les juges du fond avaient relevé que le garant « avait entendu prendre le risque d'aider une société présentée comme en difficulté mais non de s'engager pour une société en situation déjà irrémédiablement compromise ». D'après la Haute juridiction, c'est dans l'exercice de leur pouvoir souverain qu'ils ont retenu « que le caractère viable de l'entreprise était une condition déterminante de l'engagement de la caution ».

Lorsqu'il s'agit de transposer le problème de l'erreur sur la solvabilité du débiteur aux garanties indemnitaires, il apparaît qu'une distinction doit être opérée entre garanties par couverture et garanties comportementales.

440. Garanties par couverture – S'agissant des premières, il est possible de raisonner dans les mêmes termes que pour le cautionnement. Force est alors

---

[1166] M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 252 ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 91 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 86.

[1167] V. par ex. Cass. 1re civ., 1er mars 1972, pourvoi n° 70-10313 : *Bull. civ.*, I, n° 70 ; *D.*, 1973, jur., p. 733, note P. MALAURIE.

[1168] Cass. 1re civ., 25 oct. 1977, pourvoi n° 76-11441 : *Bull. civ.*, I, n° 388 ; *D.*, 1978, IR, p. 74. De nombreux arrêts en ce sens ont suivi.

[1169] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 86 ; P. SIMLER, *op. cit.* n° 138.

[1170] Cass. com., 1er oct. 2002, pourvoi n° 00-13189 : *Bull. civ.*, IV, n° 131 ; *D.*, 2003, p. 1617, note Y. PICOD ; *JCP G*, 2003, I, 124, n° 3, obs. P. SIMLER ; *Defrénois*, 2003, art. 37691, p. 410, obs. P. THÉRY.

d'admettre que la jurisprudence initiée en 1977, qui prétend que la solvabilité du débiteur n'est pas nécessairement déterminante de l'engagement du garant, est très artificielle[1171]. Bien entendu, ouvrir trop largement la voie à l'annulation des garanties ruinerait la sécurité que de tels engagements sont supposés procurer[1172]. Mais le moyen choisi pour restreindre de telles actions n'est pas convaincant. La Cour de cassation considère certes que l'identification des qualités substantielles dans chaque contrat relève de l'appréciation souveraine des juges du fond, ce que nous ne tenterons pas de remettre en question[1173]. Mais tournons-nous alors vers lesdits juges du fond, et souhaitons-leur bien du courage dans cette entreprise : démontrer que, en contractant l'obligation d'assumer un risque de crédit, le garant ne s'intéressait pas nécessairement à l'importance... du risque de crédit[1174]. Ils devraient, presque toujours, parvenir à la conclusion inverse, ce qui produirait à hauteur de cassation un arrêt du type de celui rendu en 2002. Il existait un autre moyen de limiter les velléités des cautions de se soustraire à leurs engagements par la voie de la nullité pour erreur. L'erreur, pour être sanctionnée, doit en effet être considérée comme excusable[1175]. Il serait souvent possible de considérer que le garant, à défaut de connaître, aurait dû connaître la mauvaise situation patrimoniale du débiteur. C'eût été l'occasion, même, d'user de la notion de garant intégré, ou proche du débiteur[1176] : elle aurait permis, par exemple, de poser une présomption simple de connaissance de l'état des finances du débiteur.

441. Garanties comportementales – La solution est *a priori* différente s'agissant des garanties comportementales. Ici, le garant promet d'adopter une certaine attitude. Si cette promesse est tenue, aucune responsabilité ne sera encourue, quand bien même le débiteur principal ne réglerait pas sa dette. La notion de qualité substantielle redevient alors un instrument pertinent pour refuser la nullité du contrat de garantie. Exerçant leur pouvoir souverain d'interprétation, les juges du fond concluront bien plus facilement que la bonne santé financière du débiteur n'était pas une considération essentielle pour celui qui, par exemple, promettait de ne pas céder sa participation dans le capital.

La possibilité que le consentement du garant ait été vicié par l'erreur ayant été envisagée, il reste à étudier l'hypothèse du dol.

[1171] En ce sens : P. SIMLER, *op. cit.*, n° 138 : « N'est-il pas évident que, sauf circonstances particulières, la caution ne se serait pas obligée si elle avait su que le débiteur était déjà insolvable ? À supposer que le créancier ait commis la même erreur (sinon, en effet, il pourrait se voir imputer un dol par réticence ou, du moins, un manquement à son obligation de contracter de bonne foi), rien ne justifie que la caution en supporte seule les conséquences ».

[1172] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 91.

[1173] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 216. C'est la conséquence d'une conception subjective de la notion de qualité substantielle (*Ibid.*, n° 215). On pourrait pourtant se demander si, pour une même catégorie de contrat, il n'y a pas une certaine stabilité dans les qualités substantielles attendues. On considère bien, dans une logique qui serait alors comparable, que la notion de cause objective est toujours la même pour un type de contrat, quelle que soit l'espèce considérée.

[1174] Sont donc ici visées les garanties mettant en place une couverture du risque normal ou exceptionnel de crédit, et non la couverture d'un simple risque comportemental du débiteur. Le régime de cette dernière serait plutôt, sur ce point, à rapprocher de celui des garanties comportementales (V. *infra*, n° 441).

[1175] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 223.

[1176] Sur ce critère, V. C. MOULY, thèse préc., n° 519.

2. *Dol*

442. Plan – Le dol, sanctionné par l'article 1116 du Code civil, désigne « toutes les tromperies par lesquelles un contractant provoque chez son partenaire une erreur qui le détermine à contracter »[1177]. Il faut donc distinguer selon que les tromperies proviennent du débiteur principal (a) ou du bénéficiaire de la garantie (b).

a. Dol du débiteur principal

443. Absence de prise en compte par la jurisprudence – Le dol dont est victime une partie au contrat, en l'occurrence le garant, n'est sanctionné que s'il émane de son cocontractant[1178]. Appliqué au contrat de garantie, cela signifie que le dol devra émaner du bénéficiaire : s'il est imputable au débiteur principal, la nullité ne pourra être prononcée[1179]. Précisons toutefois qu'un garant professionnel peut être rémunéré par le débiteur, et que le contrat qui les lie peut être annulé pour dol de ce dernier ; nous verrons ultérieurement si cela peut avoir des conséquences dans les relations entre garant et bénéficiaire[1180]. Dans la majeure partie des situations, il n'y a pas de contrat entre garant et débiteur, soit qu'il s'agisse d'une garantie profane accordée gratuitement, soit que le créancier ait choisi de contracter et de rémunérer lui-même la garantie professionnelle.

444. Critiques et propositions – Cette absence de prise en compte du dol du débiteur est critiquée : elle est certes conforme aux solutions de droit commun[1181], mais, précisément, elle revient à négliger la spécificité de la relation triangulaire qui naît d'une opération de garantie[1182]. Il a toutefois été remarqué, à juste titre, qu'il aurait été possible de prendre en compte les situations correspondantes sur le terrain de l'erreur plutôt que du dol[1183]. Ainsi, lorsque le débiteur a menti, ou a gardé le silence sur des éléments qu'il savait décourageants, le garant pourrait tenter de plaider l'erreur : conformément à ce qui a déjà été démontré, il faudra admettre le plus souvent que la qualité substantielle en cause – la solvabilité du débiteur, c'est-à-dire l'ampleur du risque assumée – a été déterminante du consentement[1184]. Le caractère excusable ou non de l'erreur sera décisif : dans les situations décrites par la doctrine comme injustes, il serait possible au juge de considérer que l'erreur a été excusable, pour que l'annulation du contrat soit possible sans que les règles classiques du dol n'aient à être malmenées.

445. Action en responsabilité – Précisons que, même si les juges persistent à refuser l'annulation du contrat dans de telles hypothèses, une action en

---

[1177] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 228.
[1178] Cass. com., 26 avr. 1971, pourvoi n° 69-10265 : *Bull. civ.*, IV, n° 104.
[1179] Cass. com., 13 nov. 2002, pourvoi n° 95-18994 : *Bull. civ.*, IV, n° 161 ; *RDBF*, janv.-févr. 2003, n° 11, obs. D. LEGEAIS ; *RTD. civ.*, 2003, p. 322, obs. P. CROCQ.
[1180] V. *infra*, n° 653 s.
[1181] Mais elle est critiquée également en droit commun, comme le souligne P. SIMLER, , *op. cit.*, n° 147.
[1182] M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 255 ; P. SIMLER, *loc. cit.*
[1183] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 93.
[1184] Cette condition est d'ailleurs exigée également dans le cadre d'une action fondée sur le dol : Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 238.

responsabilité civile délictuelle reste théoriquement envisageable contre le débiteur principal, qui a menti par action ou par omission. Toutefois, une éventuelle condamnation à dommages-intérêts serait probablement vaine : le débiteur est, par hypothèse, insolvable.

b. Dol du bénéficiaire

446. Manœuvres positives – Pour qu'une action fondée sur le dol aboutisse à la nullité du contrat, il faut donc, semble-t-il, que les tromperies émanent du bénéficiaire de la garantie. L'hypothèse la plus évidente est celle d'un mensonge pur et simple de sa part : ainsi de cette banque qui certifie que la situation du débiteur est saine, alors que le compte est débiteur de plus de 80 000 francs[1185].

447. Réticence dolosive – Mais la situation la plus fréquente sera celle du mensonge par omission, de la réticence dolosive. Il a été posé depuis longtemps, en droit commun, que : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant au cocontractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter »[1186]. La partie accusée d'avoir gardé un silence coupable devait donc être en possession d'informations qui auraient pu avoir, pour le garant, un caractère dissuasif : en pratique, cette situation est celle du banquier du débiteur principal, qui va lui concéder un nouveau crédit et cherche à le garantir, connaissant la situation préoccupante qui est la sienne. Ainsi, « manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence la banque qui, sachant que la situation de son débiteur est irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée, omet de porter cette information à la connaissance de la caution, l'incitant ainsi à s'engager »[1187].

Deux éléments issus de la définition générale de la réticence dolosive méritent d'être approfondis : d'une part, l'idée selon laquelle l'information éludée devait être suffisamment importante pour dissuader le garant de contracter ; d'autre part, et c'est l'essentiel, le véritable « devoir de parler » mis à la charge du bénéficiaire détenteur d'une telle information.

448. Caractère déterminant du dol – On enseigne traditionnellement que l'erreur provoquée par le dol doit avoir un caractère déterminant, pour que la nullité du contrat puisse être obtenue[1188].

Dès lors, il semble qu'il faille poser ici la même distinction qu'en matière d'erreur, entre les garanties emportant couverture du risque de crédit et les autres. Car il est en effet évident que celui qui couvre le risque de crédit ne se serait pas engagé s'il avait su que ce risque se réaliserait avec une quasi-certitude dans l'avenir

[1185] Cass. com., 7 févr. 1983, pourvoi n° 81-15339 : *Bull. civ.*, IV, n° 50 ; *JCP G*, 1983, IV, 129 ; *D.*, 1984, IR, p. 84, obs. M. VASSEUR ; *RTD. com.*, 1983, p. 450, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.
[1186] Cass. 3ème civ., 15 janv. 1971, pourvoi n° 69-12180 : *Bull. civ.*, III, n° 38 ; *RTD. civ.*, 1971, p. 839, obs. Y. LOUSSOUARN.
[1187] Cass. 1re civ., 4 janv. 2005, pourvoi n° 03-16667, inédit. Pour de nombreuses autres références, V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 146.
[1188] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 238. Cette conception était encore adoptée par Cass. 3e civ., 21 mars 2001, pourvoi n° 99-14399, inédit : *CCC*, 2001, n° 101, note L. LEVENEUR.

proche, voire qu'il était déjà réalisé. Le caractère déterminant de l'erreur est moins certain concernant le garant qui a promis d'adopter un certain comportement[1189].

Mais, même si le garant comportemental n'obtenait pas la nullité du contrat pour cette raison, il ne devrait pas être très inquiet. Si la situation du débiteur était critique avant même qu'il n'intervienne, il est probable que, eût-il adopté le comportement promis, cela n'aurait rien changé, de sorte que le lien de causalité viendra à manquer entre sa faute et le préjudice subi par le bénéficiaire[1190]. De plus, le dol n'ayant pas provoqué une erreur déterminante reste une faute civile, qui peut ouvrir au garant une action en responsabilité civile délictuelle[1191].

Il faut toutefois souligner que la jurisprudence semble aujourd'hui réviser sa position quant à la nécessité d'un dol déterminant : la Cour de cassation se contente d'observer que l'acquéreur d'un immeuble l'aurait « à tout le moins acquis à un prix inférieur s'il avait connu la situation » qu'on lui avait cachée[1192]. Ce raisonnement est transposable à un garant professionnel, qui aurait peut-être contracté malgré tout, mais pour une rémunération supérieure, s'il avait connu l'étendue véritable du risque : d'après cette nouvelle jurisprudence, cette considération n'empêche pas qu'il demande la nullité pure et simple du contrat. Cette idée s'applique *a fortiori* à un garant profane non rémunéré : il est ici tout simplement impossible de réécrire l'histoire et d'imaginer qu'il aurait malgré tout contracté, pour une contrepartie plus importante, puisqu'il n'en reçoit aucune. La nullité doit donc lui être accordée facilement.

Cette évolution de la jurisprudence, qui tend à accorder plus aisément la nullité pour dol, rend encore plus importante et plus sensible la détermination exacte des situations dans lesquelles il est interdit à l'autre partie de garder le silence.

449. Une obligation précontractuelle d'information – La question de la réticence dolosive ne doit pas être envisagée sous un angle uniquement négatif, comme une sanction. Elle suppose, implicitement mais nécessairement, que pèse sur une partie – celle à laquelle on reprocherait de se taire –, une obligation pré-contractuelle d'information[1193]. Une telle obligation ne saurait exister qu'à une double condition : dans un rapport contractuel, une partie détient une information dont elle sait que, si elle était connue de son cocontractant, elle l'amènerait à ne pas contracter ou à contracter à d'autres conditions ; quant à l'autre partie, elle ne peut se voir reprocher son ignorance, qui est légitime et n'est pas simplement le fruit de sa négligence[1194].

Ce devoir précontractuel d'information[1195] découle directement du devoir plus large de bonne foi, consacré à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil[1196]. Cette

---

[1189] V. *supra*, n° 440 s.

[1190] V. *infra*, n° 600.

[1191] Ce que l'on nommait classiquement « dol incident », par opposition au « dol principal » susceptible d'entraîner la nullité du contrat : Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *loc. cit.* Il ne s'agit, en vérité, que d'une banale application de l'article 1382 du Code civil.

[1192] Cass. 3e civ., 22 juin 2005, pourvoi n° 04-10415 : *Bull. civ.*, III, n° 137 ; *CCC*, 2005, n° 186, note L. LEVENEUR ; *RDC*, 2005, 1025, obs. P. STOFFEL-MUNCK.

[1193] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 233.

[1194] *Ibid.*, n° 259. Pour des développements détaillés sur les conditions d'existence d'une obligation d'information, V. M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 221, 1992, n° 154 s.

[1195] Il ne s'agit pas, en effet, d'une « obligation » au sens technique, d'une prestation délivrée par une partie, ainsi que l'a souligné P. ANCEL : V. *supra*, n° 356.

notion fonde, cela a déjà été souligné, de nombreuses protections actuellement accordées aux cautions, mais qui mériteraient d'être étendues à tous les contrats de garantie : il ne s'agit que d'un usage particulier de principes de droit commun[1197].

Un auteur a ainsi mis en évidence l'existence d'un double devoir à la charge du bénéficiaire de la garantie : celui de mettre en garde le garant lorsque la situation du débiteur est compromise, et celui de mettre en garde le garant d'un crédit excédant les facultés du débiteur[1198].

α. Un devoir de mise en garde contre la situation compromise du débiteur

450. Principe – Un exemple de nullité implicitement fondée sur un devoir de mettre en garde le garant contre la situation « irrémédiablement compromise ou à tout le moins lourdement obérée » du débiteur a déjà été cité[1199]. C'est donc que la banque disposait d'informations privilégiées, mais aussi que l'on pardonne au garant de ne pas les avoir recherchées lui-même. Des auteurs indiquent que l'ignorance doit être considérée légitime dans deux situations distinctes : celle dans laquelle « l'intéressé était dans l'impossibilité de découvrir par lui-même le fait recélé alors que son partenaire y avait accès », et celle dans laquelle « l'intéressé pouvait penser, en raison de la relation de confiance particulière qui l'unissait à son partenaire, que celui-ci prendrait l'initiative de l'informer »[1200]. Il s'agit de questions de fait, qui doivent relever de l'appréciation souveraine des juges du fond. L'intégration du garant à l'opération principale a évidemment un grand rôle à jouer. Mais le seul fait d'être un proche du débiteur pourrait ne pas suffire, si la personne considérée n'est pas partie à l'opération principale : lorsqu'elle est amenée à conforter un établissement bancaire de renom, il est normal qu'elle lui fasse suffisamment confiance pour imaginer qu'il « prendra initiative de l'informer »[1201].

Ce qui est attendu du banquier dans de telles situations, c'est donc une mise en garde de la caution, que l'on distingue habituellement de la « simple » obligation d'information : tandis que cette dernière consisterait à fournir un renseignement

[1196] Le texte ne vise que l'exécution du contrat, mais il est unanimement admis que cette exigence doit jouer également au stade de la formation : Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 43.

[1197] V. *supra*, n° 195 s. Un arrêt remarqué annule même directement un cautionnement pour manquement à l'obligation de contracter de bonne foi, sans passer par les notions d'erreur ou de dol, ce qui semble peu orthodoxe (Cass. 1re civ., 16 mai 1995, pourvoi n° 92-20976, inédit : *JCP G*, 1996, II, 22736, note F.-X. LUCAS). Il s'agit toutefois d'une décision non publiée.

[1198] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 80 s.

[1199] V. *supra*, n° 447.

[1200] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 259.

[1201] Ainsi la Cour d'appel de Paris a-t-elle annulé un cautionnement pour réticence dolosive en précisant « qu'il est indifférent que [la caution] ait été unie par des liens de parenté et de famille avec les emprunteurs ; que de tels liens, s'ils sont la cause la plus habituelle de l'engagement de caution, n'impliquent nullement que la caution ait connaissance de la situation financière précise de l'emprunteur, ni des risques qu'elle encourent et ne dispensent en aucune manière la banque de son obligation d'information loyale, *a fortiori* ne l'autorisent à dissimuler dolosivement à la personne qui se propose d'apporter sa garantie les éléments d'appréciation dont elle dispose nécessairement par la tenue des comptes » (CA Paris, 8 oct. 2009 : *Banque et Droit*, janv.-févr. 2010, p. 50, obs. N. RONTCHEVSKY).

objectif, l'obligation de mise en garde « impose à son débiteur d'attirer l'attention du cocontractant sur les inconvénients ou les dangers liés à l'opération projetée »[1202].

451. Preuve du caractère déterminant – Un arrêt remarqué, rendu en 1989, semble poser une solution inattendue en matière de charge de la preuve[1203]. Les juges du fond avaient rejeté la nullité pour dol demandée par des cautions à qui une banque avait caché la situation désastreuse du débiteur principal, au motif que « il n'est pas certain que, même valablement renseignés sur la situation financière réelle de M. X... et sur sa dette envers la banque, [les garants] n'auraient pas consenti à cautionner ce dernier ». La Cour de cassation censura ce raisonnement : les juges du fond « ne pouvaient exclure le caractère dolosif de la réticence par eux retenue à l'encontre du crédit agricole sans relever aucun élément propre à établir qu'en l'espèce ladite réticence n'était pas de nature à inciter les intéressés à consentir le cautionnement litigieux ». Il semble qu'il y ait là un renversement de la charge de la preuve du caractère déterminant du dol[1204]. Deux observations peuvent être formulées. Tout d'abord, cela a déjà été affirmé, il est aberrant d'imaginer que la solvabilité du débiteur ait pu ne pas être un élément déterminant de l'engagement d'un garant couvrant un risque de crédit[1205], ce qui rendait cette solution opportune à défaut d'être orthodoxe. Ensuite, cet arrêt perdrait nettement de son importance s'il se confirmait que la distinction entre dol principal et dol incident, en vigueur à l'époque, a été abandonnée[1206].

β. Un devoir de mise en garde contre un crédit excédant les facultés du débiteur

452. Vision prospective de la situation du débiteur – Le devoir de mise en garde qui bénéficie au garant est, en vérité, plus étendu encore. Celui qu'on vient d'envisager pourrait être qualifié de « statique » : il s'attache à la situation – désastreuse – du débiteur à l'instant présent. Celui dont il va être à présent question est, en quelque sorte, « dynamique » : il est tourné vers l'avenir, et a vocation à jouer alors même que les finances du débiteur sont encore saines lors de la conclusion du contrat[1207]. Avant de présenter ce devoir des banques vis-à-vis des garants, il est nécessaire de comprendre quelles obligations sont apparues à leur charge vis-à-vis de leurs clients.

453. Mise en garde de l'emprunteur contre un crédit excessif – Un principe de « non-ingérence » a longtemps prévalu en la matière, qui peut être décrit

---

[1202] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 87. En la matière, on n'exigerait donc pas du banquier qu'il aille jusqu'à assumer un devoir de conseil, c'est-à-dire un devoir de donner une opinion sur l'opportunité du contrat, voire de refuser sa conclusion si elle apparaît dangereuse pour l'autre partie.
[1203] Cass. 1re civ., 10 mai 1989, pourvoi n° 87-14294 : *Bull. civ.*, I, n° 187 ; *JCP G*, 1989, II, 21363, note D. LEGEAIS ; *Defrénois*, 1989, art. 34633, n° 131, note L. AYNÈS ; *RTD. civ.*, 1989, p. 738, obs. J. MESTRE.
[1204] En ce sens : L. AYNÈS, note préc. ; P. DUPICHOT, thèse préc., n° 84 ; P. SIMLER, *op. cit.*, note n° 115 p. 157.
[1205] V. *supra*, n° 448.
[1206] *Ibid*.
[1207] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 94, remarque à juste titre qu'on demande à la banque de procéder à une étude « prospective » de la situation.

comme suit : « le banquier n'est pas obligé d'intervenir pour empêcher son client d'accomplir un acte irrégulier, inopportun ou dangereux et il n'est pas en droit de refuser l'exécution d'instructions du client au motif qu'elles ne lui paraîtraient pas judicieuses »[1208]. Mais ce principe a, peu à peu, cédé sa place à un devoir d'information[1209]. Le banquier doit s'assurer que le client qui contracte un crédit n'est pas en train de faire une bêtise ; si c'est le cas, il doit le lui dire[1210]. L'idée n'est pas aussi révolutionnaire qu'il y paraît : en Suisse, pays qui n'est pas réputé pour sa haine farouche envers la profession bancaire, une loi sur le crédit à la consommation institue une obligation, pour le prêteur, de vérifier que l'emprunteur a la capacité de contracter le crédit[1211]. En France, c'est la jurisprudence qui a évolué en ce sens, à partir de 1994. La Première chambre civile reprocha alors à une banque d'avoir poussé un agriculteur à contracter un emprunt dont la charge annuelle était supérieure à ses revenus[1212]. Les opérations visées étaient, selon un auteur, de deux types : celles qui, sans être intrinsèquement critiquables, étaient disproportionnées par rapport aux ressources de l'emprunteur, et celles qui étaient dangereuses en elles-mêmes, car vouées à l'échec ou plus coûteuses que rentables[1213]. La Première chambre civile fit la démonstration de sa détermination lorsqu'elle rendit, l'année suivante, un autre arrêt remarqué[1214].

Il apparut toutefois que la Chambre commerciale n'était pas prête à suivre la même voie. Des emprunteurs accusaient leur banque de leur avoir octroyé un crédit disproportionné par rapport à leurs facultés de remboursement. La Cour approuva le rejet de leurs prétentions : « le prêt litigieux ayant été demandé par les époux X..., et ceux-ci n'ayant jamais prétendu que [la banque] aurait eu sur la fragilité de leur situation financière des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées, les juges du

---

[1208] C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire*, Litec, 8ème éd. par J. STOUFFLET, 2010, n° 294. V. aussi J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? », *Banque et Droit*, mars-avr. 2005, p. 11.

[1209] L'expression « devoir d'information » est entendue ici dans son sens large : encore faut-il savoir, on l'a vu, quel est le degré exact d'information exigé. Le devoir de non-ingérence du banquier est mis à mal non seulement par la nécessité de se préoccuper des intérêts du client et de ses éventuels garants, comme on va le voir, mais également par certaines obligations de prendre en compte les intérêts des tiers, voire de protéger l'ordre public – notamment dans le cadre de a lutte contre le blanchiment : V. J. LASSERRE-CAPDEVILLE, art. préc.

[1210] C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 298 ; T. BONNEAU, *Droit bancaire*, Montchrestien, coll. Domat, 10e éd., 2013, n° 737 s.

[1211] Loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC), *Recueil systématique* n° 221.214.1. Sur ce texte, V. B. STAUDER, « Le "prêt responsable". L'exemple de la nouvelle loi suisse sur le crédit à la consommation », *in Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1029.

[1212] Cass. 1re civ., 8 juin 1994, pourvoi n° 92-16142 : *Bull. civ.*, I, n° 206 ; *JCP E*, 1995, II, 652, note. D. LEGEAIS ; *RD. banc. et bourse*, 1994, n° 44, p. 173, obs. F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; *RTD. com.*, 1995, p. 170, obs. M. CABRILLAC.

[1213] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 90.

[1214] Cass. 1re civ., 27 juin 1995, pourvoi n° 92-19212 : *Bull. civ.*, I, n° 287 ; D., 1995, p. 621, note S. PIEDELIÈVRE ; *JCP E*, 1995, II, 652, note D. LEGEAIS ; *Defrénois*, 1995, p. 1416, obs. D. MAZEAUD ; *RTD. civ.*, 1996, p. 385, obs. J. MESTRE. *Adde* E. SCHOLASTIQUE, « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », *Defrénois*, 1996, p. 689. La Première chambre civile décida ainsi que : « la présentation d'une offre préalable conforme aux exigences de l'article 5 de la loi du 13 juillet 1979 ne dispense pas l'établissement de crédit de son devoir de conseil à l'égard de l'emprunteur, en particulier lorsqu'il apparaît à ce professionnel que les charges du prêt sont excessives par rapport à la modicité des ressources du consommateur ».

fond ont pu statuer comme ils ont fait »[1215]. Selon elle, seule l'asymétrie d'informations pouvait donc être sanctionnée.

Une série d'arrêts de la Première chambre civile du 12 juillet 2005 permit toutefois de trouver un juste équilibre entre les positions des deux chambres. Deux arrêts visaient la qualité d'« emprunteurs avertis » des demandeurs pour rejeter leur action en responsabilité[1216]. Ceux-ci se virent appliquer le régime mis au point par la Chambre commerciale, puisqu'il fut relevé que l'emprunteur ne prétendait pas que sa banque « aurait eu sur sa situation financière des renseignements que lui-même aurait ignorés »[1217]. Un troisième arrêt posa une distinction nette, puisqu'il qualifia les demandeurs d'« emprunteurs profanes » et rejeta l'argumentation de la banque, précisément basée sur l'absence d'asymétrie d'informations[1218]. L'établissement fut condamné, suivant en cela la jurisprudence antérieure de cette chambre, pour avoir accordé un crédit excessif au regard des facultés de l'emprunteur. La Chambre commerciale répondit, moins d'un an plus tard, par sa propre série d'arrêts[1219]. Sans viser expressément la lettre de la distinction entre emprunteur profane et emprunteur averti, elle en reprit l'esprit, en ne faisant bénéficier les parties présentant des garanties de compétence que de la protection atténuée en cas d'asymétrie d'information, tout en protégeant les autres en cas de crédit excessif[1220].

La réunion d'une Chambre mixte permit, enfin, de parachever le rapprochement[1221]. Les deux arrêts rendus consacrèrent clairement la distinction entre emprunteur averti et non averti, et précisèrent la méthodologie à adopter par

---

[1215] Cass. com., 26 mars 2002, pourvoi n° 99-13810 : *Bull. civ.*, IV, n° 57, *JCP E*, 2002, p. 852, note A. GOURIO.

[1216] Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, pourvois n° 02-13155 et 03-10770 : *Bull. civ.*, I, n° 324 et 325 ; *Banque et Droit*, nov.-déc. 2005, p. 81, obs. T. BONNEAU ; *D.*, 2005, A.J., 2276, obs. X. DELPECH ; *JCP E*, 2005, 1359, note D. LEGEAIS ; *JCP G*, 2005, II, 10140, note A. GOURIO ; *RDBF.*, nov.-déc. 2005, n° 203, note F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD ; *RTD. com.*, 2005, p. 820, obs. D. LEGEAIS.

[1217] Arrêt précité, pourvoi n° 03-10770.

[1218] Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, pourvoi n° 03-10921 : *Bull. civ.*, I, n° 327. V. les notes citées pour les autres arrêts du même jour.

[1219] Cass. com., 3 mai 2006, pourvois n° 04-15517, 02-11211 et 04-19315 : *Bull. civ.*, IV, n° 101, 102 et 103 ; *Banque et Droit*, sept.-oct. 2006, p. 49, obs. T. BONNEAU ; *D.*, 2006, A.J., 1445, obs. X. DELPECH ; *JCP E*, 2006, 1890, obs. D. LEGEAIS ; *JCP G*, 2006, II, 10122, note A. GOURIO.

[1220] L'arrêt précité, pourvoi n° 04-19315, est particulièrement intéressant à cet égard : dans la même affaire, un couple ayant l'expérience des affaires vit ses demandes rejetées car il ne démontrait pas, suivant une formule désormais classique, que leur crédit-bailleresse « ait eu, sur leur situation et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération entreprise par la SCI, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées » ; en revanche, leur fille, « eu égard à son âge lors de l'engagement litigieux, à sa situation d'étudiante et à la modicité de son patrimoine », méritait que le créancier vérifie que son engagement n'était pas « hors de proportion avec ses facultés financières », et qu'il la mette en garde le cas échéant.

[1221] Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (2 arrêts), pourvois n° 05-21104 et 06-11673 : *Bull. ch. mixte*, n° 7 et 8 ; *JCP G*, 2007, II, 10146, note A. GOURIO ; *JCP E*, 2007, 2105, note D. LEGEAIS ; *RDBF*, sept.-oct. 2007, n° 174, obs. F-J. CRÉDOT et T. SAMIN. Pour une vue d'ensemble de la responsabilité du banquier dispensateur de crédit après ces arrêts, V. not. F. BOUCARD, « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution : présentation didactique », *RDBF*, sept.-oct. 2007, n° 17, et le dossier spécial à la *RDBF* de nov.-déc. 2007 : H. CAUSSE et D. TRICOT, « Le devoir de mise en garde du banquier », au n° 25 ; J. STOUFFLET, « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », n° 26 ; M. MEKKI, « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », n° 27 ; R. ROUTIER, « Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti », n° 28. V. encore, plus récemment : C. BOISMAIN, « L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *JCP G,* 2010, p. 550 ; V. LEGRAND, « Banques et endettement : les résolutions pour 2010 », *JCP G*, 2010, p. 298.

les juges du fond : vérifier si l'emprunteur est non averti ; si la réponse est positive, s'assurer que la banque a rempli son devoir de mise en garde[1222]. Encore faut-il, pour qu'il y ait mise en garde, qu'il y ait un danger quelconque, apprécié – n'était-ce pas l'évidence même ? – au jour de la conclusion du contrat : les emprunteurs auraient tort de voir dans les nouvelles règles posées par la Cour de cassation une porte de sortie magique qui leur serait ouverte en toute circonstance[1223]. Par ailleurs, il appartient à l'emprunteur de fournir aux juges les éléments nécessaires pour évaluer le risque de crédit inopportun[1224]. Enfin, il est clair à présent qu'il n'est pas attendu du banquier qu'il refuse de conclure le contrat si l'emprunteur persiste, après la mise en garde dont il a bénéficié[1225].

454. Mise en garde du garant – Ce courant jurisprudentiel protecteur de l'emprunteur nous intéresse évidemment, dans la mesure où les solutions décrites sont susceptibles d'être étendues au bénéfice du garant. Ainsi un arrêt de la Chambre commerciale datant de 1998 a-t-il approuvé les juges du fond d'avoir débouté une société de crédit-bail de son action dirigée contre une caution personne physique[1226]. Les juges du fond avaient retenu « […] que l'opération cautionnée n'était économiquement pas viable, la société étant dès l'origine en état de cessation des paiements »[1227]. La caution était pourtant un cogérant et coassocié de la société garantie, ce dont le demandeur à la cassation déduisait « une parfaite connaissance de la situation de l'entreprise au moment où elle s'en porte caution ». L'argument ne porta pas, et les juges relevèrent au contraire que la crédit-bailleresse était « une société spécialisée et disposait de tous les paramètres d'appréciation nécessaires à l'évaluation de l'opération financée tandis que MM. Y... n'étaient des professionnels ni de la finance, ni de l'hôtellerie ».

[1222] V. cep. Cass. com., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-15253, inédit : *JCP E*, 2009, 1700, note D. LEGEAIS ; Cass. 1ère civ., 18 févr. 2009, pourvoi n° 08-13601, en attente de publication : *JCP G*, 2009, 509, obs. L. DUMOULIN. Dans ces deux affaires, les juges du fond avaient retenu que le crédit octroyé n'avait pas été excessif. Dès lors, peu importait qu'ils n'aient pas précisé qu'ils considéraient l'emprunteur comme non averti. La solution est de bon sens : il n'est pas dommageable que l'exigence de qualification de l'emprunteur n'ait pas été suivie, puisque sa seule conséquence est de faire varier l'ampleur de la protection accordée, et que la protection la plus large avait été mise en œuvre.

[1223] Ainsi un arrêt récent a-t-il dû rappeler à des emprunteurs dont les revenus étaient, à l'origine, tout à fait suffisants au regard de leur emprunt – la situation s'étant dégradée ultérieurement en raison d'un licenciement et d'un divorce – que, faute de risque, il ne pouvait être exigé de mise en garde de la part de la banque (Cass. com., 7 juill. 2009, pourvoi n° 08-13536, en attente de publication au Bulletin : *D.*, 2009, p. 2318, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE).

[1224] Cass. 1re civ., 18 févr. 2009, pourvoi n° 08-11221 : *Bull. civ.*, I, n° 36 ; *JCP E*, 2009, 1364, note S. PIEDELIÈVRE ; *D.*, 2009, p. 1179, note J. LASSERRE-CAPDEVILLE ; Cass. 1re civ., 14 janv. 2010, pourvoi n° 08-18033, inédit : *JCP G*, 2010, 364, note A. GOURIO. V. toutefois Cass. 1re civ., 19 nov. 2009, pourvoi n° 07-21382, en attente de publication : *JCP G*, 2009, 509, obs. L. DUMOULIN. L'arrêt semble ne pas se satisfaire du constat, dressé par la cour d'appel, selon lequel l'emprunteur ne justifiait pas de ses revenus et charges.

[1225] C. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 300.

[1226] Cass. com., 23 juin 1998, pourvoi n° 95-16117 : *Bull. civ.*, IV, n° 208 ; *JCP E*, 1998, p. 1831, note D. LEGEAIS ; *RTD. civ.*, 1999, p. 87, obs. J. MESTRE. *Adde* D. LEGEAIS, « La caution dirigeante peut-elle se prévaloir d'un dol commis par l'établissement de crédit dans l'octroi d'un prêt ? », *RD. banc. et bourse*, nov.-déc. 1998, n° 78, p. 193.

[1227] En effet, il est relevé que « l'investissement immobilier nécessaire à la réalisation de l'hôtel, soit plus de 21 500 000 francs, a été financé intégralement au moyen du crédit-bail litigieux, dont les charges de remboursement représentaient 43 % du chiffre d'affaires HT pour les années d'exploitation 1989 et 1990 et qu'en l'absence d'apport par MM. Y... de fonds propres suffisants, le versement des loyers dus à la société Généfim générait nécessairement un déficit chronique très important ».

455. Critères utilisés – De cette position, réaffirmée depuis[1228], il faut déduire que le garant a vocation à profiter des mêmes protections que l'emprunteur dont il vient conforter la dette. Pour qu'il mérite d'être mis en garde en cas de crédit inopportun ou dépassant les capacités de remboursement du débiteur principal[1229], il doit être un garant non averti[1230]. Dans l'arrêt qui vient d'être cité, le créancier estimait que la protection devait être refusée au motif qu'il s'agissait d'une caution intégrée à l'opération principale. Ce n'était pourtant pas la question, et il faut bien distinguer.

Lorsqu'on se demande si le créancier doit avertir le garant de l'état des finances du débiteur, d'ores et déjà désastreux au moment où le contrat est conclu, la question est celle-ci : le garant est-il au courant, ou tout du moins devrait-il l'être s'il était normalement vigilant ? Ici, la notion de garant intégré à l'opération principale ou proche du débiteur est fondamentale.

En revanche, lorsque les finances du débiteur principal, au moment de la conclusion du contrat, sont satisfaisantes mais qu'elles risquent de se dégrader rapidement dans le futur, car le crédit contracté est trop lourd pour lui, ou parce que l'opération est intrinsèquement vouée à l'échec, la question devient : le garant dispose-t-il des compétences nécessaires pour le comprendre, pour réaliser une sorte d'étude prospective ? Ce que l'on demande à la banque, en quelque sorte, c'est de ne pas profiter d'une asymétrie de compétence entre elle et son client ou entre elle et le garant. Lorsque le client est compétent, seule reste la question de l'asymétrie d'information. À propos de la situation des finances du débiteur au jour même de la conclusion, la question de la compétence n'a plus lieu d'être – nul besoin d'être un spécialiste pour comprendre qu'il vaut mieux ne pas garantir un débiteur d'ores et déjà insolvable – mais reste, là aussi, l'hypothèse d'une éventuelle asymétrie d'information.

Tant la Chambre commerciale que la Première chambre civile de la Cour de cassation refusent de définir les notions d'emprunteur – ou de garant – averti ou non averti, lesquelles revêtent pourtant une importance considérable, mais elles exercent tout de même un contrôle de la motivation utilisée par les juges du fond, vérifiant qu'elle est suffisamment détaillée et cohérente[1231]. Cela a permis à la Haute juridiction de poser, par exemple, que « la présence au côté de l'emprunteur d'une personne avertie, peu important qu'elle soit tiers ou partie », ne dispense pas la

---

[1228] V. par ex. Cass. com., 3 mai 2000, pourvoi n° 97-15914, inédit : *Dr. et Patr.*, 2001, n° 94, p. 92, obs. B. SAINT-ALARY ; Cass. com., 12 janv. 2010, pourvoi n° 08-21278, inédit.

[1229] Il n'est pas question, ici, de comparer le montant garanti au patrimoine *du garant*. Cette question, distincte, sera examinée *infra*, n° 501 s. Il faut se demander, pour l'heure, si le garant a eu connaissance et conscience des facteurs qui affecteront le risque couvert. Savoir si son patrimoine le rend apte à verser la prestation promise sans rencontrer de graves difficultés est un autre problème.

[1230] On utilisera plus volontiers l'expression de « garant non averti » que celle de « garant profane » qui désigne, dans cette étude, toute personne qui n'a pas pour profession de se porter garant.

[1231] D. LEGEAIS, note ss. Cass. com., 3 févr. 2009, *JCP E*, 2009, 1305 : « Trois solutions étaient concevables. La Cour pouvait considérer que ce point relevait de l'appréciation souveraine des juges du fond. Elle pouvait aussi exercer un contrôle lourd ce qui l'aurait conduit à définir la caution avertie et à dégager des critères précis de qualification. La Cour de cassation a choisi la voie du contrôle "léger" de motivation. Les juges du fond sont libres de leur appréciation à la condition de justifier précisément la qualification consacrée ». Dans cette affaire, la Cour de cassation devait se prononcer sur les motifs par lesquels une caution était considérée comme avertie. Il s'agissait d'un problème de proportionnalité entre l'engagement et le patrimoine de la caution, question distincte de celle du crédit excessif de l'emprunteur principal et qui sera étudiée ultérieurement (V. *infra,* n° 501 s.), mais dans laquelle la même *summa divisio* entre garant averti et non averti est utilisée.

banque de son devoir de mise en garde lorsque l'emprunteur lui-même est non averti[1232]. Le choix du contrôle léger peut être compris, en ce qu'il concilie souplesse et cohérence de la jurisprudence au niveau national ; néanmoins, il est celui qui risque de susciter le plus de contentieux[1233] : reconnaître un pouvoir souverain des juges du fond rendrait les pourvois inutiles, tandis que poser une définition permettrait de considérer par avance certains recours comme voués à l'échec. Les premiers plaideurs risquent d'essuyer les plâtres, jusqu'à ce que juges du fond et justiciables aient fini par se construire, au fil des arrêts, une image suffisamment fiable de ce qu'est un raisonnement solide que la Haute juridiction ne pourra qu'approuver.

456. Sanction des manquements – Le garant qui n'a pas été averti du caractère excessif ou inopportun de l'emprunt souscrit par le débiteur principal peut-il réclamer l'annulation du contrat de sûreté, de la même manière que celui auquel on a caché la situation irrémédiablement compromise des finances du débiteur principal ? Cela n'est pas certain. Dans le deuxième cas, le garant, en raison du silence du créancier, s'est fait une fausse représentation d'un élément factuel, la santé financière du débiteur. Dans le premier cas, il disposait bel et bien de données correctes sur l'opération principale, mais il n'était pas à même, par manque de compétence, d'en tirer une étude prospective qui l'eût dissuadé de s'engager. La banque ne l'a pas trompé sur la substance même du contrat qu'il passait, mais elle a manqué à son rôle de prestataires de services, soumis à une certaine éthique des affaires, qui l'oblige à rétablir, dans une certaine mesure, le déficit de connaissances techniques dont souffrent parfois ses clients et leurs garants.

Aussi la condamnation à des dommages et intérêts apparaît-elle comme une mesure plus adaptée. Certains juges du fond pourraient imaginer, cependant, qu'il suffit de condamner l'établissement de crédit à verser la même somme que celle que le garant lui devait pour aboutir, par compensation, à un succédané de nullité. Une telle démarche a été récemment condamnée par la Cour de cassation, qui décide que « le préjudice né du manquement par un établissement de crédit à son obligation de mise en garde s'analyse en la perte d'une chance de ne pas contracter »[1234]. Le juge devra alors rechercher – exercice délicat – quelle était la probabilité que, bénéficiant d'une telle mise en garde, le garant renonce à son engagement. Il affectera alors le préjudice subi d'un coefficient équivalent, pour connaître le montant des dommages et intérêts dont il devra ordonner le versement[1235]. Mais si les circonstances de l'espèce sont telles que cette probabilité atteint ou est proche de 100 %, le préjudice devra être entièrement réparé.

[1232] Cass. 1re civ., 30 avr. 2009, pourvoi n° 07-18334 : *Bull. civ.*, I, n° 85 ; *JCP E*, 2009, 1583, note D. LEGEAIS.

[1233] En ce sens, D. LEGEAIS, note ss. Cass. com., 3 févr. 2009, précitée, p. 11.

[1234] Cass. com., 20 oct. 2009, pourvoi n° 08-20274, en attente de publication : *JCP E*, 2009, 2053, note D. LEGEAIS ; *JCP G*, 2009, 422, note L. DUMOULIN ; *JCP G*, 2009, 482, obs. S. PIEDELIÈVRE. Mme FABRE-MAGNAN, dans sa thèse précitée, critiquait avec vigueur l'utilisation de la notion de perte de chance dans la sanction du manquement à une obligation d'information : « En règle générale, le juge ne doit pas pouvoir se réfugier derrière toutes ces incertitudes en modulant la réparation à l'aide de la notion de perte d'une chance : il doit trancher le litige en fonction de la plus grande vraisemblance » (n° 606).

[1235] V. *supra*, n° 149.

Les exigences tenant à la qualité du consentement des garants profanes sont donc nombreuses et complexes, au moins quand le bénéficiaire est un établissement de crédit. Voyons s'il doit en aller de même s'agissant du consentement des garants professionnels.

B. Garants professionnels

457. Plan – La qualité de professionnel de la garantie appelle, *de lege lata*, certaines solutions qui vont dans le sens d'une plus grande solidité du contrat de garantie (1). Mais cette tendance pourrait être accentuée, *de lege ferenda* (2).

1. De lege lata *: le statut de garant averti*

458. Compétence des garants professionnels – Les professionnels de la garantie disposent, ou devraient disposer d'un personnel formé à apprécier l'adéquation d'une offre de crédit aux facultés d'un candidat à l'emprunt, ainsi que la qualité intrinsèque du projet financé. Ils doivent donc être qualifiés sans hésitation de garants avertis : il n'y a pas de raison que le créancier leur dispense une prestation de conseil, ou réalise pour eux des études prospectives qu'ils ont la capacité de mener eux-mêmes à bien. Il n'y a pas d'asymétrie de compétence entre le bénéficiaire de la garantie et le garant. Cela élimine, pour le créancier, certains risques d'actions précédemment décrits, menant à la nullité du contrat de sûreté, ou à la diminution de la prestation reçue par compensation avec des dommages-intérêts dus aux garants.

459. Problème de l'information – En revanche, subsiste toujours la possibilité d'une asymétrie d'information entre le bénéficiaire et le garant. Que ce dernier soit rompu aux problématiques de financement ne changera rien au fait qu'il peut ignorer la situation de quasi-insolvabilité *ab initio* du débiteur.

Si l'on se soucie d'augmenter encore la sécurité procurée par les garanties professionnelles, il est possible de remédier à ce problème en s'inspirant du droit des assurances.

2. De lege ferenda *: le système de l'information provoquée*

460. Système dit « du questionnaire » – Avant que n'intervienne une loi du 31 décembre 1989[1236], l'article L. 113-2, 2° du Code des assurances disposait que l'assuré doit « déclarer exactement lors de la conclusion du contrat toutes les circonstances connues de lui qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend à sa charge ». Mais, depuis la réforme, un nouveau procédé a été adopté, qui rompt nettement avec le droit commun : l'assuré doit seulement, d'après la nouvelle rédaction du texte, « répondre exactement aux questions posées par l'assureur, notamment dans le formulaire de déclaration du risque par lequel l'assureur l'interroge lors de la conclusion du contrat, sur les circonstances qui sont de nature à faire apprécier par l'assureur les risques qu'il prend en charge ». Ce

[1236] Loi n° 89-1014 du 31 décembre 1989 portant adaptation du code des assurances à l'ouverture du marché européen.

régime est habituellement désigné comme le « système du questionnaire », quand bien même les questions de l'assureur peuvent être présentées sur différents supports, par fax, verbalement, etc.[1237]. L'assureur peut également choisir de ne pas poser de question[1238].

461. Caractère suffisant des réponses aux questions – L'article L. 113-2, 2° du Code des assurances est interprété par la Cour de cassation d'une manière très favorable au garant : il lui suffit de répondre correctement à toutes les questions posées, mais uniquement à celles-ci, pour éviter tout risque de nullité. Ainsi un homme avait-il adhéré, au soutien d'un emprunt contracté auprès d'une banque, à une assurance collective couvrant les risques de décès, d'invalidité permanente et totale, de maladie et d'accident. Il avait omis de déclarer un handicap dont les juges du fond estimaient que, s'il avait été connu, il aurait remis en question la conclusion du contrat : pour cette raison, ils refusèrent à l'assuré le bénéfice de la garantie. La Cour de cassation censura leur décision, affirmant qu'ils auraient dû constater « que l'assureur avait posé une question qui aurait dû conduire M. X. à lui déclarer son handicap »[1239]. De plus, les questions posées s'interprètent strictement[1240]. Le droit commun de la réticence dolosive est donc nettement écarté, au profit d'un droit spécial[1241].

462. Transposition au contrat de garantie – Ce système dit de « l'information provoquée »[1242] n'est actuellement pas utilisé en matière de garantie du crédit, pas même dans le cadre de l'assurance-crédit : en vertu de l'article L. 111-1 du Code des assurances, les trois premiers titres du livre premier dudit Code ne lui sont pas applicables – ce qui comprend les dispositions relatives à la déclaration du risque[1243]. *De lege ferenda*, il pourrait être intéressant d'en faire une composante d'un statut du garant professionnel. Cela aurait deux avantages : pour le bénéficiaire, qui s'assure ainsi que le contrat de garantie ne pourra être annulé pour dol ou pour erreur s'il a répondu correctement aux questions posées ; pour le garant professionnel, qui pourra confier à ses actuaires des données précises de manière à calculer au mieux la prime réclamée en contrepartie de sa couverture.

463. Problème du secret bancaire – N'y a-t-il pas, toutefois, un obstacle à la mise en place d'un tel système ? Lorsque le bénéficiaire de la garantie dispose d'informations privilégiées sur la solvabilité du débiteur, c'est presque toujours qu'il s'agit d'un établissement de crédit. Le secret bancaire ne s'oppose-t-il pas à ce que

---

[1237] J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », *in Lamy assurances*, 2009, n° 276 ; J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 946.
[1238] J. BIGOT, *ibid.*, n° 945.
[1239] Cass. 2e civ., 9 avr. 2009, pourvoi n° 08-14624, inédit : *D.*, 2009, p. 2406, note D. NOGUÉRO. Cette solution avait déjà été adoptée dans l'application du droit antérieur à 1989, lorsqu'un questionnaire avait été soumis à l'assuré. V. par ex. Cass. 1re civ., 17 mars 1993, pourvoi n° 91-10041, inédit. Elle a été régulièrement réaffirmée depuis : V. par ex. Cass. 2e civ., 15 févr. 2007, pourvoi n° 05-20865 : *Bull. civ.*, II, n° 36 ; *D.*, 2007, jur., p. 1635, note D. NOGUÉRO ; *RGDA*, 2007, p. 327, note S. ABRAVANEL-JOLLY.
[1240] J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », art. préc., n° 286.
[1241] D. NOGUÉRO, note ss. Cass., 2e civ., 9 avr. 2009, précitée.
[1242] *Ibid.*
[1243] Précisons que par exception, les articles L. 111-6, L. 112-2, L. 112-4 et L. 112-7 du Code des assurances ont été déclarés applicables à l'assurance-crédit : J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 307.

des données précises sur le débiteur – par exemple le solde de ses comptes courants, ou l'existence et le montant d'autres emprunts – soient communiqués à des tiers ? L'obstacle aurait pu être facilement contourné, puisqu'il a été jugé que : « le secret professionnel du banquier est de simple protection de son client et que celui-ci peut y renoncer »[1244]. Mais aucun problème ne se pose plus depuis que la loi du 4 août 2008[1245] a modifié la disposition du Code monétaire et financier relative au secret bancaire : l'article L. 511-33. Après avoir énoncé le principe du secret, ce texte prévoit que les établissements de crédit peuvent communiquer les informations habituellement protégées, notamment, « aux personnes avec lesquelles ils négocient, concluent ou exécutent les opérations ci-après énoncées, dès lors que ces informations sont nécessaires à celles-ci : […] 2° Opérations sur instruments financiers, de garanties ou d'assurance destinées à la couverture d'un risque de crédit ».

Il semble donc que le système de l'information provoquée puisse facilement être mis en place lorsque le garant est un professionnel. Un questionnaire serait envoyé au bénéficiaire, qui n'aurait qu'à le remplir précisément et de bonne foi pour être protégé de tout risque de nullité pour erreur ou dol[1246].

Il n'y aurait pas nécessairement à envisager, comme c'est le cas dans de nombreux domaines de l'assurance, une nouvelle déclaration, en cours de contrat, en cas de modification des éléments influant sur le risque[1247]. La dégradation de la solvabilité du débiteur principal n'influe pas sur le risque, elle est le risque couvert et ne saurait motiver une modification de la prime pendant la vie de la garantie. En revanche, si la garantie est prolongée ou renouvelée, la question de l'évaluation du risque se posera à nouveau.

II. Capacité et pouvoir

464. Capacité – La capacité est la deuxième condition de validité des garanties indemnitaires qu'il faut étudier, selon l'ordre adopté par l'article 1108 du Code civil[1248]. S'agissant de contrats à titre onéreux[1249], il n'y a pas à rechercher bien longtemps quelle est la capacité exigée : il s'agit de la capacité normale de contracter[1250]. C'est le régime classique des incapacités qui s'applique[1251].

Une disposition dérogatoire au droit commun retient toutefois l'attention. Il s'agit de l'article 509 du Code civil, dans sa rédaction issue d'une loi du 5 mars

[1244] Cass. com., 11 avr. 1995, pourvoi n° 92-20985 : *Bull. civ.*, IV, n° 121 ; *RD. banc. et bourse*, 1995, p. 145, obs. F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD.
[1245] Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, art. 154.
[1246] La bonne foi est, comme chacun sait, présumée en droit français. L'assureur qui voudrait démontrer la mauvaise foi de l'assuré doit produire des éléments de preuve pertinents, qui seront souverainement appréciés par les juges du fond. La nullité pourra alors être prononcée sur le fondement de l'article L. 113-8 C. assur. (J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 955).
[1247] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 975 s.
[1248] On peut d'ailleurs se demander pourquoi la capacité n'est pas mentionnée avant le consentement : il ne sert à rien d'étudier le caractère réel et éclairé du consentement si la personne qui l'émet n'est pas apte, à l'état latent, à passer le contrat projeté.
[1249] Sur le caractère onéreux, V. *supra*, n° 423.
[1250] L'article 2295 du Code civil, relatif aux cautions légales et judiciaires, est en ce sens, qui dispose : « Le débiteur obligé à fournir une caution doit en présenter une qui ait la capacité de contracter [...] ».
[1251] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 98.

2007[1252], qui dispose : « Le tuteur ne peut, même avec une autorisation : 1° Accomplir des actes qui emportent une aliénation gratuite des biens ou des droits de la personne protégée […] tels que […] une sûreté pour garantir la dette d'un tiers [...] ». Les mineurs et majeurs sous tutelle sont donc frappés d'une véritable incapacité de jouissance de conclure un tel contrat[1253]. Une question se pose malgré tout : si les garanties par couverture sont à l'évidence concernées par ce texte, en va-t-il de même pour les garanties comportementales ? Sur le plan des principes, cela a été souligné, ne pas les considérer comme des sûretés reviendrait à adopter une vision bien étroite de ce concept[1254]. Surtout, l'article 2287-1 du Code civil accueille expressément comme une « sûreté personnelle » la lettre d'intention, institution dont la définition est tout à fait conforme à celles des garanties comportementales. L'article 509 du Code civil doit donc être considéré comme concernant toutes les garanties indemnitaires.

Les autres questions relatives au droit des incapacités ne présentant aucune difficulté supplémentaire, dans leur application aux garanties indemnitaires, par rapport à leur application au cautionnement[1255], elles ne seront pas développées.

465. Plan – En revanche,la question du pouvoir de contracter est traditionnellement associée à celle de la capacité. Deux domaines méritent alors une attention particulière : le droit des communautés matrimoniales (A) et le droit des sociétés (B).

A. Pouvoir et régimes matrimoniaux

466. L'article 1415 du Code civil – Ici encore, au sein des problèmes classiquement suscités par la confrontation du droit des régimes matrimoniaux et du cautionnement[1256], une attention particulière doit être accordée à ceux qui sont susceptibles de recevoir une réponse originale, appliqués aux garanties indemnitaires. Le principal d'entre eux est celui du champ d'application de l'article 1415 du Code civil[1257].

Ce texte, issu d'une loi de 1985[1258], 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 ». Le consentement du conjoint de l'époux garant n'est donc pas une condition de validité de l'acte : s'il est

[1252] Loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs, art. 18.
[1253] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *loc. cit.*
[1254] V. *supra*, n° 279.
[1255] Pour un exposé exhaustif de ces difficultés, V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 149 s.
[1256] Sur lesquels V. *Ibid.*, n° 159 s.
[1257] Les difficultés suscitées par ce texte ne se limitent pas à son champ d'application. V. not. S. BECQUÉ-ICKOWICZ, « Couple et cautionnement », *Dr. et Patr.*, juill.-août 2008, p. 60, spéc. p. 62 s. ; R. CABRILLAC, « L'emprunt ou le cautionnement dans le passif de la communauté légale », *Dr. et Patr.*, mai 2003, p. 72 ; Y. FLOUR, « Le cautionnement et le patrimoine des couples », *Dr. et Patr.*, avr. 2001, p. 80 ; S. ROBINNE, « Article 1415 du Code civil. Comment sortir du contentieux ? », *in Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 963.
[1258] Loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 relative à l'égalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs, art. 11.

manquant, la conséquence est la limitation du gage du créancier aux biens propres et aux revenus de la caution[1259]. L'autonomie des époux a été préservée.

La doctrine souligne que ce texte a entraîné un effet pervers. Le créancier, sans doute poussé par le remords d'avoir fait se déplacer le conjoint du garant pour si peu, préférera parfois lui faire souscrire... un véritable engagement de caution solidaire[1260]. Alors qu'un cautionnement par l'un des époux, autorisé par son conjoint, épargnerait les biens propres et les revenus du second, la combinaison des deux cautionnements engage la totalité du patrimoine du couple. S'il était avéré que le texte produit des effets contraires à ceux attendus, la question de son maintien devrait être posée. Mais un auteur estime que le contentieux suscité par l'article 1415 du Code civil est bien la preuve que les créanciers ne font pas toujours souscrire un double cautionnement[1261].

467. Un champ d'application incertain – Le principal problème soulevé par cette disposition au regard de notre objet d'étude est celui de son champ d'application. Le texte ne vise en effet que le seul cautionnement. Contrairement à nombre d'autres dispositions protectrices des cautions, il ne peut être considéré comme une simple application d'un principe de droit commun des contrats, tel que la bonne foi, ce qui rend les raisonnements par analogie plus périlleux : il sera nécessaire de spéculer sur la ratio legis[1262].

468. Position de la jurisprudence – La Cour de cassation n'a pourtant pas hésité à appliquer ce texte tant à l'aval qu'à la garantie autonome[1263]. S'agissant de cette dernière, la Cour expose le détail de son raisonnement : l'article 1415 « est applicable à la garantie à première demande qui, comme le cautionnement, est une sûreté personnelle, laquelle consiste en un engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme déterminée, et est donc de nature à appauvrir le patrimoine de la communauté »[1264].

[1259] L'effet est particulièrement radical lorsque le couple a opté pour un régime de communauté universelle. V. par ex. Cass. 1re civ., 3 mai 2000, pourvoi n° 97-21592 : *Bull. civ.*, I, n° 125 ; Cass. 1re civ., 28 janv. 2003, pourvoi n° 01-01807, inédit : *RJDA*, août-sept. 2003, n° 880.

[1260] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 99 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 165. Un problème d'interprétation peut d'ailleurs se poser, si le conjoint signe l'acte de cautionnement sans préciser s'il entend seulement autoriser la garantie souscrite par son époux, ou se porter lui-même caution (R. CABRILLAC, « L'emprunt ou le cautionnement dans le passif de la communauté légale », art. préc., p. 74). Le cautionnement ne se présumant point, dans le doute, c'est la première solution qui devrait être retenue.

[1261] P. SIMLER, *loc. cit.* Il faut toutefois se méfier de l'effet déformant d'un examen du contentieux. Par hypothèse, les cas dans lesquels les créanciers ont fait souscrire un double cautionnement, plutôt que de demander une simple autorisation du conjoint, ne peuvent être dénombrés : soit parce que la garantie n'a pas été appelée, soit parce qu'elle a été appelée mais n'a pas suscité de contentieux, soit parce qu'elle a suscité un contentieux, qui sera alors apparu comme un contentieux de cautionnement classique, sans lien avec la problématique de l'article 1415 du Code civil. L'argument doit donc être considéré avec une grande prudence. Toutefois, la méthodologie exposée par le directeur des affaires juridiques d'une grande banque, et les formulaires modèles joints, vont également dans le sens d'un recours au seul consentement du conjoint au cautionnement plutôt qu'au double cautionnement, lorsque le risque de crédit est modéré : B. SAINT-ALARY, « Régimes matrimoniaux et gestion du recueil du consentement du conjoint », *Dr. et Patr.*, avr. 2001, p. 84.

[1262] V. *supra*, n° 192 s.

[1263] V. *supra*, n° 180.

[1264] Cass. 1re civ., 20 juin 2006, pourvoi n° 04-11037 : *Bull. civ.*, I, n° 313 ; *JCP G*, 2006, I, 195, n° 9, obs. P. SIMLER ; *JCP G*, 2006, II, 10141, note S. PIEDELIÈVRE ; *JCP N*, 2006, 1310, 3e espèce, note

Pour la Haute juridiction, l'argument décisif est donc la nature de « sûreté personnelle » de la garantie autonome. Dès lors, la nécessité d'appliquer l'article 1415 à toutes les garanties indemnitaires ne devrait faire aucun doute[1265]. Mais la définition de la sûreté personnelle ici proposée retient l'attention : elle serait un engagement de « verser une somme déterminée ». L'expression laisse perplexe : s'il s'agit d'une somme déterminée à l'avance, abstraitement, cela correspond certes à une garantie autonome, mais pas à un cautionnement. S'il s'agit d'un engagement de payer, y compris lorsqu'il est déterminé par référence à ce que devait le débiteur principal, cela recouvre certes la majorité des cautionnements, mais pas ceux par lesquels le garant s'engage à se substituer au débiteur principal dans l'exécution d'une obligation de faire[1266]. Si l'on tente de raisonner en usant des concepts mis en évidence au cours de cette étude, c'est-à-dire en termes d'obligation de couverture ou de garantie comportementale, la définition de la Cour soulève à nouveau plus de problèmes qu'elle n'en résout[1267].

469. Réflexions doctrinales – Tournons-nous alors vers la doctrine. Examinant le cas des lettres d'intention, M. Simler rappelle que l'article 1415 du Code civil est une exception à l'article 1413 du Code civil[1268], et doit à ce titre être interprété strictement[1269]. Mais l'auteur estime tout de même qu'une application analogique doit être approuvée, eu égard à la rigueur de certaines lettres d'intention, équivalente voire supérieure à celle du cautionnement[1270]. Toutefois, cette analyse n'use pas de la distinction entre garanties comportementales et garanties par couverture d'un risque. Si ces dernières sont effectivement à rapprocher du cautionnement – plus précisément, le cautionnement, dans notre analyse, est l'une d'entre elles – et doivent donc se voir appliquer l'article 1415 par analogie, la réponse est moins assurée en ce qui concerne les garanties comportementales. Il s'agit d'une catégorie bien distincte. Promettre un simple comportement personnel semble au premier abord moins contraignant que d'assumer le risque créé par le comportement d'un tiers. Le raisonnement *a fortiori* semble exclu, et même le

V. BRÉMOND ; *D.*, 2006, act., p. 1815, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RDBF*, juill.-août 2006, n° 133, obs. D. LEGEAIS ; *RTD. civ.*, 2006, p. 592, obs. P. CROCQ ; *Dr. famille*, sept. 2006, n° 168, obs. B. BEIGNIER ; *RDC*, avr. 2006, p. 1193, obs. D. HOUTCIEFF.

[1265] On vient en effet de rappeler pourquoi les garanties comportementales devaient, tout autant que les garanties par couverture, être considérées comme des sûretés (V. *supra*, n° 464).

[1266] V. *supra*, n° 244.

[1267] Les garanties comportementales, notamment, ne consistent pas, la plupart du temps, à « verser une somme d'argent ». Tel peut néanmoins être leur *effet* si la promesse de comportement n'est pas tenue et que la responsabilité contractuelle est engagée.

[1268] Art. 1413 C. civ. : « Le paiement des dettes dont chaque époux est tenu, pour quelque cause que ce soit, pendant la communauté, peut toujours être poursuivi sur les biens communs, à moins qu'il n'y ait eu fraude de l'époux débiteur et mauvaise foi du créancier, sauf la récompense due à la communauté s'il y a lieu ».

[1269] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1016. Comp. F. JACOB et N. RONTCHEVSKY, « L'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties », art. préc., p. 200, qui soulignent : l'« extension jurisprudentielle et progressive du domaine de l'article 1415 montre bien que toute règle d'exception n'est pas de droit étroit. Comme l'a souligné M. le doyen Cornu, l'exception est une règle qu'il faut appliquer dans toute la mesure de sa raison d'être "sans se laisser enfermer dans une vue formelle" ». La citation intercalée renvoie à l'ouvrage *Introduction, Les personnes, Les biens*, Montchrestien, 10e éd., 1999, n° 416.

[1270] Dans le même sens, V. M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 813 : « Au regard de son indéniable fonction de garantie et de son caractère dangereux pour les intérêts communs des conjoints, la lettre d'intention devrait être soumise à l'autorisation requise par l'article 1415 du Code civil ».

raisonnement a pari est difficile à mettre en œuvre. Mais, si le comportement promis n'est pas adopté et qu'une action en responsabilité contractuelle est menée contre le garant, les conséquences peuvent être lourdes – surtout si le bénéficiaire a pris soin de stipuler une clause pénale au soutien de cet engagement.

Que faut-il conclure ? Le principe mentionné par M. Simler, selon lequel les exceptions sont d'interprétation stricte, semble commander que la souscription d'une obligation comportementale de faire ou de ne pas faire ne soit pas soumise aux exigences de l'article 1415 du Code civil, tant leur nature diffère de celle du cautionnement visé par le texte, sans qu'un raisonnement *a fortiori* aussi net que celui conduit en matière de garanties autonomes puisse être adopté. Mais cette solution est inopportune, et la Cour de cassation a raison d'appeler de ses vœux, implicitement, l'intégration de cette disposition dans un futur droit commun des sûretés personnelles[1271]. La garantie comportementale a bien pour effet, si ce n'est pour objet, de mettre un deuxième patrimoine au service d'une obligation principale, fût-ce par le truchement d'une obligation comportementale.

B. Pouvoir et droit des sociétés

470. Conformité de la garantie à l'objet social et à l'intérêt social – Ici encore, nous nous concentrerons sur les questions qui posent des difficultés spécifiques de transposition aux garanties indemnitaires. Les conséquences du principe de spécialité des personnes morales, qui veut que leur capacité juridique soit limitée à la réalisation de leur objet social, ne seront donc abordées que brièvement : par définition, ce problème se pose dans les mêmes termes pour toute opération de garantie, et pas uniquement pour le cautionnement[1272].

Certains auteurs estiment que, en principe, les dirigeants de personnes morales ne peuvent valablement accorder la garantie de leur société ou de leur association[1273], mais notent que la conformité à l'objet social est en réalité appréciée avec souplesse : l'opération sera notamment validée s'il existe une communauté d'intérêts entre le garant et le débiteur principal[1274]. D'autres vont plus loin et estiment que « la jurisprudence valide des cautionnements qui n'ont pas de rapports directs avec l'objet social »[1275].

[1271] Il y aurait, selon certains, d'autres améliorations à apporter au texte qu'un simple élargissement de son champ d'application. Il faudrait, d'après un auteur, songer à organiser l'information du conjoint amené à signer l'autorisation, qui est souvent moins renseigné que la caution elle-même, et lui accorder un délai réflexion : S. ROBINNE, « Article 1415 du Code civil. Comment sortir du contentieux ? », art. préc., p. 974 s.

[1272] H. HOVASSE, « Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr. et Patr.*, avr. 2001, p. 76.

[1273] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 93, et les réf. citées.

[1274] Cela est expressément affirmé par Cass. 1re civ., 1er févr. 2000, pourvoi n° 97-17827 : *Bull. civ.*, I, n° 34. Une identité de dirigeants n'est pas suffisante pour caractériser une telle communauté d'intérêts : Cass. com., 14 juin 2000, pourvoi n° 96-15991, inédit : *Bull. Joly Soc.*, 2000, p. 1054, note A. COURET.

[1275] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 138. La solution qui veut qu'un cautionnement approuvé par tous les associés soit considéré comme valable illustre cette tendance à la souplesse : Cass. 3e civ., 1er déc. 1993, pourvoi n° 91-16105, inédit : *Dr. sociétés*, 1994, n° 138, obs. H. LE NABASQUE. Elle trouve toutefois une limite dans la collusion frauduleuse entre la société caution et le bénéficiaire de la garantie, au détriment des créanciers sociaux : Cass. com., 14 déc. 1999, pourvoi n° 97-15554, inédit : *Defrénois*, 2000, p. 505, note H. HOVASSE.

La garantie doit également, c'est une question distincte, être conforme à l'intérêt social[1276].

471. Textes spéciaux – En revanche, l'existence de textes spéciaux pose, une nouvelle fois, de délicats problèmes de champ d'application. Les sociétés à risque limité sont engagées par tous les actes de leurs dirigeants, y compris lorsqu'ils dépassent l'objet social[1277]. Des règles spéciales ont donc été posées pour encadrer leurs possibilités de garantir des tiers. Certaines personnes ne peuvent pas, au sein d'une SARL[1278] ou d'une SA[1279], profiter de certains services de la part de la société, et notamment « faire cautionner ou avaliser par elle leurs engagements envers les tiers ». Le caractère spécial de ces interdictions incite, à nouveau, à faire preuve de prudence dans l'élargissement de leur champ d'application. Il est tentant d'y inclure toutes les figures suffisamment proches du cautionnement, notamment toutes les garanties par couverture d'un risque et, par un raisonnement *a fortiori*, les garanties autonomes. Certains auteurs vont jusqu'à plaider pour une extension de la prohibition « à toutes les sûretés personnelles »[1280]. Une telle solution serait opportune, mais est-elle conforme au texte ? La Cour de cassation semble s'être engagée sur la voie d'une interprétation plus restrictive[1281] et, les mêmes causes produisant les mêmes effets, l'application de ce texte aux engagements d'adopter un simple comportement paraît, *de lege lata*, aussi excessive que ne le serait l'application de l'article 1415 du Code civil[1282]. Ici encore, une réforme allant dans le sens d'un droit commun des sûretés personnelles serait éminemment souhaitable.

472. Garantie des tiers dans la SA – Le problème se pose en des termes différents s'agissant de la procédure par laquelle le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la société anonyme peut être amené à autoriser la garantie des tiers. Les articles L. 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce visent en effet les « cautions, avals et garanties ». La généralité des termes englobe, à l'évidence, toutes les sûretés personnelles en général, et toutes les garanties indemnitaires en particulier[1283], y compris les garanties comportementales.

[1276] G. PIETTE, « Cautionnement et intérêt social. Les implications réciproques », *JCP G*, 2004, I, 142.

[1277] Art. L. 223-18, L. 225-35 et L. 225-56 C. com.. Les textes réservent cependant l'hypothèse dans laquelle le tiers est de mauvaise foi, car il sait que l'objet est dépassé. La seule publication des statuts ne peut suffire à démontrer cette mauvaise foi.

[1278] Art. L. 223-21 C. com., qui concerne les « gérants ou associés autres que les personnes morales », les « représentants légaux des personnes morales associées », ainsi que les « conjoint, ascendants et descendants » des précédents, et toute personne interposée.

[1279] L'art. L. 225-43 C. com. vise les « administrateurs autres que les personnes morales », puis étend l'interdiction « au directeur général, aux directeurs généraux délégués et aux représentants permanents des personnes morales administrateurs », de même qu'aux « conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article ainsi qu'à toute personne interposée » ; l'art. L. 225-91 C. com. s'adresse « aux membres du directoire et aux membres du conseil de surveillance autres que les personnes morales », « aux représentants permanents des personnes morales membres du conseil de surveillance » et « aux conjoint, ascendants et descendants des personnes visées au présent article, ainsi qu'à toute personne interposée ».

[1280] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 158.

[1281] V. ainsi Cass. com., 26 avr. 2000, pourvoi n° 97-10404 : *Bull. civ.*, IV, n° 87 ; *Rev. sociétés*, 2000, p. 531, note P. DELEBECQUE ; *JCP E*, 2000, p. 1234, note Y. GUYON ; *RTD. com.*, 2000, p. 669, obs. J.-P. CHAZAL et Y. REINHARD ; *Bull. Joly Soc.*, 2000, p. 703, note A. COURET.

[1282] V. *supra*, n° 469.

[1283] Sur l'application aux lettres d'intention, V. *supra*, n° 92.

En revanche, les textes excluent de leur champ d'application les « établissements bancaires ou financiers », ce qui est parfaitement logique : délivrer de telles garanties fait partie de leur profession, et il n'y a donc pas besoin, ici, de faire preuve de la prudence qui est de mise ailleurs. Il est important de noter que la Cour de cassation exclut les sociétés d'assurance du bénéfice de cette disposition[1284], ce qui est conforme à la lettre du texte, mais aboutit à une discrimination absurde et qu'il serait bon de modifier. On touche là à une composante du statut de garant professionnel, et il n'y a pas à distinguer selon qu'il est une banque ou un assureur.

473. Opportunité de l'autorisation – Lorsque ce mécanisme d'autorisation avait été mentionné, à l'occasion de l'étude des lettres d'intention, son opportunité avait été soulignée[1285] : en ces temps de crise financière, un peu de transparence ne nuit point, et il est bon que les organes censés constituer des contre-pouvoirs face aux puissants dirigeants sociaux aient connaissance de la politique d'octroi de garanties personnelles. Consentir de telles sûretés est toujours dangereux, tandis que l'avantage immédiat pour le garant n'est pas nécessairement apparent, puisqu'il résulte d'une communauté d'intérêts, parfois subtile, avec le débiteur principal.

Cette formalité fait pourtant l'objet de nombreuses critiques. Il est rappelé que les sûretés réelles ne sont pas concernées par le texte[1286]. Mais le fait de consentir des sûretés pour garantir ses propres engagements n'a pas le caractère inhabituel d'un engagement pour autrui[1287]. Il est avancé, encore, que les dirigeants passent bien d'autres actes dangereux, qui ne sont pas soumis à autorisation[1288], ou que les autres formes sociales ne sont pas concernées[1289]. L'argument peut être facilement renversé : on peut y voir la marque que les procédures de contrôle doivent être étendues, non la preuve qu'il faut supprimer celles, trop rares, qui existent.

Être favorable au principe d'une telle autorisation ne dispense pas de se demander si ses modalités d'octroi, et surtout sa sanction, sont aujourd'hui pertinentes.

474. Forme de l'autorisation – La manière dont les autorisations de donner des cautions, avals ou garanties doivent être données au dirigeant est fixée par décret pris en Conseil d'État : il s'agit de l'article R. 225-28 du Code de commerce pour le conseil d'administration, et de l'article R. 225-53 du même Code pour le conseil de surveillance. À la lecture de ces textes, il apparaît que le pouvoir réglementaire a fait preuve de bon sens : la procédure ne constituera pas un insupportable « poil à

[1284] Cass. com., 24 mars 2004, pourvoi n° 00-13447, inédit : *RDBF*, juill.-août 2004, n° 162, obs. A. CERLES ; *RJDA*, juill. 2004, n° 846 ; *Banque et Droit*, 2004, n° 96, p. 55, obs. N. RONTCHEVSKY. Un auteur a tenté de démontrer que cette solution pouvait être évitée, même en l'état actuel des textes, en considérant que les assureurs tombent sous la qualification d'établissement financier : A. GAUVIN, « L'opposabilité des garanties de crédit octroyées par les assureurs à l'épreuve de la jurisprudence », *D.*, 2005, p. 2866.

[1285] V. *supra*, n° 95.

[1286] S. JAMBORT, « Les lettres d'intention sont-elles mortes ? », art. préc., n° 21. La solution a été posée par Cass. com., 11 févr. 1986, pourvoi n° 84-13959 : *Bull. civ.*, IV, n° 14 ; *Rev. sociétés*, 1986, p. 243, note J.-J. DAIGRE.

[1287] La « sûreté réelle pour autrui » qu'est aujourd'hui le cautionnement réel devrait, elle, être concernée par la procédure d'autorisation : P. SIMLER, *op. cit.*, n° 180.

[1288] *Ibid.*, n° 1014.

[1289] S. JAMBORT, art. préc., n° 22.

gratter » pour le dirigeant, forcé d'attendre l'issue de dizaines de réunions du conseil pour passer des opérations banales. Il est possible d'adopter une enveloppe globale d'autorisation pour l'année – l'autorisation ne peut excéder un an – ainsi que, en sus ou à la place, un plafond pour chaque garantie considérée individuellement[1290].

Les multiples références au « montant » des autorisations démontrent que le cas des garanties comportementales n'a absolument pas été envisagé, alors même que le Code civil a depuis défini les lettres d'intention comme des « sûretés personnelles » qui consistent à « faire ou ne pas faire » : voilà qui n'est pas cohérent[1291]. La procédure leur serait transposable, via une interprétation constructive de la jurisprudence ou, mieux, après modification du décret. Un document pourrait en effet être adopté par le conseil, dans lequel serait décrite la politique générale de la société en la matière. Certains engagements comportementaux seraient ainsi validés par avance : l'organe dirigeant est habilité à promettre qu'une participation en capital sera maintenue pour telle durée ; il peut s'engager à exercer une surveillance serrée de la gestion d'une société dans laquelle une participation est détenue, moyennant la stipulation d'une clause limitative de responsabilité de tel montant maximum, etc. Les engagements comportementaux sortant de la politique générale ainsi décrite devraient être autorisés au cas par cas.

475. Sanction de l'autorisation – La Cour de cassation décide qu'une garantie qui n'a pas été autorisée « ne peut engager la société »[1292]. Cette solution, qui s'analyse en une inopposabilité, est très généralement critiquée[1293]. Elle a pour conséquence notable d'empêcher toute ratification ultérieure[1294]. Si cette sanction était analysée en une nullité, il s'agirait pourtant d'une nullité relative, puisque la disposition méconnue cherche à protéger un intérêt particulier ; la confirmation par la société, en connaissance de cause, serait alors possible, conformément au droit commun.

La situation du bénéficiaire de la garantie est donc particulièrement peu enviable. Certes, les décrets qui prévoient les modalités d'octroi de l'autorisation précisent que, « si les cautions, avals ou garanties ont été données pour un montant total supérieur à la limite fixée pour la période en cours, le dépassement ne peut être opposé au tiers qui n'en ont pas eu connaissance, à moins que le montant de l'engagement invoqué n'excède, à lui seul » le montant de l'enveloppe globale ou du plafond individuel. Admettons qu'une société ait accordé une enveloppe globale de 50 000 euros de garanties à son dirigeant, et qu'elle n'ait pas fixé de plafond

[1290] Le texte précise qu'une autorisation illimitée peut être accordée pour garantir les administrations fiscales ou douanières. Il n'est pas surprenant que le pouvoir réglementaire ait souhaité faire un tel cadeau à ses administrations, mais cela n'est pas opportun. L'idée selon laquelle une garantie cesserait d'être dangereuse parce que son bénéficiaire est l'administration fiscale peine à convaincre.

[1291] V. *supra*, n° 93.

[1292] Cass. com., 29 janv. 1980, pourvoi n° 78-12948 : *Bull. civ.*, IV, n° 47 ; *Rev. sociétés*, 1981, p. 83, note Y. GUYON.

[1293] R. MICHAT-GOUDET, « Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable », *JCP E*, 1998, p. 840 ; M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 303 ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 148 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 181.

[1294] Cass. com., 11 juill. 1988, pourvoi n° 87-11209 : *Bull. civ.*, IV, n° 246. V. P. SIMLER, « Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions », *in Mélanges Schmidt*, Joly éditions, 2005, p. 449, V. p. 457 s.

individuel. Un nombre illimité de garanties d'un montant inférieur ou égal pourra être conclu sans que leur validité puisse être remise en cause ; si le montant de la garantie considérée individuellement est supérieur à ce chiffre, il y sera ramené, mais la garantie restera valable[1295]. Mais, si le conseil n'a adopté aucune autorisation globale pour l'année à venir, il n'y aura aucune échappatoire, et la garantie sera considérée comme inopposable à la société.

Cette situation n'est guère acceptable. Si l'on peut plaider pour que le mécanisme de l'autorisation soit maintenu dans l'avenir, c'est afin de garantir une certaine transparence dans les relations internes à la société, et de fournir aux contre-pouvoirs les informations nécessaires à leur fonctionnement. Ces sujétions devraient donc peser sur les dirigeants, et pas sur les tiers[1296]. Or, la jurisprudence considère que l'octroi non autorisé de garantie est une faute non détachable de leurs fonctions, ce qui empêche le tiers floué de rechercher leur responsabilité personnelle[1297]. Qualifier la sanction d'« inopposabilité » permet par ailleurs d'écarter l'application de l'article L. 235-12 du Code de commerce, qui dispose que : « ni la société ni les associés ne peuvent se prévaloir d'une nullité à l'égard des tiers de bonne foi »[1298]. Dans sa physionomie actuelle, le mécanisme d'autorisation des garanties dans la SA ressemble donc à un véritable piège pour les tiers. Il va totalement à l'encontre de la tendance, issue notamment du droit de l'Union, qui vise à libérer les partenaires des sociétés à responsabilité limitée de l'obligation de procéder à de pénibles vérifications avant de contracter avec elles[1299].

476. Pistes de réflexion – Deux suggestions peuvent être formulées, afin de tenter d'améliorer ce système injuste. L'une est immédiatement applicable, l'autre appelle une modification des textes.

De lege lata, il est possible de faire à nouveau peser sur le dirigeant le poids d'une disposition qui, normalement, devrait le contraindre avant tout autre, et l'obliger à la transparence. Pour cela il faut, dans le contrat de garantie, stipuler une clause par laquelle le dirigeant assume personnellement le risque que l'autorisation ne soit pas donnée par la société. Il s'agit tout simplement d'une forme de porte-fort[1300], d'ailleurs assez proche du classique porte-fort de ratification, puisque le risque endossé est celui d'un défaut de pouvoir. Ainsi, si l'autorisation est refusée par la société, alors que celle-ci était solvable, le dirigeant devra indemniser le

[1295] V. les explications détaillées et le schéma de M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 142.
[1296] En ce sens, B. DONDERO, « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », art. préc., n° 39 s., qui propose de diriger les conséquences d'un défaut d'autorisation uniquement vers la sphère interne de la société.
[1297] Cass. com., 20 oct. 1998, pourvoi n° 96-15418 : *Bull. civ.*, IV, n° 254 ; *JCP E*, 1998, p. 2025, note A. COURET ; *JCP G*, 1999, I, 116, n° 3, obs. P. SIMLER ; *D.*, 1999, p. 639, note H. DE LAENDER. Il faut garder à l'esprit que la responsabilité d'un tiers, notamment du rédacteur de l'acte, peut toutefois être recherchée (P. SIMLER, *op. cit.*, n° 181).
[1298] P. SIMLER relève que certaines décisions anciennes de la Cour de cassation semblaient aller dans le sens d'une application de ce texte, mais qu'une telle solution est aujourd'hui exclue par le choix de l'inopposabilité (*loc. cit.*).
[1299] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 146.
[1300] Pour d'autres exemples d'utilisation du porte-fort en droit des sociétés, V. *supra*, n° 383.

garant à hauteur du préjudice subi[1301]. La faiblesse de cette solution tient évidemment au fait que le dirigeant peut ne pas disposer d'un patrimoine personnel apte à répondre de la condamnation. Mais, dans un tel cas, l'existence d'une clause de porte-fort l'incitera à solliciter l'autorisation du conseil avec un soin particulier. Cette technique permet de contourner la jurisprudence sur la faute non détachable des fonctions de direction.

De lege ferenda, plutôt que de supprimer le mécanisme comme cela est parfois réclamé[1302], il faudrait, en modifiant les textes, lui restituer sa véritable fonction : celle d'accroître la transparence au sein de la société, objectif qui ne concerne pas les tiers, qui n'ont pas à en pâtir. Pour cela, il suffirait d'aligner le régime de cette autorisation sur celui des clauses statutaires[1303]. Il a été rappelé que de telles clauses, dans les sociétés à risque limité, sont inopposables aux tiers de bonne foi[1304]. Mais il ne faudrait pas oublier que, dans l'ordre interne, la violation des statuts est une faute qui engage la responsabilité civile du dirigeant[1305]. Les manuels, qui soulignent à l'envi l'immunité du dirigeant ayant consenti une garantie sans autorisation, ne précisent guère qu'il s'agit d'une immunité vis-à-vis des tiers et notamment du bénéficiaire. La notion de faute détachable ne protège pas le dirigeant d'une action de la société. *De lege lata*, un tel octroi de garantie non autorisé est déjà une faute ; il ne reste qu'à préciser que cela n'a pas de conséquence sur la validité de la sûreté. De la même manière que la violation d'une clause statutaire, la violation de la procédure d'autorisation ne devrait avoir aucune influence sur les tiers de bonne foi. Certains objecteront peut-être que les mécanismes de responsabilité du dirigeant vis-à-vis de la société sont, en droit français, particulièrement inefficaces[1306]. Mais cet argument serait du même ordre que celui qui consiste à dire qu'il y a bien des actes dangereux qui ne nécessitent pas d'autorisation, et qu'il faudrait donc supprimer celle-ci[1307] : c'est faire du manque général de régulation une raison de supprimer le peu de régulation existante. Maintenir cette procédure d'autorisation des garanties, contre le vœu de plusieurs auteurs, aurait deux mérites : si elle est respectée – car il peut arriver qu'elle soit respectée – elle aura amélioré la transparence de la politique sociale ; si elle ne l'est pas, elle ouvrira la voie, au moins théoriquement, à une action en responsabilité contre le dirigeant, à charge pour la doctrine et le législateur d'améliorer, à l'avenir, la possibilité que de telles

[1301] On a vu qu'une garantie qui dépasserait le plafond voté par le conseil serait opposable à la société à concurrence du montant autorisé. Dans une telle situation, le préjudice est constitué par le montant excédentaire.
[1302] Par ex. S. JAMBORT, art. préc. ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 1014 et « Histoire d'une impasse... », art. préc., p. 461. D'autres préfèreraient qu'à la sanction de l'inopposabilité soit substituée celle de la nullité : R. MICHAT-GOUDET, art. préc.
[1303] En ce sens : B. DONDERO, art. préc., n° 43 s.
[1304] V. *supra*, n° 471.
[1305] Art. 1850 du Code civil.
[1306] V. par ex. M. COZIAN, F. DEBOISSY et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 294 s.
[1307] V. *supra*, n° 473.

actions soient réellement engagées[1308]. De plus, la faute commise par le dirigeant pourra constituer un juste motif de révocation, lorsqu'un tel motif est exigé[1309].

Les problèmes relatifs à la capacité et au pouvoir dans la conclusion des garanties indemnitaires ayant été abordés, il faut à présent étudier les conditions relatives à l'objet du contrat.

III. Objet

477. Objet de l'obligation – La troisième condition requise par l'article 1108 du Code civil est : « un objet certain qui forme la matière de l'engagement ». La doctrine considère qu'il existe, en réalité, deux types d'objet : l'objet du contrat, et l'objet de l'obligation. L'objet du contrat renvoie à l'opération juridique envisagée globalement[1310]. Cette notion n'est que rarement utilisée, et elle ne présente en tout cas pas d'intérêt dans notre matière[1311]. C'est l'objet de l'obligation qui doit être développé.

478. Obligation de l'obligation du garant – L'objet de l'obligation d'une partie, c'est la prestation qu'elle s'engage à fournir[1312]. Si le garant rémunère directement sa couverture, en contractant avec un assureur par exemple, il y a deux obligations réciproques, et donc deux objets à étudier. Toutefois, l'obligation du bénéficiaire consiste seulement à payer une somme d'argent en contrepartie de la garantie dont il bénéficie, ce qui ne suscite aucune difficulté. Ce qui nous occupera ici, c'est l'objet de l'obligation du garant.

479. Conditions de validité – Selon l'article 1126 du Code civil, l'objet d'une obligation consiste nécessairement à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. Il a déjà été souligné à quel point cette liste limitative est critiquable et gagnerait à être remplacée, comme dans certains droits étrangers, par la notion de prestation[1313]. En revanche, il résulte des articles 1128 et 1129 que l'objet du contrat doit être licite, ainsi que déterminé ou au moins déterminable.

480. Licéité de l'objet – La situation dans laquelle l'obligation principale est parfaitement licite, mais l'obligation du garant, qui vient la conforter, illicite, est quasiment un cas d'école[1314]. La véritable question est la suivante : si l'obligation

---

[1308] V. par ex. J.-L. NAVARRO, « Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *LPA*, 2 août 2007, n° 154, p. 39. L'auteur résume excellemment la situation actuelle en qualifiant l'action sociale *ut universi* d'« utopique », et l'action *ut singuli* de « philanthropique ».

[1309] Dans la SA, les dirigeants qui ne sont révocables que lorsqu'il existe un juste motif sont les membres du directoire (art. L. 225-61 al. 1 C. com.) et le directeur général qui n'est pas, simultanément, président du conseil d'administration (art. L. 225-55 al. 1 C. com.).

[1310] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 318.

[1311] Il arrive que l'objet de l'obligation de chaque partie, considérée individuellement, soit licite, tandis que leur conjonction aboutit à une combinaison illicite. On dira alors que l'objet du contrat est illicite (*ibid.*). L'objet des contrats qui nous occupent est tout simplement de mettre en place une sûreté personnelle, ce qui n'a rien d'illicite.

[1312] L'objet de l'obligation, disait la doctrine classique, est la réponse à la question « *quid debetur* », « qu'est-il dû » ? (*ibid.*, n° 266).

[1313] V. *supra*, n° 363.

[1314] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 203.

principale est illicite, l'obligation du garant est-elle *ipso facto* contaminée et nulle ? En matière de cautionnement, la réponse était automatiquement positive, en raison du caractère accessoire renforcé, et il n'y avait pas à s'interroger plus longuement[1315]. Mais, même si l'on écarte ce droit spécial du cautionnement, la réponse doit rester positive : l'engagement de couvrir le risque d'inexécution d'une obligation illicite est lui-même illicite. Il ne peut en être autrement : garantir le paiement du prix d'une vente d'organe ou d'un assassinat est illicite, sans qu'il soit besoin de recourir au caractère accessoire renforcé.

Ceci est toutefois valable pour les garanties par couverture de risque. Les garanties comportementales peuvent être contractées sans qu'il soit fait référence à une obligation principale[1316]. Elles semblent donc pouvoir échapper à la contamination[1317].

481. Objet déterminé ou déterminable – Subsiste encore la question la plus complexe, celle de la détermination de l'objet. Le garant doit s'engager à faire quelque chose de suffisamment précis. Qu'est-ce donc ?

482. Plan – Nous commencerons donc par étudier cette exigence issue du droit commun, selon laquelle l'objet de l'obligation du garant doit être déterminé ou déterminable (A). Mais, à cela, s'ajoute une exigence issue du droit spécial du cautionnement : la question de la proportionnalité de la sûreté au regard du patrimoine du garant. Elle touche elle aussi à l'objet, puisqu'elle exige que la prestation promise soit conforme aux capacités de celui qui sera amené à la fournir (B).

A. Exigence de droit commun : un objet déterminé ou déterminable

483. Plan – La prestation promise par le garant dépend totalement du type de garantie indemnitaire considéré. Les garanties comportementales (1) se distinguent des garanties par couverture (2).

1. Garanties comportementales

484. L'objet : un comportement – Il n'est pas nécessaire de revenir très longuement sur le type de prestation que promet un tel garant : plusieurs exemples ont été cités lors de l'étude des lettres d'intention[1318]. La promesse peut porter sur un comportement actif – procéder à une augmentation de capital – ou passif – s'abstenir de céder une participation. L'obligation peut être de résultat – les deux exemples précédents en témoignent – ou simplement de moyens – exercer une surveillance serrée de la gestion de la filiale, engagement qu'il faudrait plus précisément qualifier d'obligation de moyens renforcée[1319].

[1315] *Ibid.*
[1316] V. *infra*, n° 485.
[1317] La conséquence est toutefois la suivante : un engagement, par exemple, de maintenir une participation en capital dans une filiale, ne sera pas nul du seul fait que le contrat passé entre cette filiale et le bénéficiaire était illicite, car il conserve un objet propre licite. Mais, si l'engagement n'est pas tenu, le bénéficiaire ne pourra justifier d'aucun préjudice : le fait qu'une obligation illicite n'ait pas été exécutée ne donne naissance à aucun préjudice réparable.
[1318] V. *supra*, n° 61 s., spéc. n° 79 s.
[1319] V. *supra*, n° 85.

485. Inutilité de la désignation des obligations garanties – S'agissant d'une sûreté personnelle, on s'attendrait à ce que l'objet de l'obligation du garant renvoie à une obligation, ou à un ensemble d'obligations principales. L'habitude de manier le cautionnement, sûreté personnelle de référence, explique un tel réflexe. Et pourtant, cela ne semble pas nécessaire ici. Certes, l'existence d'un contrat principal entre débiteur principal et bénéficiaire explique la conclusion du contrat de sûreté, dont il est peut-être même la cause au sens technique[1320]. Mais il est possible de se contenter de viser très brièvement la simple existence d'une relation juridique principale lors de la conclusion de la sûreté, voire ne pas la mentionner : elle sera alors sous-entendue.

Car, en effet, la désignation des créances confortées n'est absolument pas nécessaire au bon fonctionnement d'une telle garantie. Supposons que le garant se soit engagé à procéder à une augmentation de capital de sa filiale, et que ladite filiale soit débitrice à plusieurs titres du bénéficiaire de la garantie. Il n'est pas procédé à l'augmentation promise. Le bénéficiaire peut engager une action en responsabilité contractuelle, durant laquelle il lui faudra démontrer, outre la faute du garant – ce qui est aisé en l'espèce, car le résultat promis n'a pas été atteint[1321] –, l'étendue de son préjudice et le lien de causalité entre cette faute et ce préjudice. Il peut fort bien être imaginé que l'augmentation de capital aurait permis d'exécuter correctement l'intégralité des dettes, ou les deux tiers d'entre elles, ou aucune.

Considérons encore la situation suivante. La filiale est déjà engagée vis-à-vis d'un créancier dans le cadre de deux contrats, pour lesquels il n'a pas été exigé de la mère qu'elle se porte garante. Il est alors question de conclure un troisième contrat, mais à condition que la mère souscrive un engagement comportemental. Comment le garant peut-il s'assurer que, s'il viole son engagement, sa responsabilité ne s'étendra pas aux dettes préexistantes de la filiale, alors même que le comportement promis eût été de nature à changer le destin de ces anciens contrats également ? La réponse est simple : il lui faut aménager les conséquences de sa responsabilité contractuelle, en la plafonnant à un certain montant, par exemple.

486. Aménagements de la responsabilité contractuelle – Contrairement aux garanties par couverture, les garanties comportementales s'avèrent en effet obéir pleinement aux mécanismes initialement décrits comme gouvernant toutes les garanties indemnitaires : ceux de la responsabilité contractuelle. À ce titre, les aménagements de responsabilité suggérés dans le premier titre de cette étude peuvent être appliqués sans difficulté[1322]. Il sera notamment loisible aux parties de stipuler un plafond d'indemnisation ou, au contraire, une clause pénale, dont le caractère comminatoire sera ici pleinement satisfait, puisque la bonne exécution de la promesse dépend entièrement du garant[1323].

L'exigence d'une détermination de l'objet de l'obligation du garant sera donc satisfaite, s'agissant des garanties par couverture, par la simple désignation du

[1320] V. *infra*, n° 519 s.
[1321] À l'occasion de l'examen des arguments défavorables à l'existence de la responsabilité contractuelle, il a été constaté que, contrairement à la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation, il n'y a pas lieu de considérer que la violation d'une obligation de résultat entraîne *présomption* de faute. Ne pas atteindre le résultat promis, *c'est* la faute : V. *supra*, n° 255.
[1322] V. *supra*, n° 150 s.
[1323] Ce qui, l'analyse le montre à présent, n'était absolument pas le cas du porte-fort d'exécution.

comportement qui devra être adopté, sans qu'il soit nécessaire de désigner précisément les créances qu'on entend ainsi conforter.

Le fonctionnement des garanties par couverture est bien différent.

2. Garanties par couverture

487. Éléments de l'obligation de couverture – Le contrat d'assurance a parfois été défini comme « la convention par laquelle l'une des parties, appelée assureur, s'engage envers l'autre, appelée souscripteur ou preneur d'assurance, en contrepartie du paiement d'une prime, à couvrir un risque, en fournissant au souscripteur ou à un tiers, une prestation en cas de réalisation de ce risque »[1324]. Ce couple risque-prestation se retrouve dans le contrat de garantie par couverture en général, que cette couverture soit assurée par un professionnel ou par un profane. Obéissent donc à cette définition aussi bien l'assurance que le porte-fort, le cautionnement service d'ami ou le cautionnement service bancaire, dans une conception renouvelée de ces institutions telle qu'elle a été proposée auparavant[1325].

488. Plan – Il convient donc d'étudier successivement les deux éléments autour desquels s'organise la prestation du garant, et qui donnent à son obligation un objet déterminé : le risque couvert (a), et la prestation promise en cas de sinistre (b).

a. Le risque

489. Plan – Il faudra, pour commencer, rappeler quelles sont les catégories de risques que l'on peut envisager de couvrir afin de conforter l'exécution d'une obligation (α). Ensuite, on exposera qu'un risque ne peut être couvert que s'il correspond à un événement aléatoire (β). Enfin, on se demandera dans quelle mesure le garant peut choisir de limiter sa couverture (γ).

α. Les catégories de risque

490. Risques comportementaux – Le garant peut proposer au bénéficiaire d'assumer le risque que le débiteur adopte un comportement susceptible de diminuer les chances d'exécution de l'obligation principale ou, au contraire, qu'il n'adopte pas un comportement qui eût été de nature à favoriser l'exécution.

Un exemple d'une telle couverture a été rencontré lors de l'examen de la jurisprudence belge relative aux lettres d'intention. Le dirigeant d'une société s'engageait à ce que ladite société diminue l'utilisation qu'elle faisait d'une ligne de crédit ouverte par le bénéficiaire[1326]. Il couvrait donc le risque qu'un comportement positif ne soit pas adopté – en l'espèce, il ne le fut pas. À l'inverse, considérons tous les comportements que le débiteur peut promettre lui-même et qui sont habituellement décrits comme des « sûretés négatives »[1327] : ne pas contracter de nouvel emprunt, ne pas céder tel élément de son patrimoine... Si c'est un tiers garant

[1324] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 46, reprenant une définition de L. MAYAUX.
[1325] V. la première partie, titre II.
[1326] V. *supra*, n° 277.
[1327] V. *supra*, n° 238.

qui « promet » que ce comportement, redouté, ne sera pas adopté, il couvre le risque qu'il le soit.

Dès lors, si le débiteur principal adopte le comportement que le garant attend de lui, mais qu'il n'est malgré tout pas en mesure d'honorer la dette principale, le garant ne pourra pas être inquiété. Pour autant, cette catégorie d'engagements ne doit pas être confondue avec celle des garanties comportementales. Promettre son propre comportement, c'est contracter une simple obligation de faire ou de ne pas faire ; « promettre » le comportement du tiers n'est pas une véritable promesse, mais bien une couverture de risque[1328].

491. Risque normal d'inexécution – Allant plus loin que la couverture d'un simple risque afférent au comportement du débiteur principal, le garant peut proposer de couvrir un risque que l'on qualifiera, par facilité de langage, de « normal », à savoir un risque d'inexécution de l'obligation à l'échéance, imputable au débiteur principal. Cela correspondrait à une vision renouvelée du cautionnement[1329].

Il est bien entendu possible de définir le risque d'inexécution d'une manière plus favorable au garant. Ainsi, le risque serait considéré comme réalisé en cas d'inexécution persistante durant un certain temps après mise en demeure du débiteur principal, voire uniquement en cas de cessation des paiements ou d'ouverture d'une procédure collective. Il est ainsi possible d'intégrer, dans une sûreté personnelle basée sur une couverture de risque, des avantages comparables, pour le garant, au bénéfice de discussion connu en matière de cautionnement, voire supérieurs. Le bénéfice de division est également transposable sans difficulté, mais il le sera au niveau de la prestation versée : celle-ci correspondra uniquement à la part du garant concerné, lorsque d'autres sûretés personnelles ont été consenties par ailleurs.

492. Risques exceptionnels – Le caractère accessoire renforcé n'a plus cours dans le cadre d'un contrat de garantie par couverture, fondé sur une obligation propre du garant, qui peut choisir de la mouler ou non sur l'obligation principale, selon sa volonté. Il peut ainsi choisir de couvrir le risque que se produise une situation dans laquelle le débiteur principal n'aurait pas à payer. Qui peut le plus peut le moins : or, un contrat de garantie, dont l'assurance est un exemple, permet de couvrir des risques indépendamment de la préexistence ou de la validité d'une obligation juridique : c'est, semble-t-il, le sens de la notion suisse de « reine Garantie »[1330]. Qui peut le plus – garantir le risque que l'intérêt économique attendu du contrat principal soit bien perçu par le bénéficiaire, sans égards pour la validité juridique de l'obligation correspondante – peut donc le moins – garantir cet intérêt économique dans les strictes limites de la validité juridique d'une obligation-support, comme on l'a vu précédemment sous le nom de « risque normal d'inexécution », ou en n'acceptant que certaines limites liées à cette validité juridique, mais pas toutes.

[1328] V. *supra*, n° 382 s.
[1329] V. *supra*, n° 407 s.
[1330] V. *supra*, n° 295.

C'est ainsi que le garant peut couvrir, par exemple, un cas de force majeure, ou de nullité de l'obligation principale[1331], ou s'engager pour une échéance plus rapprochée que celle de l'obligation principale[1332].

493. Ordre public de protection des garants profanes – Un garant professionnel doit être libre de proposer une couverture aussi étendue qu'il le souhaite. S'il choisit de le faire, c'est qu'il a calculé ses risques, ajusté sa rémunération en conséquence et que, sur l'ensemble de ses assurés et sur une longue période, il est certain de rentrer dans ses frais, voire de réaliser des bénéfices.

En revanche, est-il opportun d'ouvrir la possibilité, à un créancier en position de force, d'exiger d'un garant profane la couverture d'un risque exceptionnel ? Le caractère accessoire l'interdisait, disait-on, en raison de la structure même de la sûreté – du moins lorsqu'on avait envie qu'il en soit ainsi : en recourant à une analyse dualiste artificielle mettant en jeu un porte-fort et un cautionnement, on permettait par exemple au profane de couvrir un risque de nullité de l'obligation principale pour incapacité du débiteur[1333]. À présent que la structure souple du contrat de garantie n'impose plus cette solution pour des raisons techniques, ne faudrait-il pas assumer, comme un choix politique, de mettre en place un « ordre public de protection relatif »[1334] des garants profanes ? Il leur serait alors loisible de couvrir, au maximum, un risque d'inexécution à l'échéance et imputable au débiteur, mais aussi de contracter un engagement plus faible, l'inexécution étant par exemple assimilée à l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur, ou seule une fraction de la valeur de la créance étant garantie. Outre qu'elle éviterait les abus de la part des créanciers en position de force, cette mesure constituerait, avec d'autres, un encouragement à se tourner vers les garants professionnels le plus souvent possible.

β. Le caractère aléatoire du risque

494. Distinction chronologique – Le contrat de garantie est l'un de ces contrats aléatoires dont Portalis disait qu'ils sont « le produit de nos espérances et de nos craintes »[1335]. Il ne peut y avoir couverture sans qu'il y ait risque, donc incertitude, donc aléa. On en déduit naturellement que, à la naissance du contrat, le risque ne doit pas s'être déjà réalisé, sans quoi il n'est plus un risque mais un fait avéré. Mais l'exigence du caractère aléatoire du risque ne doit-elle pas se prolonger, ensuite, durant la vie de la convention ? Peut-on admettre qu'une des parties, garant ou bénéficiaire, ait en réalité une influence sur la probabilité qu'un sinistre survienne ?

Ces questions doivent être examinées successivement.

[1331] S'agissant de la couverture d'un cas de nullité, il faut tout de même tenir compte des limites indiquées *infra*, n° 496.
[1332] V. l'exemple de la garantie du solde provisoire d'un compte courant, *infra*, n° 627.
[1333] V. *supra*, n° 408.
[1334] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 235. Cette notion, bien connue du droit du travail, désigne un ordre public « plancher » qui permet d'adopter dans un contrat des mesures *aussi* favorables, ou *plus* favorables, à la partie considérée comme faible, que celles prévues par la loi.
[1335] V. *supra*, n° 332.

495. Aléa à la naissance du contrat – L'exigence est bien connue du droit des assurances, mais pour l'heure ignorée du droit des sûretés, qui n'avait pas suffisamment recours au concept de couverture : le risque ne doit pas être déjà réalisé lors de la conclusion du contrat de garantie. L'article L. 121-15 du Code des assurances dispose ainsi que : « L'assurance est nulle si, au moment du contrat, la chose assurée a déjà péri ou ne peut plus être exposée aux risques ». Appliquée à la matière du risque de crédit, cette exigence signifie que le débiteur principal ne doit pas être déjà insolvable, sans quoi le risque d'inexécution est déjà réalisé.

Dans les cas où le bénéficiaire connaissait cette insolvabilité du débiteur, il y a, en plus, dol par réticence[1336]. Le contrat peut alors être annulé sur deux fondements : l'absence d'objet, puisqu'il était destiné à couvrir un risque en réalité inexistant car déjà réalisé ; et le vice du consentement. La réticence dolosive a toutefois un champ d'application potentiel plus vaste, puisqu'elle peut être amenée à jouer lors même que le bénéficiaire aurait occulté la situation du débiteur qu'il connaissait et qui, sans être irrémédiablement compromise, était déjà très grave, de sorte que le risque n'était pas encore rigoureusement réalisé.

Que se passe-t-il, cette fois-ci, si le risque est déjà réalisé, mais sans que les parties au contrat de garantie ne soient au courant ? La Cour de cassation a recours à une théorie dite « du risque putatif »[1337]. Cette notion est née d'une interprétation a contrario d'une disposition régissant l'assurance maritime, l'article L. 172-4 du Code des assurances, selon lequel : « Toute assurance faite après le sinistre ou l'arrivée des objets assurés ou du navire transporteur est nulle, si la nouvelle en était connue, avant la conclusion du contrat, au lieu où il a été signé ou au lieu où se trouvait l'assureur »[1338]. Mais la théorie du risque putatif a ensuite été étendue aux assurances terrestres[1339]. Ses domaines d'élection sont alors, principalement, les assurances de responsabilité et de personnes, mais les décisions visent l'article L. 121-15 du Code des assurances, disposition générale, de sorte que la solution devrait être la même en assurance de choses[1340].

La question est d'importance, car il est tout à fait envisageable, lorsque le contrat de garantie est conclu entre le garant et le créancier, qu'ils ignorent tous deux la situation déjà irrémédiablement compromise du débiteur principal. Mais admettre alors la couverture du risque putatif revient à empêcher le garant de se prévaloir d'une situation qui constituerait certainement, sur le terrain du droit commun, une erreur sur une qualité substantielle, déterminante du consentement[1341]. Une telle solution ne serait admissible qu'en présence d'un garant professionnel. Il avait d'ailleurs été proposé auparavant de soustraire cette catégorie de garants au droit commun des vices du consentement[1342].

[1336] V. *supra*, n° 447 s.

[1337] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1042 s. Sur cette notion, V. J. KULLMANN, « L'ignorance du sinistre », *RGDA*, 1999, p. 755, spéc. p. 757 s.

[1338] C'est nous qui soulignons.

[1339] V. ainsi Cass. 1re civ., 27 févr. 1990, pourvoi n° 88-14364 : *Bull. civ.*, I, n° 52 ; *RGAT*, 1990, p. 523, note J. BIGOT. La Cour affirme que : « le contrat d'assurance, par nature aléatoire, ne peut porter sur un risque que l'assuré **sait** déjà réalisé » (c'est nous qui soulignons).

[1340] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1044 ; J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », art. préc., n° 109. L'assurance d'une créance – ou de l'intérêt patrimonial qu'elle représente, indépendamment de son efficacité juridique, lorsque l'on s'assure par exemple y compris en cas de force majeure – est en effet une assurance de chose.

[1341] V. *supra*, n° 436.

[1342] V. *supra*, n° 460 s.

496. Aléa durant la vie du contrat – Il est encore possible de s'inspirer, pour régir les garanties indemnitaires par couverture, des solutions adoptées par le droit des assurances en matière d'aléa au cours de la vie du contrat. L'aléa disparaît si la réalisation du risque est entièrement imputable à la volonté du bénéficiaire. C'est pourquoi l'article L. 113-1 alinéa 2 du Code des assurances dispose que : « […] l'assureur ne répond pas des pertes et dommages provenant d'une faute intentionnelle ou dolosive de l'assuré »[1343]. Les deux notions, faute intentionnelle et dolosive, ne font en réalité l'objet d'aucune distinction de la part de la jurisprudence[1344]. L'élément central de la qualification est « la volonté de créer le dommage tel qu'il est survenu »[1345]. Cette interprétation est critiquée, car elle rend ce type de faute très difficile à caractériser, notamment dans les hypothèses de responsabilité des professionnels[1346]. Mais là n'est pas l'essentiel. Le texte vise la faute « de l'assuré » qui, dans l'usage que nous proposons du contrat de garantie, est le créancier. Or, le plus souvent, c'est le débiteur principal qui sera en mesure d'influer volontairement sur le risque d'inexécution. Son comportement devrait être indifférent, y compris lorsque c'est lui qui a contracté avec un garant pour qu'il accepte de couvrir le créancier[1347]. L'impossibilité d'assurer la faute intentionnelle du créancier n'est cependant pas sans importance : elle interdirait par exemple que le garant professionnel couvre le risque de nullité de la créance pour dol ou violence émanant dudit créancier. En revanche, rien n'interdirait la couverture du risque de violence émanant d'un tiers, ou de simple erreur.

Les manuels de droit des assurances ne traitent pas du cas dans lequel le caractère aléatoire de la garantie serait compromis par le garant plutôt que par l'assuré. Il est des cas, en effet, dans lesquels son comportement est de nature à peser sur la probabilité de réalisation du sinistre : qu'on songe ici à certains garants profanes, proches du débiteur principal, qui pourraient user de leur influence pour le pousser à l'exécution. S'ils ne le font pas, peut-on pour autant leur adresser des reproches ? La réponse est certainement négative, car ils auront alors à verser la prestation due en cas de sinistre. Il sont, en quelque sorte, face à un choix : endosser un rôle de garant influent, alors même qu'ils n'ont pas souscrit un engagement comportemental, ou rester en retrait et se contenter d'assurer leur service de

---

[1343] Sur la nécessité d'un tel principe au regard des fondements de l'assurance, V. par ex. N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, préf. G. WIEDERKEHR, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005, p. 95 s.

[1344] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 115. Un arrêt récent doit toutefois être signalé, qui pourrait constituer l'amorce d'une autonomie de la faute dolosive par rapport à la faute intentionnelle. Il s'agit de Cass. 2e civ., 12 sept. 2013, n° 12-24650, à paraître au Bulletin : *Gaz. Pal.*, 10 nov. 2013, p. 18, obs. M. MEKKI ; *RCA*, nov. 2013, p. 7, note D. BAKOUCHE ; *LEDC*, 6 nov. 2013, p. 4, obs. G. GUERLIN.

[1345] Cass. 1re civ., 27 mai 2003, pourvoi n° 01-10478 : *Bull. civ.*, I, n° 125 ; *RGDA*, 2003, p. 463, note J. KULLMANN ; *RCA*, 2003, comm. n° 282, note H. GROUTEL. Cet arrêt a marqué la reprise du contrôle de la qualification de faute intentionnelle par la Cour qui, après l'avoir exercé, avait temporairement abandonné cette question au pouvoir souverain des juges du fond à partir de l'année 2000 : V. J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », art. préc., n° 1263 s.

[1346] J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », art. préc., n° 1267 : « En effet, un notaire ou un agent immobilier et, de façon générale, un professionnel ne commet pas une faute volontaire, objectivement dommageable, dans le but de provoquer ce dommage. Ces personnes ne voient que leur propre intérêt, sacrifient celui des autres, créent les conditions idéales pour que toutes sortes de préjudices surviennent... mais ils ne recherchent pas le dommage, sauf désir de vengeance ou folie furieuse ». *Contra*, favorable à une conception très stricte de la faute intentionnelle : G. BRIÈRE DE L'ISLE, « La faute intentionnelle, ou cent fois sur le métier... », *D.*, 1993, chron., p. 75.

[1347] Le débiteur principal est alors le *souscripteur* d'une assurance pour compte, l'assuré étant le créancier. Seule la faute intentionnelle de l'*assuré* devrait être prise en compte : V. *infra*, n° 661.

couverture[1348]. Quoi qu'il en soit, les atteintes qu'ils sont susceptibles de porter au caractère aléatoire du contrat ne nuisent pas au bénéficiaire.

γ. La limitation du risque

497. Exclusion de risques et droit spécial – Il est possible, en matière d'assurance, d'exclure certains risques de la couverture – le même résultat pouvant être atteint par une définition positive, mais très restreinte, du risque – mais il faut alors respecter les dispositions de l'article L. 113-1 alinéa 1 du Code des assurances, selon lequel une exclusion doit être « formelle et limitée ». Ainsi, examinant une assurance de responsabilité, la Cour de cassation a pu juger que : « l'ensemble constitué par les deux clauses d'exclusion invoquées, avait pour conséquence d'exclure de la garantie de l'assureur tout sinistre se rapportant précisément à ce type d'activité ; d'où il suit que c'est à bon droit que la cour d'appel a refusé de faire application desdites clauses »[1349].

En matière de couverture du risque de crédit, l'exclusion du cas d'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal, par exemple, pourrait être considérée comme vidant la garantie d'une grande partie de sa substance.

498. Exclusions de risques et droit commun – Il avait été suggéré de rapprocher une telle solution du droit commun, et plus précisément de la jurisprudence dite « Chronopost »[1350]. Le même type de raisonnement peut en effet être déployé : en vidant subrepticement sa garantie de son contenu, l'assureur prive la prime payée par l'assuré de sa cause[1351]. La sanction est également la même : le contrat n'est pas nul, mais seule la clause considérée est écartée.

Un tel fondement appelle la généralisation de cette solution à tous les cas dans lesquels le contrat de garantie est synallagmatique[1352], ce qui recouvre, à l'évidence, toutes les garanties professionnelles, pour lesquelles une rémunération a été versée – soit par le créancier pour lui-même, soit par le débiteur pour la couverture du créancier[1353] –, mais aussi les situations dans lesquelles un garant profane s'est engagé en obtenant du créancier des contreparties, comme la baisse de la rémunération initialement prévue dans le contrat principal. Le créancier, après avoir en quelque sorte « payé » pour la couverture, est en effet floué par les exclusions stipulées.

En revanche, lorsqu'un garant profane s'est engagé gratuitement et sans contrepartie particulière, il ne pourra lui être reproché de vouloir limiter sa couverture, à son gré.

[1348] V. *supra*, n° 240 s.

[1349] Cass. 1re civ., 14 janv. 1992, pourvoi n° 90-15940 : *Bull. civ.*, I, n° 14 ; *RGAT*, 1992, p. 358, 3e espèce, note J. BIGOT. Cette solution a été reprise, par ex., dans Cass. 2e civ., 20 mars 2008, pourvoi n° 06-11763, inédit ; Cass. 2e civ., 5 juin 2008, pourvoi n° 07-16045, inédit.

[1350] V. *supra*, n° 158.

[1351] Comp. J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1203, qui voit dans cette disposition du Code des assurances une protection contre les vices du consentement de l'assuré, ce dernier devant bénéficier d'une exacte connaissance des risques couverts.

[1352] Sur ce caractère, V. *supra*, n° 422.

[1353] Dans ce dernier cas, c'est le contrat passé entre le débiteur et le garant qui est susceptible d'annulation. Cela a-t-il un impact sur le contrat passé ensuite entre le garant et le bénéficiaire ? Cette question sera examinée *infra*, n° 666.

Le risque ayant été correctement défini, il reste à choisir la prestation qui sera versée au bénéficiaire en cas de sinistre.

b. La prestation

499. Libre choix de la forme – La prestation est, après le risque, le second des deux éléments qui donnent au contrat de garantie par couverture toute sa souplesse. L'article L. 113-5 du Code des assurances utilise ce mot : « Lors de la réalisation du risque […], l'assureur doit exécuter dans le délai convenu la prestation déterminée par le contrat [...] ». Le terme est suffisamment large pour englober les classiques indemnités en argent, mais aussi les prestations en nature, telles que celles qui sont fournies dans le cadre d'un contrat d'assistance[1354], de protection juridique, ou d'assurance-santé – dans ce dernier cadre, une aide à domicile peut être, par exemple, proposée à l'assuré en cas de maladie.

Dans le domaine du risque de crédit, il est ainsi possible de stipuler que, en cas de sinistre, le garant devra indemniser le bénéficiaire en argent, ou le faire profiter d'une prestation en nature. Cela ne dépend pas du type de l'obligation du débiteur principal : l'une peut être une obligation en argent et l'autre une obligation de faire, ou il peut s'agir de deux obligations de faire distinctes. Plus précisément, il est possible de définir la prestation versée par renvoi à la prestation due par le débiteur principal, mais il s'agira bien d'un choix volontaire des parties, non d'une contrainte imputable à la structure du cautionnement et du lien particulier qu'il implique. Le garant pourra ainsi s'engager à payer « ce que devait le débiteur principal », mais aussi à indemniser le créancier « du préjudice subi », la seconde solution pouvant aboutir à un résultat aussi bien inférieur que supérieur à la première[1355]. Il est possible de recourir à des plafonds, ainsi qu'à des franchises : les garants professionnels prendront souvent cette précaution[1356].

Cette conception de la prestation comme un élément modulable relevant, dans sa forme, du libre choix des parties, a de nombreux avantages. Il n'est plus nécessaire de se demander si le garant qui couvre le risque d'inexécution d'une obligation de faire, mais qui ne veut pas avoir à l'exécuter lui-même et compte seulement verser une indemnité monétaire, souscrit un cautionnement valable, ou trahit la véritable nature de cette sûreté[1357].

Surtout, cela permet d'abandonner l'idée, très critiquable, qui veut que le régime de la sûreté soit conditionné par l'identité ou la différence de forme entre la prestation du débiteur principal et celle du garant. Auparavant, on considérait qu'une prestation monétaire de la part du garant devait nécessairement se mouler sur l'obligation en argent du débiteur principal, par un lien d'accessoire renforcé, ce qui interdisait par ailleurs la couverture d'un risque exceptionnel tel qu'un cas de force majeure rendant l'inexécution non imputable au débiteur ; de même si le garant promettait, en cas de défaillance du débiteur principal, d'accomplir une obligation de faire équivalente à celle qui était due. En revanche, que le type des deux

[1354] V. *supra*, n° 381.
[1355] V. *supra*, première partie, spéc. n° 261 s.
[1356] Sur les plafonds de garantie en matière d'assurance, V. J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1548 s.
[1357] Sur ce débat, V. *supra*, n° 243 s.

obligations diffère, et le lien d'accessoire renforcé disparaissait nécessairement : tout, ou presque, était alors possible[1358].

500. Limitation en valeur – Abandonner le caractère accessoire renforcé du cautionnement pour la souplesse contrat de garantie par couverture avait pour conséquence, on l'a vu, de rendre possible la prise en charge de certains risques exceptionnels. La solution étant opportune pour les garants professionnels, mais dangereuse pour les profanes, il fut proposé de rétablir les limites qui tenaient auparavant à la structure même de la sûreté, en les considérant ouvertement comme une protection qu'il convenait d'accorder, par la loi, à certains garants[1359]. Mais le contrat de garantie n'ouvre-t-il pas également la voie à certains abus, cette fois-ci, sur le terrain de la prestation versée en cas de sinistre ? L'abandon du caractère accessoire renforcé, qui plafonnait la prestation du garant à hauteur de celle du débiteur principal, ne va-t-elle pas permettre au bénéficiaire de stipuler des indemnisations forfaitaires trop généreuses ?

La réponse est indiscutablement négative. Le droit des assurances peut, une fois encore, servir de point de départ à la réflexion. L'article L. 121-1 du Code des assurances dispose que : « L'assurance relative aux biens est un contrat d'indemnité ; l'indemnité due par l'assureur à l'assuré ne peut pas dépasser le montant de la valeur de la chose assurée au moment du sinistre [...] ». Cette règle, connue sous le nom de « principe indemnitaire », est fondamentale en matière d'assurances de dommages – c'est-à-dire d'assurances de choses et de responsabilité[1360]. Elle rend impossible l'enrichissement de l'assuré[1361].

Il s'agit d'une règle commune aux assurances et aux sûretés. Aucun bénéficiaire d'une garantie, réelle ou personnelle, ne peut en tirer d'enrichissement, même pas le bénéficiaire d'une garantie autonome à première demande. Cette sûreté est *a priori* déconnectée de tout lien avec la dette principale puisque le montant versé est abstraitement défini, mais elle ouvre droit à un recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire, lui permettant de récupérer le moindre centime perçu sans fondement : l'illusion d'enrichissement est rapidement dissipée[1362]. Une nouvelle fois, il n'est nul besoin de recourir au caractère accessoire renforcé du cautionnement pour aboutir à un résultat parfaitement satisfaisant. Le véritable fondement, commun aux assurances et aux sûretés, est leur affectation au service d'un bien, en l'occurrence une créance : c'est « l'accessoire par affectation », mis en évidence par M. Gilles Goubeaux dans sa thèse de doctorat[1363].

Le principe indemnitaire doit donc être appliqué sans hésitation aux garanties par couverture. En revanche, il a été démontré que les garanties comportementales autorisent la stipulation d'une clause pénale. Elles reposent en effet sur une

---

[1358] V. *supra*, n° 246.
[1359] V. *supra*, n° 493.
[1360] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 523 ; J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1496 s. ; J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », art. préc., n° 773 s.
[1361] Sur les dérogations apparentes à ce principe en droit des assurances, issues du caractère forfaitaire de certaines indemnités, ou du mode d'évaluation de certains biens, par exemple en « valeur à neuf », V. J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », art. préc., n° 785.
[1362] Sur ce recours, V. par ex. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 990.
[1363] G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1969, spéc. n° 19. Sur la pertinence de l'accessoire par affectation comme instrument commun aux assurances et aux sûretés, V. les réflexions de N. LEBLOND, thèse préc., n° 969 s.

obligation de faire qu'il peut être utile d'assortir d'une menace de sanction financière ; les garanties par couverture, quant à elle, ont jusqu'au sinistre un caractère passif incompatible avec l'aspect comminatoire d'une clause pénale[1364]. De plus, les promesses comportementales ne peuvent être véritablement considérées comme affectées à une créance précise, de sorte qu'il n'y a pas lieu de les considérer comme des accessoires. De manière plus générale, rappelons que la prestation prévue à l'appui d'une couverture est, en cas de sinistre, l'exécution normale du contrat, tandis que les dommages et intérêts versés par celui qui a promis une attitude sont la conséquence d'une inexécution du contrat, inexécution qui peut être aménagée de la manière la plus classique.

L'exigence tenant à l'objet déterminé ou déterminable du contrat de garantie indemnitaire ayant été examinée, il reste à évoquer le problème d'une éventuelle disproportion de l'engagement au regard du patrimoine et des revenus du garant.

B . Exigence de droit spécial : une garantie proportionnée

501. Proportionnalité ou proportion ? – Depuis quelques années, une exigence nouvelle est apparue dans le droit du cautionnement : celle qui veut que la sûreté soit proportionnée au patrimoine du garant. La question est classiquement désignée comme celle de « la proportionnalité du cautionnement »[1365], et s'insère dans des problématiques plus vastes : celle de la proportionnalité des sûretés[1366], voire de l'existence d'un principe général de proportionnalité en droit privé[1367].

Cette appellation semble pourtant inadéquate. La proportionnalité renvoie à ce qui est proportionnel, à un « rapport mathématique constant »[1368]. Elle n'a donc de sens que si l'on compare au minimum quatre données. Le coefficient de proportionnalité unissant A à B étant utilisé comme référence, la valeur de B' pourra être déduite de celle de A'. La comparaison entre les ressources du garant et l'engagement souscrit n'implique que deux données, dont on cherche à voir si elles sont proportionnées, en application d'un principe – nécessairement subjectif – de juste proportion[1369]. Négativement, il s'agit, par ce contrôle, d'éviter la disproportion[1370].

[1364] Selon D. MAZEAUD, thèse préc., n° 705, la clause pénale est « une arme de dissuasion destinée à conjurer l'infidélité contractuelle ». La réalisation d'un risque, dont l'extériorité aux parties et le caractère aléatoire sont des *essentialia,* ne peut être considérée comme une telle infidélité.

[1365] C'est pour cela que, lorsque nous l'avons brièvement abordée dans la première partie, nous avons utilisé cette appellation (*supra*, n° 181). Sur cette question, V. not. Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe », *in Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 843.

[1366] P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *in Mélanges Simler*, Dalloz, 2006, p. 291 ; N. MOLFESSIS, « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et Droit*, mai-juin 2000, p. 4 ; S. PESENTI, « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés, *LPA*, 11 mars 2004, p. 12.

[1367] V. par ex. M. BÉHARD-TOUCHAIS, « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA*, 30 sept. 1998, p. 3. Encore au-delà du droit privé, le principe est bien connu, par exemple, en droit administratif, en droit communautaire ou en droit pénal : Y. PICOD, art. préc., n° 1, et les réf. citées. L'auteur expose que : « Chaque fois, il s'agit d'établir un juste rapport entre le procédé et l'objectif, autrement dit de mettre en adéquation les moyens employés à la finalité recherchée ».

[1368] *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, préc., V° « Proportionnalité », sens n° 1.

[1369] Comp. *op. cit.*, même terme, qui admet au sens n° 2 : « par extension, principe d'adéquation ». Comp., encore, P. CROCQ, art. préc., n° 2 s ; N. MOLFESSIS, art. préc., n° 4 : « Tout contrôle de proportionnalité repose sur un rapport entre deux éléments, qu'une telle exigence tend à mettre, plus ou moins parfaitement, en adéquation ». De manière particulièrement frappante, M. BÉHAR-TOUCHAIS

502. Cas des garants professionnels – Par hypothèse, la question de la disproportion ne pourra se poser face à des garants professionnels, dont le patrimoine est largement suffisant pour absorber sans dommage les sinistres considérés individuellement. Ici encore, s'adresser à eux soulage le bénéficiaire d'un certain nombre de préoccupations, auxquelles il devra faire face avec un garant profane.

Au niveau de la communauté globale de risques que ces garants ont à gérer, on cherche toutefois à éviter, en quelque sorte, la disproportion, en imposant aux professions concernées des ratios prudentiels et une couverture suffisante en fonds propres. Ces contrôles sont exercés par les autorités de tutelle dans le souci principal de protéger les clients de ces garants, non les garants eux-mêmes.

503. Plan – Demander aux parties de ne pas souscrire un engagement disproportionné par rapport aux facultés du garant, c'est émettre une exigence relative à l'objet de son obligation. C'est une loi de 1989, à l'origine de l'actuel article L. 313-10 du Code de la consommation, qui a posé pour la première fois une telle exigence, dans le seul domaine des crédits à la consommation[1371]. Cette exigence a ensuite été généralisée par la jurisprudence, sur le fondement d'un principe de droit commun (1), mais la loi est intervenue à nouveau pour en faire une véritable disposition de droit spécial, au champ d'application et à la sanction critiquables (2).

1. Le contrôle d'origine jurisprudentielle

504. Champ d'application – C'est un arrêt « Macron » de 1997, déjà évoqué, qui releva pour la première fois les circonstances, « exclusives de toute bonne foi », dans lesquelles une banque avait fait souscrire un engagement à une caution, engagement disproportionné par rapport à ses revenus et à son patrimoine[1372]. En 2002, un arrêt « Nahoum » vint toutefois restreindre la portée de ce contrôle de juste proportion[1373]. Aux cautions demanderesses, l'une président du conseil d'administration et l'autre directeur général de la société débitrice, la Chambre commerciale de la Cour de cassation reprocha de n'avoir pas démontré « que la banque aurait eu sur leurs revenus, leurs patrimoines et leurs facultés de remboursement raisonnablement prévisibles en l'état du succès escompté de l'opération immobilière entreprise par la société, des informations qu'eux-mêmes auraient ignorées ».

(art. préc.) définit au début de son exposé une approche « purement mathématique » pour en conclure qu'elle ne relève pas du principe de proportionnalité, et l'exclure.

[1370] Le terme « disproportionné » est bien le contraire de « proportionné », et non de « proportionnel ».

[1371] Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, art. 19.

[1372] Cass. com., 17 juin 1997, pourvoi n° 95-14105 : *Bull. civ.*, IV, n° 188 ; *Defrénois*, 1997, p. 1424, n° 158, obs. L. AYNÈS ; *Dr. sociétés*, oct. 1997, p. 9, obs. T. BONNEAU ; *RTD. com.*, 1997, p. 662., obs. M. CABRILLAC ; *RD. banc. et bourse*, 1997, p. 221, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *JCP E*, 1997, II, 1007, note D. LEGEAIS ; *D.*, 1998, p. 208, note J. CASEY ; *LPA*, 27 mai 1998, p. 33, note S. PIEDELIÈVRE ; *RTD. civ.*, 1998, p. 100, obs. J. MESTRE ; *RTD. civ.*, 1998, p. 157, obs. P. CROCQ. V. *supra*, n° 181.

[1373] Cass. com., 8 oct. 2002, pourvoi n° 99-18619 : *Bull. civ.*, IV, n° 136 ; *Defrénois*, 2003, n° 22, p. 411, obs. P. THÉRY ; *RTD. civ.*, 2003, p. 125, obs. P. CROCQ ; *D.*, 2003, p. 414, note C. KOERING ; *JCP E*, 2003, p. 1920, note D. LEGEAIS ; *JCP G*, 2003, II, 10017, note Y. PICOD ; *Banque et Droit*, janv.-févr. 2003, p. 52, obs. F. JACOB ; *JCP E*, 2003, p. 706, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER.

La formule a un air de déjà-vu. Et pour cause : nous l'avons rencontrée lors de l'étude de la jurisprudence relative au devoir de mise en garde des établissements de crédit dans les cas de crédits excédant les facultés de l'emprunteur. Quelques mois avant l'arrêt Nahoum, en mars 2002, la Chambre commerciale opposait ainsi aux emprunteurs demandeurs la même absence d'asymétrie d'information[1374]. Les arrêts ultérieurs renforcent cette interprétation : la Chambre commerciale accepta, dès l'année suivante, l'idée que certaines cautions devaient pouvoir bénéficier d'un contrôle de l'éventuelle disproportion de leurs engagements[1375]. Sans ambigüité, elle vise à présent la qualité de « caution non avertie » pour justifier de ce qu'un simple contrôle portant sur l'asymétrie d'information est insuffisant[1376].

505. Sanction – S'agissant d'un manquement au devoir de bonne foi n'ayant pas causé de vice du consentement, la sanction ne peut être qu'une condamnation du bénéficiaire de la garantie à des dommages-intérêts, qui viendront s'imputer sur le montant dû par la caution. Ainsi, la dette du garant est-elle ramenée aux proportions qui auraient dû être les siennes dès l'origine.

Mais surgit alors une inquiétude : si le bénéficiaire ne craint rien de plus que de voir une garantie hypertrophiée ramenée à une ampleur plus raisonnable, pourquoi se priverait-il d'imposer des exigences démesurées lors de la mise en place de la sûreté ? Exigez, exigez, il en restera toujours quelque chose ! Toutefois, le garant a fourni, pendant toute la durée d'exécution de la sûreté, une prestation comportementale ou de couverture indue, qui a représenté un coût ou une contrainte[1377]. Il est donc légitime, pour en tenir compte, que les dommages et intérêts qui lui seront versés soient supérieurs à la simple soustraction entre le montant de la garantie tel qu'il a été négocié par le créancier, et le montant tel qu'il aurait dû être si l'on avait respecté *ab initio* le principe de juste proportion. Voici qui permettrait, dans un système juridique qui n'admet pas les punitive damages, de faire regretter au créancier son péché de gourmandise.

506. Transposition aux garanties comportementales – Le fait, pour le créancier, d'accepter un cautionnement disproportionné par rapport aux capacités de la caution, est donc considéré comme une atteinte au devoir général de bonne foi, qui doit présider à la conclusion de tout contrat. Manifestation particulière d'un principe de droit commun, le contrôle de disproportion a vocation, semble-t-il, à être exercé quelle que soit la sûreté personnelle considérée.

La transposition de ce contrôle aux garanties comportementales pose cependant des problèmes, qui peuvent sembler insurmontables. Comment juger du caractère disproportionné d'un tel engagement au regard du patrimoine du garant ? Est-il seulement possible de mettre en perspective une obligation de faire ou de ne pas faire, d'un côté, et des revenus ou des actifs de l'autre ? La réponse semble négative, mais la difficulté peut être contournée. Pourquoi ne pas comparer les

[1374] V. *supra*, n° 453.
[1375] Cass. com., 25 mars 2003, pourvoi n° 00-15386, inédit : *JCP G*, 2003, I, 176, n° 4, obs. P. SIMLER ; *RDBF*, 2003, n° 135, obs. D. LEGEAIS.
[1376] Cass. com., 6 févr. 2007, pourvoi n° 04-15362 : *Bull. civ.*, IV, n° 18 ; *RTD. civ.*, 2007, p. 732, obs. P. CROCQ ; *RLDC*, avr. 2007, p. 33, obs. G. MARRAUD DES GROTTES.
[1377] En ce sens, Y. PICOD, art. préc., n° 3, qui estime que le principe de proportionnalité en droit des sûretés permet d'éviter « une immobilisation inutile du patrimoine ». Si cette immobilisation a eu lieu, elle constitue un préjudice.

ressources financières du garant comportemental avec les conséquences patrimoniales qui surviendraient si son engagement n'était pas tenu ? Car c'est bien cela qui risque d'écraser le garant : non pas le comportement qu'il est supposé adopter, mais la condamnation à dommages-intérêts qui sera prononcée contre lui en cas d'échec.

On rétorquera que le montant exact du préjudice qu'il faudra réparer n'est pas exactement connu à l'avance. Ce serait oublier que, s'agissant d'une hypothèse de responsabilité contractuelle, il convient d'appliquer l'article 1150 du Code civil, selon lequel : « Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on a pu prévoir lors du contrat, lorsque ce n'est point par son dol que l'obligation n'est point exécutée ». Or, certains auteurs estiment que, après avoir exigé que seule la cause du dommage ait été prévisible, la jurisprudence va aujourd'hui jusqu'à exiger que la quotité du dommage elle-même le soit[1378]. Il y a là, peut-être, une solution technique qui permettrait d'exercer un contrôle de la disproportion des engagements contractés par les garants comportementaux. Toutefois, la bonne foi du bénéficiaire doit-elle aller jusqu'à vérifier que le garant est capable, non seulement d'assumer l'objet de sa promesse, mais encore les conséquences financières de sa responsabilité contractuelle, s'il devait manquer à sa parole ? Il est permis d'en douter. C'est pourquoi il est souhaitable que la jurisprudence n'aille pas jusqu'à mettre en place un tel contrôle de sa propre initiative. Le législateur pourrait bien évidemment prendre le parti, quant à lui, de l'instaurer par une disposition expresse.

507. Transposition aux garanties par couverture – La mise en place d'un contrôle de la disproportion de la sûreté par rapport au patrimoine du garant suscite également d'importantes difficultés en matière de garanties par couverture. Mais, cette fois-ci, il s'agit ni plus ni moins que des difficultés actuellement rencontrées en matière de cautionnement. Certains se demandent ainsi « comment mesurer l'excès, lorsque le cautionnement garantit des dettes futures, sans limitation, ce qui, jusqu'à nouvel ordre, n'est pas illicite ? »[1379]. Et que faire, même en présence d'une seule dette, lorsque la prestation promise par le garant en cas de sinistre est la réparation de l'entier préjudice subi par le bénéficiaire, non plafonné, si ce préjudice se révèle bien plus important qu'on aurait pu l'imaginer ? Car ici, l'indemnisation étant une prestation positive et non le résultat d'une mise en cause de la responsabilité contractuelle du garant, rien n'oblige à se limiter au préjudice prévisible : l'article 1150 du Code civil n'est pas applicable.

Pour aller jusqu'au bout de la logique initiée par la jurisprudence, une question doit être posée : ne faut-il pas toujours imposer la stipulation d'un plafond lorsque la sûreté est fournie par un garant non averti, plafond à l'aune duquel pourrait ensuite être contrôlée la juste proportion par rapport aux ressources de ce garant ? Mais cette règle existe déjà, ou presque, en droit positif. Elle prend l'allure trompeuse d'une règle de forme : les cautions personnes physiques s'engageant

[1378] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 564 : « il est bien évident que la prévision du genre de dommage qu'il peut causer est tout à fait insuffisante [au débiteur] pour lui permettre de se faire une idée du montant des dommages-intérêts qu'il devra éventuellement verser ». Dans le même sens : L. AYNÈS, P. MALAURIE et P. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 964. *Contra* A. BÉNABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 415.

[1379] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 298.

envers un créancier professionnel doivent toujours stipuler un tel plafond[1380]. Le problème est ainsi résolu. Mais sans doute certaines personnes morales mériteraient-elles d'être qualifiées de garants non avertis, alors qu'elles ne sont pas visées par ce texte.

La physionomie du contrôle de la juste proportion des garanties en jurisprudence ayant été examinée, il faut à présent se tourner vers son pendant légal, au fonctionnement quelque peu différent.

2. *Le contrôle d'origine légale*

508. La consécration législative – C'est un jeu d'influences réciproques qui a donné naissance à l'article L. 341-4 du Code de la consommation[1381] : le contrôle de la proportion du cautionnement a été initié par le législateur en 1989, puis élargi par la jurisprudence, jusqu'à ce que le législateur reprenne la main et l'élargisse à son tour. Cette disposition est ainsi libellée : « Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution, au moment où celle-ci est appelée, ne lui permette de faire face à son obligation ».

Ce texte est donc supposé constituer une avancée par rapport au contrôle conçu par la jurisprudence. Il apparaît pourtant, sur plusieurs points, comme une régression décevante.

509. Champ d'application – Le champ d'application ratione personæ, tout d'abord, est-il plus pertinent sous l'empire de ce texte ? Du côté du bénéficiaire de la garantie, là où la jurisprudence visait les établissements de crédit, c'est la notion de « créancier professionnel » qui est employée. Abondamment utilisée par la loi du 1er août 2003[1382], elle ne renvoie pas à ceux qui font profession d'être créanciers, c'est-à-dire aux seuls établissements de crédit, mais, très largement, à tous ceux qui sont créanciers dans le cadre de leur profession[1383]. Cet aspect du texte semble adéquat.

En revanche, du côté de la caution, on préfère viser la qualité de personne physique plutôt que celle de garant non averti. L'important n'est pourtant pas là : ce qui compte, comme en matière de crédit excessif ou inopportun[1384], c'est bien le

---

[1380] V. *infra*, n° 534 s.

[1381] Ce texte est issu de la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique, art. 11.

[1382] Cette loi y a recours dans les articles L. 341-2 à L. 341-6 du Code de la consommation, à propos du contrôle de proportionnalité, mais aussi des obligations d'information en cours de contrat (V. *infra*, n° 543 s.), et des mentions manuscrites d'avertissement (V. *infra*, n° 530 s.). La notion est apparue pour la première fois à l'article L. 341-1 du même Code, texte relatif au premier incident de paiement du débiteur principal, à la faveur de la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998 d'orientation relative à la lutte contre les exclusions.

[1383] « […] le créancier professionnel s'entend de celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale ». Cela a été jugé par Cass. 1re civ., 9 juillet 2009, pourvoi n° 08-15910, en attente de publication au Bulletin : *Bull. Joly Soc.*, 2009, p. 1048, note D. HOUTCIEFF ; *Dr. sociétés*, oct. 2009, p. 43, obs. A. CERLES. Cette décision était relative aux mentions manuscrites d'avertissement. La définition retenue est exactement celle que préconisait L. AYNÈS, « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et Patr.*, nov. 2003, p. 28, V. p. 30. *Adde* O. GOUT, « La notion de créancier professionnel dans le droit du cautionnement », *RLDC*, déc. 2009, p. 24.

[1384] V. *supra*, n° 452 s.

différentiel de compétence existant entre les deux cocontractants. Le texte protège toutes les personnes physiques, y compris les dirigeants de société ou, de manière plus générale, les personnes dont la formation professionnelle laisse à penser qu'elles disposent de tous les instruments nécessaires pour évaluer elles-mêmes le danger de leur situation. Au contraire, aucune personne morale n'en bénéficie. Le système jurisprudentiel de contrôle, basé sur une vérification *in concreto* des capacités du garant à réaliser lui-même cette étude prospective, semblait préférable.

510. Sanction – La sanction pour laquelle a opté le législateur, ensuite, est-elle plus pertinente que celle issue de la jurisprudence « Macron » ? La réponse est à nouveau négative. Le bénéficiaire est entièrement déchu de son droit de recourir à la garantie. Cette solution empêche de considérer qu'il n'y a là qu'une application spéciale du principe de bonne foi dans la conclusion du contrat, qui ne peut qu'être source de responsabilité civile ou, s'il provoque un vice du consentement, entraîner la nullité du contrat[1385]. Surtout, la sanction est binaire : les droits du créancier sont maintenus ou retirés, sans qu'aucune nuance soit possible. La condamnation à des dommages-intérêts se compensant, le plus souvent partiellement, avec les sommes dues par le garant, est un instrument bien plus fin à la disposition du juge. Il lui est facile « d'amputer » la garantie de la fraction qui lui donnait son caractère disproportionné, en conservant l'efficacité du surplus[1386]. De plus, le système des dommages-intérêts est compatible avec la volonté, affichée par le texte, de ne pas tenir compte d'une disproportion initiale qui aurait été effacée par un accroissement du patrimoine du garant dans l'intervalle séparant la mise en place de la sûreté de sa mise en œuvre. En effet, dans un tel cas, il y a bien une faute de l'établissement de crédit bénéficiaire, mais aucun préjudice n'en découle à la date de l'exécution.

511. Avant-projet de réforme – L'avant-projet de réforme du droit des sûretés issu des réflexions de la commission Grimaldi[1387] prévoit, en son article 2305, que la disposition relative au contrôle de proportion du cautionnement doit être déplacée du Code de la consommation dans le Code civil, et être ainsi libellée : « Le cautionnement souscrit à titre non professionnel par une personne physique est réductible s'il apparaît qu'il était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné aux revenus et au patrimoine de la caution, à moins que ceux-ci, au moment où elle est appelée, ne lui permettent de faire face à son obligation ». Au regard de ce qui précède, il faut remarquer qu'il est nécessaire de se préoccuper de la transposition du contrôle aux sûretés personnelles autres que le cautionnement. Le système préconisé de la réduction de l'engagement disproportionné est, lui, adéquat. Au premier abord, il semble équivaloir au système jurisprudentiel des dommages-intérêts compensés avec les sommes dues par le garant, mais il apparaîtra, lors de l'étude des recours du garant *solvens* contre le débiteur principal, qu'il existe une

[1385] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 463.
[1386] Ajoutons que la déchéance totale imposée au bénéficiaire n'est peut-être favorable aux garants qu'en apparence. On a souligné que cela pourrait avoir l'effet pervers de dissuader les créanciers de contracter, lorsque le patrimoine et les revenus du garant semblent tout juste suffisants au regard du montant de la dette. N'y a-t-il pas en effet un risque de perte totale de la sûreté, pour peu qu'un juge estime qu'on était légèrement au-delà de la ligne jaune ? Les préventions du bénéficiaire sont moindres s'il craint seulement de ne perdre, dans un tel cas, qu'une petite portion de sa garantie. Il contractera plus volontiers (N. MOLFESSIS, art. préc., n° 19).
[1387] Rapport précité.

différence importante entre les deux approches[1388]. Enfin, le champ d'application *ratione personæ* devrait à nouveau être articulé autour de la notion de garant non averti plutôt qu'autour de celle de personne physique, ce qui serait plus rationnel, et conforme aux solutions aujourd'hui classiques en matière de crédit excessif ou inopportun.

IV. Cause

512. L'introuvable cause objective du cautionnement – La quatrième et dernière condition générale de validité des contrats est, conformément aux exigences de l'article 1108 du Code civil : « une cause licite dans l'obligation ». Le concept de cause est l'un des plus difficiles à saisir du droit des obligations. Comment ne pas citer l'excellente formule d'André Rouast : « Si vous avez compris la cause, c'est qu'on vous l'a mal expliquée »[1389] ?

Et pourtant sa mise en œuvre, en matière de cautionnement, a suscité des débats plus complexes encore, du moins s'agissant de la cause objective. Il existe en effet deux types de cause. La cause subjective peut être définie comme le « mobile individuel, concret et variable dans le même type d'acte d'une personne à l'autre (l'un achète une maison pour l'habiter, l'autre pour la louer, un autre pour la revendre) »[1390]. La cause subjective est un instrument de protection de l'intérêt général, en ce qu'elle permet de vérifier que la motivation profonde d'une partie à un contrat n'est pas contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Puisque sa nature même veut qu'elle varie à l'infini selon les contractants considérés, elle ne peut poser aucun problème de définition particulier en matière de garanties. La cause objective, en revanche, est « le but immédiat, la raison proche qui guide chacun des contractants, ce qui donne un sens à son obligation »[1391]. Contrôler son existence permet de protéger les intérêts particuliers des contractants, en s'assurant que l'obligation qu'ils assument a bien une contrepartie. La cause objective est toujours la même pour un type donné de contrat[1392]. La question est alors la suivante : quelle est la cause objective, universelle, toujours identique, de la caution ?

513. Plan – Les réponses apportées par la doctrine et la jurisprudence en matière de cautionnement pourront servir de base à une définition de la cause des garanties indemnitaires. Mais les théories avancées reposent presque toujours sur le postulat qu'il n'y a pas à distinguer entre plusieurs types de cautionnements (A). À ces théories unitaires peut être opposée une théorie dualiste, que la définition de la cause objective, contrairement aux apparences, n'interdit nullement (B).

[1388] V. *infra*, n° 297.

[1389] Cité par D. MAZEAUD, « La cause » *in Le Code civil, 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 469 n° 1. Cet article revient sur l'histoire de la cause, sur les difficultés soulevées par ce concept, et sur les principales pistes de réflexion pour son avenir. Le projet de réforme de la Chancellerie imagine d'ailleurs de remplacer la notion de cause par celle d'« *intérêt* » : V. B. CAVALIÉ et J. MESTRE, « L'offre et la cause au cœur du projet de réforme du droit des contrats », *RLDC*, 2009, supplément au n° 58, p. 19.

[1390] *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Cause », sens 3 a/.

[1391] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 338.

[1392] *Ibid.*

A. Théories unitaires

514. Difficulté : deux cocontractants, une opération à trois personnes – Ce qui rend difficile la recherche de la cause objective de l'obligation du garant, c'est la même raison qui rendait déjà difficile la qualification du contrat de garantie comme unilatéral ou synallagmatique, comme gratuit ou onéreux[1393] : habituellement, ces concepts servent à analyser des opérations tout entières contenues dans le même contrat, tandis que l'opération de garantie concerne trois acteurs. S'échapper, au cours de l'analyse, hors du contrat, qui n'implique que deux des trois protagonistes, c'est immédiatement s'attirer des critiques telles que : « le cautionnement est une sûreté dont l'existence ne doit pas dépendre des relations entre débiteur et caution »[1394]. Ne pas le faire, c'est pourtant perdre de vue l'essentiel. Malgré ces difficultés, les auteurs ont dû prendre parti.

515. Théorie de l'acte abstrait – Une position, toujours défendue à l'heure actuelle mais minoritaire, consiste à placer le cautionnement dans la catégorie des « actes abstraits »[1395], au même titre que les effets de commerce. Il ne faudrait pas comprendre par là que le cautionnement est dénué de cause, mais plutôt que cette cause « n'en est pas recherchée, afin de renforcer sa solidité »[1396]. Cette position est peu développée par ses défenseurs, alors même qu'elle aboutit à rayer d'un trait de plume une condition de validité commune à tous les contrats. Pour cette raison, on ne saurait s'en satisfaire.

516. Théorie de l'avantage accordé au débiteur – Une hypothèse, examinée puis repoussée par son auteur, voudrait que la cause puisse être trouvée dans « la garantie fournie au créancier »[1397] ; une telle formule évoque pourtant bien davantage l'objet du contrat que la cause de l'obligation d'une des parties[1398]. La théorie retenue est alors la suivante : « Si la caution s'oblige, à la demande, habituellement, du débiteur, c'est pour permettre à celui-ci d'obtenir du créancier un crédit ou un autre avantage »[1399]. L'idée est séduisante, et a d'ailleurs convaincu la Cour de cassation, qui a jugé en ce sens dès 1972 : elle approuve une cour d'appel d'avoir retenu que la cause de l'obligation d'une caution « était la considération de l'obligation prise corrélativement par [la banque bénéficiaire de la garantie] à savoir l'ouverture de crédit [au débiteur principal] »[1400]. Cette jurisprudence a, depuis, été confirmée à plusieurs reprises[1401].

Il est souligné que, lorsque le créancier prend des engagements précis en contrepartie de la fourniture de la garantie, de nature à rendre le contrat de sûreté

[1393] Sur les caractères du contrat de garantie, V. *supra*, n° 421 s.
[1394] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 110.
[1395] *Ibid.*
[1396] *Ibid.*
[1397] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 185.
[1398] V. *supra*, n° 477.
[1399] P. SIMLER, *loc. cit.*
[1400] Cass. com., 8 nov. 1972, pourvoi n° 71-11879 : *Bull. civ.*, IV, n° 278 ; *D.*, 1973, jur., p. 753, note P. MALAURIE
[1401] V. par ex. Cass. com., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-11229, inédit : *RDBF*, juill.-août 2006, n° 129, obs. D. LEGEAIS.

synallagmatique[1402], ces avantages conférés au débiteur sont, de la même manière, la cause de l'obligation du garant[1403].

517. Conséquences – Il résulte de cette conception de la cause du cautionnement que les liens qui unissent la caution au débiteur principal constituent un simple motif de l'engagement, dont la disparition est indifférente. L'argument tenant à la perte, par la caution, de ses fonctions de direction dans la société garantie, doit donc être rejeté à un double titre : d'une part, l'existence de la cause est une condition de validité du contrat, qui s'apprécie au jour de sa formation, non postérieurement[1404] ; d'autre part, ce lien avec la société n'est pas la cause de l'engagement, mais simplement un motif, dont l'absence eût été indifférente, y compris au moment de la naissance du contrat[1405]. Dans de telles situations, la meilleure solution, du point de vue technique, consiste à assortir l'engagement d'un terme incertain[1406], mais il n'est pas sûr que le bénéficiaire se contentera d'une sûreté aussi friable.

En revanche, la théorie retenue a permis à certains juges du fond de faire prospérer l'argumentation suivante : si la caution s'est engagée afin que le débiteur principal continue à bénéficier de crédits de la part du créancier, et que ce dernier, aussitôt la sûreté accordée, manque à sa parole et refuse tout concours, l'engagement du garant est privé de cause[1407]. Il ne faudrait pourtant pas surestimer l'importance de cette solution. Une rupture aussi brutale des crédits, immédiatement après l'octroi de la garantie, ouvrira souvent la voie à une action en nullité pour dol, surtout si le bénéficiaire avait pris des engagements précis qu'il n'a pas tenus : il s'agit alors de véritables mensonges[1408].

518. Critiques – Les réserves émises par certains auteurs suscitent pourtant la réflexion : « Peut-on affirmer que le but poursuivi par un organisme financier lorsqu'il se porte caution est le crédit accordé à son client, et non la rémunération versée par celui-ci ? »[1409].

La question mérite en effet d'être posée ; elle pourrait recevoir une réponse satisfaisante, s'il l'on voulait bien admettre qu'une distinction doit être effectuée en la matière.

B. Théorie dualiste

519. La rémunération, cause de l'obligation du garant professionnel – Oublions un instant les définitions techniques du concept de cause, pour nous poser

[1402] V. *supra*, n° 422.
[1403] P. SIMLER, *loc. cit.*
[1404] La solution semble consacrée par la jurisprudence, qui n'a donc pas suivi, pour l'essentiel, les théories de H. CAPITANT relatives au rôle de la cause tout au long de la vie du contrat (*De la cause des obligations*, *op. cit*., n° 121 s.).
[1405] On retrouve ces deux idées dans Cass. com., 8 nov. 1972, précité : « la perte de la direction de la société par [le garant], si elle pouvait influer sur les mobiles qui avaient conduit celui-ci à se porter caution, laissait inchangée la cause de son engagement, fixée au moment de la formation du contrat [...] ».
[1406] V. *infra*, n° 625.
[1407] V. par ex. CA Paris, 6 juin 2003 : Juris-Data n° 222825 ; *Banque et Droit*, mars-avr. 2004, obs. F. JACOB ; *RTD. com*., 2004, p. 143, obs. D. LEGEAIS.
[1408] V. *supra*, n° 442 s.
[1409] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 222. Dans le même sens : P. THÉRY, *op. cit*., n° 46.

la question dans les termes les plus simples : quelle est la contrepartie qu'attend un garant professionnel, en échange de sa couverture ? La réponse est alors évidente : une somme d'argent, qui servira à indemniser les sinistres et, souvent, à lui assurer un bénéfice.

Lorsque le créancier contracte directement une couverture pour lui-même, la convention qui l'unit au garant revêt un caractère synallagmatique. L'imbrication de la prime payée par l'un et de la couverture fournie par l'autre est alors évidente. La cause de l'obligation de l'un est l'objet de l'obligation de l'autre[1410].

Qu'en est-il lorsque le garant professionnel s'engage à la demande du débiteur, qui le rémunère, pour couvrir le créancier ? C'est toujours en considération de cette rémunération qu'il accepte de fournir sa prestation. Mais, une nouvelle fois, le caractère tripartite de la relation considérée vient gêner le fonctionnement des instruments classiques du droit des obligations : le concept de cause objective a été forgé pour des opérations qui s'inscrivent entièrement dans un seul contrat. Ici, il y en aura souvent deux. Une première convention sera passée par le garant avec le débiteur principal : elle stipule une rémunération, lui donne l'ordre de garantir une tierce personne. C'est, pour lui, la plus importante. La conclusion d'un second contrat au bénéfice du créancier ne sera qu'une modalité d'exécution du premier. Dans un tel contexte, vouloir jauger la validité du second contrat de manière indépendante n'a pas grand sens.

520. Cause objective et contrats indivisibles – L'inadéquation du concept de cause à de telles opérations est aujourd'hui reconnue. Il est observé que : « […] la multiplication des ensembles contractuels, c'est-à-dire des contrats qui, tout en conservant leur identité propre, poursuivent la réalisation d'une même opération globale pose, avec acuité, la question de savoir si la définition de la cause ne devrait pas être l'objet d'un certain renouvellement. L'approche classique, en termes de cause de l'obligation, rencontre en effet ici ses limites. Adaptée à l'hypothèse des contrats isolés, elle ne convient pas à celle des ensembles contractuels. En prévoyant que la cause doit être recherchée exclusivement au sein du contrat qui donne naissance à l'obligation, elle "enferme" cette notion dans le contrat et "l'empêche de communiquer avec l'extérieur". Débouchant sur un cloisonnement rigide des contrats, elle se révèle inapte à prendre en compte le fait que peut exister entre certains contrats une véritable unité fonctionnelle »[1411].

La jurisprudence n'est pas restée insensible à ces critiques. Ainsi, plusieurs contrats ayant été passés entre un artiste et un éditeur, le premier demanda que soit prononcée la nullité de l'une des conventions, par laquelle des bandes sonores étaient cédées pour un franc symbolique. La cour d'appel accueillit l'argument de l'absence de cause, mais elle fut censurée par la Cour de cassation : elle aurait dû rechercher si « le contrat de cession ne s'inscrivait pas dans le cadre d'une opération économique constituant un ensemble contractuel indivisible, de sorte qu'il ne

[1410] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 340. S'agissant d'un contrat aléatoire, il est parfois affirmé que la cause objective réside dans l'existence effective d'un aléa (A. BÉNABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 182). En l'occurrence, la cause objective de l'obligation de payer du bénéficiaire est la couverture fournie, qui suppose elle-même l'existence d'un aléa (*supra*, n° 494 s.).

[1411] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 348. Les citations intercalées sont de P. REIGNÉ.

pouvait être annulé pour absence de cause »[1412]. La leçon à tirer est claire : la cause objective de l'obligation d'une partie à un contrat peut être recherchée dans l'existence d'un autre contrat, lorsque ces conventions sont les composantes d'un ensemble indivisible[1413]. Tel est très précisément le cas de l'opération économique, appréhendée globalement, par laquelle un débiteur fournit une couverture professionnelle à son créancier[1414].

Dans l'exemple cité, les deux contrats ainsi reliés par la notion de cause impliquaient les mêmes parties, mais cela n'est pas nécessaire à la mise en œuvre de cette théorie : la jurisprudence reconnaît ainsi la dépendance du contrat de crédit-bail par rapport au contrat de vente qui le rend possible, de sorte que la chute de l'un doit entraîner la chute de l'autre[1415].

521. Deux types de cause objective du garant – Il existe donc deux types de cause objective à l'obligation d'un garant personnel. Certes, il a été rappelé que la cause objective est toujours la même pour un type de contrat donné[1416]. Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de cette affirmation : ce qu'il faut entendre par « un type de contrat » n'étant pas défini par les auteurs, il n'y a aucune raison d'affirmer que tous les contrats ayant le même objet – par exemple, la couverture d'un risque – forment nécessairement un seul type de contrat du point de vue de la cause. Lorsqu'il s'est agi de définir les contours des concepts de garant profane et de garant professionnel, nous avons insisté sur le fait que la prestation fournie pouvait être *in fine* la même, mais que de nombreuses différences de moyens, de philosophie et – c'est le plus important ici – de motivation séparent ces deux types de garants[1417]. Garanties profanes et garanties professionnelles peuvent donc être considérées comme deux catégories de contrats du point de vue de leur cause objective.

Ainsi le garant professionnel s'engage-t-il en contrepartie d'une rémunération, que celle-ci lui soit fournie le créancier lui-même ou par le débiteur.

Le garant profane, quant à lui, est mû par la cause classiquement identifiée par la doctrine en matière de cautionnement, à savoir la volonté de permettre au débiteur principal de conclure ou de maintenir sa relation contractuelle avec le créancier. Si l'on va plus loin encore dans l'examen des raisons qui le poussent à agir ainsi, on rencontre alors les simples motifs, indifférents juridiquement à moins d'avoir été érigés en condition : si le garant souhaite que le débiteur puisse obtenir

---

[1412] Cass. 1re civ., 13 juin 2006, pourvoi n° 04-15456 : *Bull. civ.*, I, n° 306 ; *RDC*, 2007, p. 256, obs. D. MAZEAUD.

[1413] Sur cette question, V. S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois*, 2002, p. 355 ; S. BROS, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.*, 2009, p. 960 ; J. MOURY, « De l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD. civ.*, 1994, p. 255 ; B. TEYSSIÉ, *Les groupes de contrats*, préf. J. MOUSSERON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 139, 1975.

[1414] V. *infra*, n° 665 s.

[1415] Ainsi une Chambre mixte a-t-elle décidé que « la résolution du contrat de vente entraîne nécessairement la résiliation du contrat de crédit-bail, sous réserve de clauses ayant pour objet de régler les conséquences de cette résiliation ». Il s'agit de trois arrêts du 23 nov. 1990, pourvois n° 86-19396, 87-17044 et 88-16883 : *Bull. ch. mixte*, n° 2 et 3 ; *JCP G*, 1991, II, 21642, note D. LEGEAIS ; *D.*, 1991, p. 121, note C. LARROUMET ; *CCC*, 1991, n° 30, note L. LEVENEUR. ; H. CAPITANT, Y. LEQUETTE et F. TERRÉ, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 12e éd., 2008, n° 289.

[1416] V. *supra*, n° 512.

[1417] V. *supra*, n° 365 s.

ou conserver sa relation contractuelle, c'est parce qu'il s'agit de son conjoint, de son fils, de la société dont il est un dirigeant ou un administrateur, d'un partenaire économique, etc.

522. Conséquences – Si cette idée était admise, selon laquelle la cause objective de l'obligation du garant est toujours la rémunération qu'il perçoit, y compris lorsque cette rémunération est versée par le débiteur, quelles en seraient les conséquences ?

Négativement, l'avantage reçu par le débiteur de la part du créancier ne serait plus considéré comme la contrepartie de leur couverture. Or, sur ce fondement, on a vu qu'il était possible d'annuler le contrat de garantie lorsque le créancier a laissé croire que l'octroi d'une couverture l'amènerait à maintenir ses relations avec le débiteur, alors qu'il avait l'intention de les rompre aussitôt après. Une telle action serait alors fermée au garant professionnel. Cela n'a pourtant aucune importance ou presque, pour deux raisons : la première c'est que, dans une telle situation, ainsi qu'il a été exposé, il y a souvent un autre fondement pour obtenir la nullité du contrat de garantie, et notamment le dol[1418], ou peut-être l'absence d'aléa véritable. La seconde c'est que, dans ces affaires, la situation du débiteur étant déjà par hypothèse très critique, un garant professionnel refusera certainement d'intervenir. Seules des personnes partageant avec le débiteur des relations d'affection ou d'intérêt – c'est-à-dire des garants profanes – accepteront de fournir ces « garanties de la dernière chance ».

Positivement, la nouvelle définition de la cause objective de la couverture fournie par les garants professionnels permettra de tenir compte de l'unité fonctionnelle existant entre un contrat par lequel le débiteur rémunèrerait le garant et lui donnerait l'ordre de couvrir le créancier, et un second contrat, suite immédiate du premier, conclu entre le garant et le créancier. Les vicissitudes affectant le premier contrat pourraient ainsi affecter le second, d'une manière qui sera exposée ultérieurement[1419].

523. Garanties comportementales – Les propos précédents n'ont pas distingué, au sein des garanties indemnitaires, entre les garanties par couverture et les garanties comportementales. C'est qu'elles fonctionnent, du point de vue de la cause, de la même façon. Les garanties comportementales sont, par hypothèse, contractées par des garants profanes[1420]. Elles ont donc pour cause l'avantage concédé ou maintenu au débiteur principal par le créancier. Un problème se pose toutefois : l'objet de ces garanties n'impose pas que soit visée précisément la créance en contemplation de laquelle est souscrit l'engagement comportemental[1421]. Cela n'est toutefois pas un problème, puisque l'article 1132 du Code civil dispose : « La convention n'est pas moins valable, quoique la cause n'en soit pas exprimée ». Dans ce cas, c'est au débiteur qui prétend que le contrat est nul de démontrer

[1418] V. *supra*, n° 517.
[1419] V. *infra*, n° 663 s.
[1420] V. *supra*, n° 420.
[1421] V. *supra*, n° 485.

l'absence de cause[1422] – en l'occurrence, le fait que tel avantage que devait obtenir ou conserver le débiteur n'a pas été octroyé par le créancier –, la preuve pouvant être rapportée par tous moyens[1423].

Avec l'étude de la cause, c'est celle des conditions de validité des garanties indemnitaires quant au fond qui prend fin. Il faut à présent aborder, plus brièvement, les conditions de forme.

SECTION 2
CONDITIONS DE FORME

524. La forme du cautionnement, *de lege lata* – Le principe actuel est que le cautionnement, conformément aux principes du droit commun, est un contrat consensuel : il est conclu par la simple rencontre des volontés des cocontractants, sans qu'une forme particulière ne soit exigée. Conformément au droit commun également, il devra tout de même être prouvé par écrit si la valeur en litige dépasse 1500 euros[1424], ce dont il sera difficile de juger à l'avance lorsque seront garanties des dettes futures au montant encore indéterminé. Des exceptions à l'exigence d'une preuve écrite existent en matière civile[1425], et surtout commerciale, lorsqu'il s'agit de prouver un acte de commerce contre un commerçant[1426].

Lorsqu'un écrit sous seing privé sera rédigé, il n'aura à l'être qu'en un seul exemplaire : l'article 1325 du Code civil, dont le texte exige l'établissement d'autant d'originaux qu'il y a de parties « ayant un intérêt distinct », n'est applicable qu'aux contrats synallagmatiques[1427]. En revanche, l'article 1326 sera applicable, qui dispose : « L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres ».

L'application littérale de ce texte au cautionnement d'une obligation de faire et, surtout, au cautionnement illimité, n'est pas possible et exige des adaptations. La Cour de cassation estime qu'il faut alors stipuler « une mention exprimant sous une

---

[1422] Pour des ex. récent, V. Cass. 1re civ., 21 juin 2005, pourvoi n° 04-10673 : *Bull. civ.*, I, n° 270 ; *RDC*, 2005, p. 1013, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois*, 2005, p. 1998, obs. R. LIBCHABER ; Cass. 1re civ., 14 janv. 2010, pourvoi n° 08-18581, en attente de publication au Bulletin.

[1423] Cass. 3e civ., 21 juin 1972, pourvoi n° 71-11523 : *Bull. civ.*, III, n° 416. Il reste que, même dans ces conditions, la preuve d'un fait négatif est difficile à rapporter (Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 356).

[1424] Décret n° 80-533 du 15 juillet 1980 pris pour l'application de l'article 1341 du code civil, tel que modifié par le décret n° 2004-836 du 20 août 2004 portant modification de la procédure civile, art. 56.

[1425] Dans le cas d'existence d'un commencement de preuve par écrit (art. 1347 C. civ.) ou d'une impossibilité matérielle ou morale de constituer un écrit (art. 1348 C. civ.). L'aveu et le serment pourraient théoriquement être utilisés, mais sont rares en pratiques.

[1426] Art. L. 110-3 C. com.

[1427] Le contrat de garantie est parfois synallagmatique (V. *supra*, n° 422) ; corrélativement, l'article 1326 C. civ. n'est pas applicable à de telles conventions.

forme quelconque, mais de façon explicite, la connaissance [par la caution] de la nature et de l'étendue de l'obligation » contractée[1428].

Mais le principal problème posé par cette disposition fut celui de sa sanction : la jurisprudence, très critiquée sur ce point, a fait durant plusieurs années de l'article 1326 du Code civil un texte concernant non la preuve, mais la validité même de la garantie, ce qui a permis d'annuler de très nombreux engagements. Cette position a été abandonnée depuis[1429]. Par conséquent, l'acte de cautionnement qui ne serait pas conforme aux prévisions de l'article 1326 C. civ. vaut tout de même commencement de preuve par écrit, qui peut être complété par des éléments extrinsèques[1430].

Enfin et surtout, l'application de l'article 1326 du Code civil est très souvent écartée par plusieurs textes spéciaux, aux champs d'application mal coordonnés[1431], dont les plus importants sont les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, qui prévoient de longues mentions manuscrites devant être recopiées par certaines cautions, à peine de nullité.

525. Transposition aux garanties indemnitaires – L'article 1326 du Code civil est-il applicable aux garanties indemnitaires ? Les auteurs se sont saisis de la question, notamment, dans leurs commentaires des arrêts de la Cour de cassation relatifs au porte-fort d'exécution[1432]. Certains soulignaient que le garant indemnitaire s'oblige à faire, non à payer, pour l'écarter du champ d'application de ce texte. L'argument est pertinent s'agissant des promesses de comportement personnel, qui consistent effectivement à faire ou à ne pas faire. En revanche, la première partie de l'étude a montré que le porte-fort d'exécution, tout comme la caution, devrait être analysé comme contractant une obligation d'une double nature, qui comporte un élément de couverture, et un élément de règlement[1433]. Lorsque ce dernier, la prestation due en cas de sinistre, est un versement de somme d'argent, il s'agit bien d'une promesse de payer – éventuellement.

L'article 1326 du Code civil paraît donc applicable à certaines garanties indemnitaires. Toutefois, de forts arguments incitent à faire du passé table rase, et à présenter la questions sous un jour nouveau.

526. La forme du contrat de garantie, *de lege ferenda* – La raison d'être de l'article 1326 du Code civil mérite d'être rappelée : « […] comme tous les contrats unilatéraux, le cautionnement ne fait naître de créance qu'au profit d'une partie, qui seule a besoin d'un original, afin d'exercer ses poursuites. L'acte n'est donc dressé qu'en un seul original remis au créancier. Afin d'empêcher celui-ci de modifier frauduleusement le montant de l'obligation, celui-ci doit être écrit en lettres par le débiteur (la caution) ; car il est difficile de falsifier une écriture ; et celle-ci

[1428] Cette formule figure dans de nombreux arrêts, V. par ex. Cass. com., 15 nov. 1982, pourvoi n° 81-13405 : *Bull. civ.*, IV, n° 349 ; *JCP G*, 1983, IV, 38. Pour d'autres références, V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 375.
[1429] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 393 s.
[1430] Le revirement a été initié par Cass. 1re civ., 15 oct. 1991, pourvoi n° 90-10940, inédit : *CCC*, janv. 1992, n° 6, note L. LEVENEUR ; *JCP G*, II, 21923, note P. SIMLER. Il s'est véritablement produit dans Cass. 1re civ., 20 oct. 1992, pourvoi n° 90-21183 : *Bull. civ.*, I, n° 259 ; *JCP G*, 1993, I, 3680, n° 3, obs. P. SIMLER ; *D.*, 1993, somm., p. 311, obs. L. AYNÈS.
[1431] V. *supra*, n° 179.
[1432] V. *supra*, n° 227.
[1433] V. *supra*, première partie, titre II.

peut être vérifiée. La mention spéciale joue le même rôle que le double original d'un contrat synallagmatique »[1434].

Or, si l'établissement d'un deuxième exemplaire du contrat pouvait avoir un coût ou prendre du temps au 19e siècle, il n'en va plus de même aujourd'hui, à l'heure de l'informatique et des imprimantes. Il serait temps de reconnaître que les deux « intérêts distincts » évoqués à l'article 1325 du Code civil existent même dans ce contrat unilatéral bien particulier qu'est, souvent, le contrat de garantie. Simultanément, il faut admettre que le caractère consensuel de ce contrat est déjà devenu largement illusoire : d'abord, toutes les fois où une mention manuscrite est obligatoire, un écrit l'est nécessairement ; ensuite, le caractère exprès qui est exigé du cautionnement n'impose certes pas, théoriquement, qu'un écrit soit dressé, mais il commandera au juge de faire profiter le débiteur du doute, ici plus encore qu'ailleurs[1435], de sorte que tout créancier prudent fera rédiger un acte écrit.

Il paraît donc opportun de rendre obligatoire, à l'occasion de la réforme à venir, l'utilisation de la forme écrite pour un contrat de sûreté personnelle, avec remise d'un exemplaire au garant aussi bien qu'au bénéficiaire. Le garant ou ses héritiers retrouveront ainsi sans difficulté la teneur des engagements souscrits[1436]. Il ne sera plus fait appel à l'article 1326 du Code civil, qui perd sa raison d'être avec le rétablissement de la formalité du double, et qui a de toute manière révélé à plusieurs reprises son inadéquation à la matière.

527. Plan – Cela ne signifie pas que le recours à des mentions obligatoires doit être abandonné. Bien au contraire, l'exigence systématique d'un écrit fournira un support à un nouveau système de mentions, qui jouera un rôle différent selon que le garant est un profane (I) ou un professionnel de la garantie (II).

I. La protection des garants profanes

528. Garanties comportementales – Les engagements d'adopter une attitude déterminée étant constitutifs de simples obligations de faire ou de ne pas faire, aucun formalisme particulier ne semble nécessaire pour avertir le garant : chacun est capable de comprendre une telle promesse. Il suffit de préconiser que, ici aussi, un double exemplaire du contrat soit rédigé, malgré le caractère unilatéral du contrat, en considération de son caractère onéreux et de la présence manifeste de deux intérêts distincts : celui du garant et celui du bénéficiaire.

Il reste à traiter des garanties par couverture.

529. Plan – Si l'on examine le rôle conféré aux mentions manuscrites en matière de cautionnement, on s'aperçoit qu'il peut être aussi bien explicatif (A) que modérateur (B).

A. Le rôle explicatif de la mention

530. Aspect pédagogique – L'un des rôles qui peut être assumé par les mentions manuscrites imposées aux cautions consiste, non à fixer la substance de

[1434] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, note n° 34 p. 73.
[1435] V. *supra*, n° 429
[1436] V. *supra*, n° 422.

l'obligation contractée, mais à révéler à l'observateur extérieur – notamment au juge, dans le cadre d'un éventuel contrôle *a posteriori* – que le garant comprenait ce qu'il faisait. Tel est le cas, à l'évidence, des mentions prévues dans le Code de la consommation pour tout cautionnement par une personne physique d'un créancier professionnel. Ainsi, le texte prévu à l'article L. 341-3 de ce Code lui expliquera ce qu'est un cautionnement solidaire[1437]. De même, l'application de l'article 1326 du Code civil aux cautionnements illimités en montant aboutit à ce que l'on vérifie que le garant comprend la portée de son engagement.

531. Conséquences sur le champ d'application – Il découle de cette vocation pédagogique de la mention manuscrite qu'elle n'est véritablement utile qu'à un garant ignorant des mécanismes dans lesquels il s'engage. C'est pour cette raison que, lorsque la Cour de cassation attendait de la caution s'engageant pour un montant illimité « une mention exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance qu'elle a de la nature et de l'étendue de l'obligation contractée », elle ajoutait que « pour l'appréciation de ce caractère explicite et non équivoque, il doit être tenu compte non seulement des termes employés mais également de la qualité, des fonctions et des connaissances de la caution [...] »[1438]. C'est aussi pour cela que la doctrine semble mal à l'aise face à l'idée que les articles L. 341-2 et L. 341-3 du Code de la consommation, visant les « personnes physiques », abritent sous leur égide les dirigeants de sociétés[1439].

Or, il existe une distinction permettant de prendre en compte les compétences techniques de la caution : celle du garant averti ou non averti. Le garant averti sait se projeter dans l'avenir, analyser des données comptables et juridiques : il n'a pas besoin qu'on lui dise que le crédit constituant l'opération principale est excessif ou inopportun[1440], ni qu'on lui fasse remarquer que son propre engagement est disproportionné par rapport à ses facultés[1441]. De même, le garant suffisamment averti n'aurait pas besoin qu'on lui explique ce que signifie garantir un risque de crédit. Cette notion étant interprétée in concreto, elle permettrait de séparer le bon grain de l'ivraie. Toutes les autres catégories envisageables contiennent des personnes suffisamment averties, et d'autres qui ne le sont pas : les commerçants, les personnes physiques, les personnes morales, les dirigeants sociaux... ne sont pas des catégories homogènes de ce point de vue.

De là à adopter ce critère du garant averti pour déclencher l'obligation de stipuler une mention explicative de l'engagement, il n'y a qu'un pas... qu'il ne faut surtout pas franchir.

[1437] C'est pour cette raison qu'il a été jugé que le cautionnement notarié échappe à cette formalité, les parties bénéficiant des lumières du notaire . Cass. 1ère civ., 24 févr. 2004, pourvoi n° 01-13930 : *Bull. civ.*, I, n° 60 ; *Defrénois*, 2004, p. 1073, note Y. DAGORNE-LABBÉ ; *D.*, 2004, p. 805, obs. V. AVENA-ROBARDET. Cette décision, relative à l'article L. 313-8 du Code de la consommation, est certainement transposable à l'article L. 341-3 du même Code, qui est identique, à l'exception de son champ d'application plus large : S. CABRILLAC, « Le cautionnement notarié », *Dr. et Patr.*, juill.-août 2008, p. 56, V. p. 58.

[1438] Cass. 1re civ., 4 mars 1986, pourvoi n° 84-16818 : *Bull. civ.*, I, n° 49 ; *D.*, 1987, p. 342, 2e espèce, note L. AYNÈS.

[1439] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 255 ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 128. Cela a bel et bien été jugé, par exemple, par CA Amiens, 11 oct. 2007 : *Banque et Droit*, mars-avr. 2008, p. 44, obs. F JACOB.

[1440] V. *supra*, n° 455.

[1441] V. *supra*, n° 504 s.

532. L'exigence de sécurité – Le choix, par la Cour de cassation, d'exercer un simple contrôle léger sur la qualification d'emprunteur ou de garant averti[1442] est adapté à la question de la disproportion de la sûreté. En effet, le créancier qui se serait trompé sur l'appréciation de la compétence de son cocontractant serait seulement sanctionné par une réduction de la valeur de sa garantie, obtenue par une condamnation à des dommages-intérêts venant en compensation des sommes qui lui sont dues. La conséquence n'est pas dramatique, car il ne s'agit que de revenir à ce qui aurait dû être dès l'origine.

En revanche, si l'on souhaite punir l'absence d'une mention manuscrite informative par la nullité de l'engagement, il est évident que le bénéficiaire doit être absolument certain de ce qui est attendu de lui. Il ne peut se permettre de voir sa garantie totalement disparaître parce que l'interprétation in concreto de la compétence du garant par les juges du fond diffère de la sienne[1443].

Faire bénéficier de la protection toutes les personnes physiques engagées envers un créancier professionnel participe de cette exigence de prévisibilité, mais il faut aller encore plus loin : viser tous les garants profanes, c'est-à-dire tous ceux qui ne concluent pas des garanties à titre habituel et professionnel –les garants professionnels constituant la seule catégorie dont il est certain qu'elle ne contient aucune personne méritant de bénéficier d'un avertissement sur les mécanismes des sûretés personnelles. En effet, la qualité de personne morale n'implique, en soi, aucune compétence particulière.

Cet élargissement d'un champ d'application que certains trouvent déjà trop large doit aller de pair avec une diminution du caractère laborieux de la formalité d'avertissement.

533. Technique d'avertissement – Les mentions d'avertissement des articles L. 341-2 et 341-3 du Code de la consommation sont souvent décrites comme une pénible « page d'écriture »[1444], et reposent sur une forme de pédagogie par tendinite du poignet qui, même si elle est également en vigueur dans certains cours magistraux des facultés de Droit, n'a pas encore fait la preuve scientifique de son efficacité. De fait, en écrivant de sa plume « je m'engage à rembourser au prêteur... », le complet profane a peut-être l'impression de participer à l'un de ces rituels archaïques qui peuplent l'imaginaire collectif concernant le droit et ses acteurs. Il est permis de penser qu'une mention pré-imprimée, mais en caractères très apparents, en capitales, et commençant par le mot « avertissement » serait au moins autant de nature à frapper la conscience du garant, tout en épargnant son canal carpien[1445]. La technique des caractères « très apparents » ou « manifestement

[1442] V. *supra*, n° 455

[1443] En droit positif, le contrôle de disproportion contient pourtant une telle « sanction-couperet », alors même que la question de savoir si la garantie était proportionnée aux ressources du garant est subjective : *supra*, n° 501 s.

[1444] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 257.

[1445] Remarquons d'ailleurs que la Cour de cassation a admis, il y a peu, qu'une mention dactylographiée peut satisfaire aux exigences de l'article 1326 du Code civil. Elle décide « qu'il résulte de ce texte, dans sa rédaction issue de la loi 2000-230 du 13 mars 2000 "Adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et signature électronique", que si la mention de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres, écrite par la partie même qui s'engage, n'est plus nécessairement manuscrite, elle doit alors résulter, selon la nature du support, d'un des procédés d'identification conforme aux règles qui gouvernent la signature électronique ou de tout autre procédé permettant de s'assurer que le signataire est le scripteur de ladite mention ». Il s'agit de Cass. 1re civ., 13 mars 2008, pourvoi n° 06-17534 : *Bull. civ.*,

apparents » est déjà connue de notre droit, en matière de consommation ou d'assurances par exemple[1446].

Les avantages de cette technique sont évidents. Le recours au formulaire pré-imprimé permet d'éviter un contentieux potentiellement important sur les omissions, ratures, fautes d'orthographe[1447], sans même évoquer l'hypothèse d'un garant mal intentionné qui introduirait volontairement une erreur dans sa copie pour se ménager une porte de sortie[1448]. Surtout, cela permet de donner un large champ d'application – tous les garants profanes – à la mention d'avertissement sans que cela n'ennuie personne : ceux qui concluent une garantie pour la première fois seront forcés de remarquer une mention en caractères très apparents, débutant par « avertissement » et sous laquelle ils devront immédiatement signer ; ceux qui ont l'expérience de ce genre d'engagement n'auront qu'une seconde à perdre pour se soumettre à cette formalité. La sécurité juridique en sortirait renforcée.

Le texte de l'avertissement devrait être libellé de manière générale, de sorte qu'une seule disposition du Code civil suffise à couvrir toutes les situations impliquant un garant profane. Il pourrait donc s'agir de considérations générales sur le danger qu'il y a à couvrir un risque de crédit au bénéfice d'un créancier. Cela permettrait de supprimer tous les textes spéciaux relatifs aux crédits à la consommation, aux crédits immobiliers ou aux baux d'habitation[1449].

Le rôle explicatif de la mention étant ainsi satisfait, il reste à évoquer sa fonction modératrice.

B. Le rôle modérateur de la mention

534. L'impact de la forme sur le fond – Les mentions manuscrites spéciales ont beau se présenter comme des règles relatives à la forme du cautionnement, elles produisent des effets qui touchent indiscutablement au fond du contrat. Les articles L. 313-7 et L. 341-2 du Code de la consommation imposent en effet que soient précisées les limites du cautionnement, en montant et en durée. La limitation en durée ne paraît pas nécessairement pertinente, car un cautionnement à

I, n° 73 ; *JCP G*, 2008, I, 152, n° 4, obs. P. SIMLER ; *JCP G*, 2008, II, 10081, note E. PUTMAN ; *D.*, 2008, p. 911, note I. GALLMEISTER. La technique d'avertissement que nous proposons s'affranchirait de l'article 1326 du Code civil, mais il est intéressant de noter que même cette vénérable disposition est sans doute amenée à évoluer.

[1446] V. par ex. les art. L. 121-62, L. 121-70 ou L. 217-6 C. Conso ; L. 113-15, L. 132-5-2 ou L. 211-16 C. assur.

[1447] Un litige a par exemple été porté jusqu'à la Cour de cassation parce que le garant avait omis la conjonction de coordination « et » entre le montant et la durée de la garantie, ce qui n'affectait en rien le sens du texte : l'annulation fut heureusement refusée. Il s'agit de Cass. 1ère civ., 9 nov. 2004, pourvoi n° 02-17028 : *Bull. civ.*, I, n° 254 ; *JCP G*, 2005, I, 135, n° 4, obs. P. SIMLER ; *JCP E*, 2005, p. 180, note D. LEGEAIS ; *RDC*, févr. 2005, p. 403, obs. D. HOUTCIEFF.

[1448] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 257.

[1449] V. *supra*, n° 179. Il n'est pas utile de s'attarder, dans le cadre de cette étude, sur la singulière obligation imposée par l'article L. 313-21 du CMF à l'établissement de crédit qui souhaite accorder un concours financier à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle et « qui a l'intention de demander une sûreté réelle sur un bien non nécessaire à l'exploitation ou une sûreté personnelle consentie par une personne physique ». Dans ce cas, il « doit informer par écrit l'entrepreneur de la possibilité qui lui est offerte de proposer une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise et indique, compte tenu du montant du concours financier sollicité, le montant de la garantie qu'il souhaite obtenir ». Le champ d'application est aussi clairement défini que l'utilité du texte est douteuse.

durée indéterminée peut être résilié, conformément au droit commun, moyennant un préavis suffisant[1450] ; cette possibilité est perdue lorsqu'une durée déterminée est imposée. Quant à la limitation en montant, elle est peut-être pertinente, mais il faudrait alors la présenter clairement comme telle, et non l'imposer subrepticement au détour d'une mention manuscrite.

535. Limitation de l'obligation du garant – La question de l'opportunité d'une limitation de l'obligation du garant profane quant aux risques qu'il est autorisé à couvrir a déjà été soulevée[1451]. De même, imposer la stipulation d'un montant maximum pour l'engagement peut se justifier. Savoir quelles sommes pourront être engagées « dans le pire des cas » est un gage de prévisibilité, aussi bien pour le garant que pour le bénéficiaire. Lorsque le garant est considéré comme non averti, le plafond stipulé à l'origine permettra de vérifier que la sûreté était proportionnée à son patrimoine. Si le garant est averti, et que le bénéficiaire n'a donc pas à se soucier de la juste proportion[1452], le plafond peut être calculé largement : si le garant est véritablement une personne disposant des compétences nécessaires pour apprécier le risque qu'elle court en offrant sa garantie, elle ne s'effraiera pas d'un chiffre élevé.

En poussant le bénéficiaire à s'interroger sur la somme qu'il peut raisonnablement espérer recueillir en actionnant son garant profane, le plafond peut l'amener à prendre conscience de l'insuffisance de cette seule sûreté, et le pousser à exiger d'autres garants profanes, des sûretés réelles ou, mieux, un garant personnel professionnel.

Stipuler un plafond global pour la garantie ne semble donc présenter aucun inconvénient dirimant, et n'empêche en rien de couvrir un ensemble indéterminé de dettes futures.

Les deux rôles des mentions devant figurer dans les garanties profanes, informatif et modérateur, ont été décrits. Abordons à présent la question des mentions figurant dans les garanties professionnelles.

II. La protection du bénéficiaire de garanties professionnelles

536. Conditions générales de forme – Notre proposition consistant à imposer la rédaction d'un écrit pour le contrat de garantie ne devrait gêner en rien les garants professionnels, qui rédigent systématiquement leurs contrats, qu'ils soient banquiers ou assureurs[1453]. Une garantie professionnelle est toujours rémunérée, que ce soit par le créancier ou par le débiteur. Elle revêt donc un caractère synallagmatique[1454].

[1450] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 282.

[1451] V. *supra*, n° 493.

[1452] Nous proposons en effet, *de lege ferenda*, de modifier le droit positif pour que le contrôle de disproportion ne bénéficie plus qu'aux garants non avertis, et non à toutes les personnes physiques contractant avec un créancier professionnel : V. *supra*, n° 509.

[1453] Pour ces derniers, l'article L. 112-3 C. assur. dispose que : « Le contrat d'assurance et les informations transmises par l'assureur au souscripteur mentionnées dans le présent code sont rédigés par écrit, en français, en caractère apparents ».

[1454] Lorsque la garantie professionnelle est souscrite par le débiteur, c'est le « contrat d'ordre » passé entre eux qui présentera un caractère synallagmatique, tandis que le « contrat d'exécution », par lequel le garant professionnel accordera sa couverture au bénéficiaire, présentera un caractère unilatéral : V. *infra*, n° 663 s.

La rédaction systématique d'un écrit en double exemplaire n'aura donc aucun caractère nouveau pour les garants professionnels. Ces contrats serviront de support à certaines mentions, qui ne joueront pas le même rôle qu'en matière de garanties profanes.

537. Absence de rôle modérateur – Il n'est pas nécessaire, en effet, d'imposer un plafond de garantie à un assureur professionnel sous couvert d'une condition de forme. Il ne peut y avoir disproportion entre leur engagement et leur patrimoine, et ils doivent être libres de s'engager, s'ils le souhaitent, sans autre limite en montant que celle résultant de l'application du principe indemnitaire[1455]. En pratique, un plafond, même très large, sera souvent stipulé[1456].

538. Rôle explicatif – Les mentions figurant dans les garanties professionnelles peuvent en revanche se voir reconnaître un certain rôle explicatif. Il ne s'agit évidemment pas d'informer le garant sur le sens de son engagement, qu'il maîtrise parfaitement. Non, l'information est ici davantage destinée au client, qui doit comprendre ce à quoi il a droit. C'est dans cet esprit qu'il est prévu, en matière d'assurances, par l'article L. 113-1 C. assur., que les exclusions de garanties doivent être non seulement « limitées »[1457], mais aussi « formelles ». L'article L. 112-2 du même Code précise même, *in fine*, que : « Les clauses des polices édictant des nullités, des déchéances ou des exclusions ne sont valables que si elles sont mentionnées en caractères très apparents ». On retrouve la technique des caractères très apparents, qui pourrait cette fois-ci, *de lege ferenda*, être mise au service, non du garant, mais de son cocontractant.

Les conditions de validité d'un contrat de garantie indemnitaire, relativement au fond et à la forme, ont été exposées. Il faut encore dit un mot de la sanction.

SECTION 3
SANCTIONS

539. Nullité d'une garantie professionnelle – Il a été exposé que la méconnaissance des conditions de formation d'un contrat de garantie indemnitaire peut, dans certains cas, être sanctionnée par des dommages et intérêts[1458]. Mais, bien souvent, elle provoquera la nullité du contrat de garantie. S'il s'agissait d'une garantie professionnelle rémunérée, les primes doivent-elles être restituées ?

Un auteur fait remarquer que la caution professionnelle aura « immobilisé des fonds et, en tout cas, assumé un risque »[1459]. Cette idée ne peut être qu'approuvée : la couverture fournie par un garant personnel est une véritable prestation, y compris lorsqu'aucun sinistre ne se produit[1460].

[1455] V. *supra*, n° 500.
[1456] Sur les plafonds en matière d'assurance, V. J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1548 s.
[1457] V. *supra*, n° 497.
[1458] Par exemple lorsque le bénéficiaire de la garantie fait souscrire au débiteur principal un crédit inopportun ou excessif, ou qu'il obtient une sûreté personnelle disproportionnée par rapport au patrimoine et aux revenus du garant.
[1459] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 555.
[1460] V. *supra*, n° 360 s.

Dès lors, la nullité du contrat devrait entraîner un double jeu de restitutions : restitution au souscripteur de la garantie des primes par lui versées, mais aussi restitution au garant, par équivalent, d'une somme correspondant au service fourni[1461]. Par compensation, cela aboutira à ce qu'une partie seulement des primes soit restituée par le garant au souscripteur[1462].

CONCLUSION DU CHAPITRE I

De l'étude de la formation d'une convention de garantie indemnitaire, il faut retenir qu'elle obéit pour l'essentiel au droit commun des contrats. Lorsque, parfois, nous avons rencontré une véritable règle de droit spécial du cautionnement, son champ d'application s'est révélé inutilement étroit. Le fait qu'une seule sûreté personnelle soit visée ne s'explique en rien par des particularités liées au caractère accessoire renforcé, mais plutôt par des raisons historiques : l'hégémonie du cautionnement était telle, jusqu'à une époque récente, que le législateur ne pouvait se soucier d'envisager d'autres figures. Dès lors, les textes en question mériteraient d'être modifiés et appliqués aux garanties indemnitaires.

L'étude de la première des conditions de validité des contrats fixées par l'article 1108 du Code civil, le consentement de la partie qui s'oblige, a mis en évidence l'importance d'une bonne information du garant. Celui-ci s'apprête à remettre un droit sur son patrimoine personnel entre les mains du bénéficiaire, au soutien du contrat principal. C'est pourquoi le devoir de bonne foi impose que soit rétabli le déséquilibre qui peut exister entre les deux parties, en termes d'information sur la situation du débiteur principal, ou en termes de compétence. Cela, du moins, si le garant est un profane : s'il est un professionnel, il bénéficie d'une compétence indiscutable, et pourrait être soumis à un système d'« information provoquée » inspiré du droit des assurances, réduisant fortement les possibilités d'annulation de la garantie.

Le deuxième ensemble de conditions de validité a suscité des difficultés plus importantes en matière de pouvoir que de capacité. L'article 1415 du Code civil, relatif à l'époux commun en biens désireux de conclure un contrat de garantie

[1461] C'est la solution qui doit être adoptée pour toute annulation d'un contrat à exécution successive, qui comporte un service qui ne peut être restitué en nature. Par exemple, en cas de nullité d'un contrat de bail, la restitution des loyers au locataire est compensée par une restitution par équivalent de la jouissance des lieux, dont le montant est fixé souverainement par les juges du fond : V. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit*., n° 425.

[1462] En matière d'assurances, l'art. L. 113-8 C. assur. pose une solution spéciale en cas de nullité consécutive à une fausse déclaration intentionnelle de l'assuré, « quand cette réticence ou cette fausse déclaration change l'objet du risque ou en diminue l'opinion pour l'assureur, alors même que le risque omis ou dénaturé par l'assuré a été sans influence sur le sinistre ». Dans ce cas, l'assureur peut conserver les primes payées « à titre de dommages et intérêts ». Cette solution semble tout à fait originale. Elle ne peut, en effet, s'appuyer sur l'adage « *nemo auditur* » de droit commun, car celui-ci s'oppose aux restitutions consécutives à la nullité d'un contrat ayant une *cause immorale*, ce qui n'est pas le cas ici. Plus surprenant, l'article vise également les fausses déclarations effectuées postérieurement à la formation du contrat, pendant la vie de la convention – alors que la cause de *nullité* d'un contrat doit toujours être *congénitale*. Dans ce dernier cas, la pseudo-nullité ne voit ses effets rétroactifs remonter qu'à la date de la déclaration en cause, non à la conclusion du contrat. La terminologie utilisée est donc inadaptée (En ce sens, J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », art. préc., n° 351).

personnelle, fait partie de ces textes qui viennent d'être évoqués, dont le champ d'application est manifestement mal défini, et mériterait d'être modifié. Quant aux dispositions soumettant la conclusion d'un tel contrat, par une société anonyme, à une autorisation du conseil d'administration ou de surveillance, leur champ d'application est suffisamment large. Mais c'est la sanction qui concentre ici toutes les critiques : l'absence d'autorisation emporte inopposabilité de la garantie, ce qui entraîne des conséquences graves pour le tiers bénéficiaire, et pour lui seul. Cette procédure d'autorisation devrait pourtant servir à éclairer les contre-pouvoirs sociaux sur une décision des dirigeants, la garantie de la dette d'autrui, suffisamment anormale pour mériter d'être expliquée. Dès lors, la sanction du défaut d'autorisation devrait être interne : elle pourrait être alignée sur le régime du non-respect des statuts.

Le troisième ensemble de conditions de validité, tenant à l'objet, permet plus que tout autre de comprendre ce qui sépare les garanties comportementales des garanties par couverture. Les premières ont un objet simple : adopter une attitude, faire ou ne pas faire, sans qu'il soit nécessaire de viser les dettes que l'on espère ainsi conforter. Les secondes sont basées sur un couple composé d'un risque et d'une prestation due en cas de sinistre, comme cela est le cas en matière d'assurance. Ici encore, des textes dérogatoires au droit commun devaient être examinés : ceux qui exigent que la garantie soit proportionnée au patrimoine et aux revenus du garant. Mais, une nouvelle fois, il n'y a aucune raison de les cantonner au cautionnement. Par ailleurs, le contrôle de juste proportion paraissait plus pertinent tel qu'il avait été conçu par la jurisprudence, plutôt que tel qu'il a été ensuite mis en place par le législateur.

S'agissant de la cause, dernière condition de fond de validité des contrats, il a d'abord été nécessaire de souligner son inadéquation à des opérations à trois personnes, telles que l'opération de garantie. Une analyse dualiste a été proposée, qui voit la cause du garant profane dans l'avantage obtenu par le débiteur principal grâce à la sûreté, mais qui admet que la cause du garant professionnel est la rémunération qui lui est versée.

Une modernisation des conditions de forme a été défendue : contrat rédigé, malgré son caractère unilatéral, en plusieurs exemplaires, dont l'un sera fourni au garant ; corrélativement, fin de l'application de l'article 1326 du Code civil, devenu inadapté, à cette matière ; définition d'une mention d'avertissement des garants profanes, qui sera pré-imprimée pour éviter le contentieux relatif à la page manuscrite, véritable prime à la mauvaise foi. Lorsque le garant est un professionnel, ce sont le bénéficiaire et le souscripteur de la garantie – qui peuvent être des personnes distinctes, ou non – qui sont protégés : le premier pour savoir de quelle prestation il bénéficie, le second, si la prime qu'il verse est justifiée. Les exclusions de garantie doivent donc être très apparentes.

Un mot sur les conséquences de la nullité d'une garantie professionnelle a clos cette étude de la formation du contrat, à laquelle doit succéder celle de son exécution.

CHAPITRE II

EXÉCUTION

540. Plan – L'exécution des contrats de garantie indemnitaire va, au premier chef, susciter des interactions entre garant et bénéficiaire (section 1). Mais le garant qui aura été amené à payer à la place du débiteur principal pourra, la plupart du temps, exercer des recours contre lui (section 2).

SECTION 1
RELATIONS ENTRE GARANT ET BÉNÉFICIAIRE

541. Plan – Le caractère généralement unilatéral du contrat de garantie[1463] n'exclut pas l'existence, à la charge du bénéficiaire, de certains devoirs (I). Ce terme permet d'englober un certain nombre de sujétions qui pèseront sur lui, sans pour autant constituer des obligations au sens technique[1464]. Mais c'est évidemment sur le garant que pèseront les charges les plus lourdes[1465] (II).

I. Devoirs du bénéficiaire

542. Plan – Encore et toujours le principe de bonne foi ? Le bénéficiaire d'une garantie, contrairement à ce que l'on aurait pu imaginer, ne peut se contenter de classer le contrat dans ses archives, en attendant d'avoir peut-être à s'en servir, mais sans guère plus s'en soucier jusque-là. Certaines actions ou abstentions sont attendues de lui qui, sans aller jusqu'à constituer de brillantes illustrations de solidarisme contractuel, témoigneront d'un minimum de respect de son cocontractant. Il s'agira principalement d'informer le garant (A), mais aussi de préserver – dans une certaine mesure – ses intérêts (B)[1466].

A. Informer le garant

543. Nécessaire rationalisation des textes – Il serait long et fastidieux de rappeler quels sont, en droit positif, les textes instituant une obligation d'information

---

[1463] V. *supra*, n° 422.
[1464] V. *supra,* n° 356 s.
[1465] Même pour le garant, l'usage de ce terme générique est justifié, dans la mesure où la couverture assurée par certains d'entre eux comporte certes un aspect de prestation, qui en fait une obligation au sens technique, mais aussi un aspect « non obligationnel » (*ibid.*).
[1466] Telles sont les deux conséquences attachées par P. DUPICHOT (thèse préc., n° 497 s.) au devoir d'exécuter de bonne foi une sûreté personnelle. Il y ajoute « le devoir de ne pas appeler la garantie de manière abusive ou frauduleuse », qui ne trouve pas à s'appliquer s'agissant des garanties indemnitaires.

à la charge du bénéficiaire d'un cautionnement[1467]. L'information requise peut porter sur l'encours de l'obligation garantie en principal, intérêts et frais, ou sur le premier incident de paiement.

L'avant-projet de réforme du droit des sûretés[1468] formule probablement le souhait de l'ensemble des juristes et des justiciables lorsqu'il propose, en son article 2307, de remplacer l'ensemble des textes mettant en place une information sur l'encours garanti par une disposition unique, qui prendrait place dans le Code civil, et ainsi libellée : « Le créancier professionnel est tenu, avant le 31 mars de chaque année, de faire connaître à toute caution personne physique le montant du principal, de la dette et de ses accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente, sous peine de déchéance des intérêts et accessoires échus depuis la date de la précédente information et jusqu'à celle de la communication de la nouvelle information. Dans les rapports entre le créancier et la caution, les paiements effectués pendant cette période sont imputés prioritairement sur le principal de la dette. Si le cautionnement est à durée indéterminée, le créancier professionnel est, en outre, tenu de rappeler à la caution sa faculté de résiliation ».

De la même manière, une disposition unique devrait remplacer l'ensemble des textes imposant un avertissement à la caution lors du premier incident de paiement[1469].

544. Observations – Ici encore, il convient de se demander quels sont les garants qui méritent protection. Tous les garants par couverture devraient être concernés, non les seules cautions. En revanche, ceux qui promettent un comportement ne le font pas en contemplation de l'existence d'une dette particulière[1470], c'est pourquoi il ne semble pas utile de les informer de l'encours garanti ou du premier incident de paiement : s'ils adoptent bien le comportement promis, les vicissitudes de l'obligation principale ne les concerneront pas.

En revanche, au sein des garants par couverture, il faudrait théoriquement écarter du bénéfice du texte non pas les garants avertis, mais les garants intégrés ou proches du débiteur – la question n'est pas ici leur compétence, mais la nature des informations dont ils disposent. Certains textes spéciaux bénéficient pourtant aux dirigeants, qui doivent ainsi être informés de ce qui advient dans leur propre société[1471], ce qui semble excessif. À l'inverse, viser, comme l'avant-projet de réforme du droit des sûretés, les seules personnes physiques, paraît insuffisant. Les garants professionnels, qu'on a écartés jusqu'ici de toutes les formes de protection dont bénéficient les profanes, apprécieraient certainement d'être informés de l'évolution du risque qu'ils couvrent ; or, ils ne sont jamais des proches du débiteur principal, susceptibles de trouver ces informations par eux-mêmes.

[1467] V. déjà *supra*, n° 182.
[1468] Précité.
[1469] P. SIMLER souhaiterait qu'il figure dans le Code de la consommation (*op. cit.*, n° 444). Le champ d'application différent que nous nous apprêtons à proposer milite pour une place dans le Code civil, aux côtés du texte sur l'encours garanti.
[1470] V. *supra*, n° 485.
[1471] La question s'était posée, par exemple, à propos de l'article L. 312-22 CMF, appliqué au bénéfice d'un dirigeant par Cass. com., 25 mai 1993, pourvoi n° 91-15183 : *Bull. civ.*, IV, n° 203 ; *JCP E*, 1993, II, 484, note H. CROZE ; *LPA*, 21 juill. 1993, 7, note C. GAVALDA ; *RTD. com.*, 1994, p. 698, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ. L'art. L. 341-6 C. conso., qui bénéficie à toute personne physique, aboutit aux mêmes résultats.

Une solution pourrait être, comme il a été proposé en matière de mention d'avertissement[1472], de viser volontairement très large. Pour simplifier la tâche des bénéficiaires et leur éviter d'avoir à s'interroger, tous les 31 mars, sur le degré d'intégration à l'opération principale ou de proximité avec le débiteur principal de tous leurs garants, le choix pourrait être fait d'étendre le bénéfice de l'information – de l'encours et du premier incident de paiement – à tout garant d'un créancier professionnel. Dans un deuxième temps, pour éviter de faire aux garants bien renseignés un cadeau qu'ils ne méritent pas, dans le cas où l'information redondante n'aurait pas été envoyée par le créancier, le caractère automatique des déchéances d'intérêts pourrait être évité, en restituant au mécanisme sa véritable nature. Il semble en effet qu'il s'agisse d'une manifestation spéciale du concept général de bonne foi – une de plus –, dont la violation devrait être sanctionnée par l'octroi de dommages-intérêts. Or, si un garant intégré fait grief au bénéficiaire de ne pas lui avoir envoyé l'information, alors qu'il est évident qu'il était parfaitement renseigné, il pourra démontrer une faute – la violation du texte instituant les obligations d'information – mais aucun préjudice. Il n'y aura alors aucune condamnation du créancier venant, par compensation, diminuer sa dette.

Fournir au garant certaines informations n'est pas le seul devoir du bénéficiaire.

B. Préserver les intérêts du garant

545. Plan – Pour qu'il puisse être considéré qu'il exécute de bonne foi le contrat de garantie, le bénéficiaire ne pourra se contenter de transmettre au garant certaines informations objectives, comme celles qui viennent d'être mentionnées. Dans certaines hypothèses, il devra plus largement concilier la recherche légitime de son intérêt propre avec la conservation des intérêts du garant, en ménageant les recours dont ce dernier pourrait bénéficier par subrogation après avoir payé (1), et en modérant ses poursuites de sorte qu'il reste toujours au garant une somme minimale pour vivre (2).

1. Un devoir de conservation des recours du garant

546. Présentation du bénéfice de subrogation – L'article 2314 du Code civil dispose 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. Toute clause contraire est réputée non écrite ». Ce texte repose sur une idée simple, du moins en apparence : lorsque le garant s'est engagé envers le bénéficiaire, il savait que, s'il était amené à payer à la place du débiteur principal, il serait subrogé dans les droits dudit bénéficiaire. Il est donc probable qu'il se place dans les liens du contrat de sûreté en tenant compte des divers instruments juridiques qu'il a vocation à recueillir, et qui l'aideront à recouvrer auprès du débiteur les sommes dont il a fait l'avance, par priorité sur les autres créanciers. Dès lors, si le bénéficiaire, par ses actions ou abstentions, perd le bénéfice de ces instruments – bénéficiant d'un garant personnel solvable, il sait qu'il n'aura pas lui-même à s'en servir –, il doit être sanctionné.

[1472] V. *supra*, n° 532.

Cette question est désignée par la doctrine comme celle du « bénéfice de cession d'actions »[1473] ou du « bénéfice de subrogation », même s'il s'agit en réalité de se prévaloir de la perte du bénéfice.

La première impression de simplicité que dégage ce texte s'évanouit aussitôt qu'on cherche à le rattacher à un fondement plus général. Les opinions doctrinales sont alors divergentes. Afin d'apprécier la valeur des diverses théories en présence, il peut être utile d'avoir à l'esprit la manière dont l'article 2314 du Code civil est interprété par les tribunaux.

547. Régime – Le régime de cette disposition a vu ses contours progressivement dessinés par une jurisprudence abondante. Les « droits, hypothèques et privilèges » dont il est question recouvrent des mécanismes nombreux : des sûretés, bien évidemment[1474], mais aussi d'autres droits, comme une action résolutoire[1475], ou même l'action en revendication rendue possible par la présence, dans le contrat principal, d'une clause de réserve de propriété[1476]. Il doit s'agir de droits ayant existé au moment de la conclusion du cautionnement, ou que le créancier s'est engagé à obtenir, non de droits nés postérieurement[1477]. Le « fait du créancier » peut être une simple négligence[1478], mais il doit toujours revêtir un caractère fautif[1479].

La jurisprudence a ajouté une condition, qui ne figure pas dans le texte, selon laquelle, pour obtenir réparation, le garant doit justifier d'un préjudice. Ainsi, il ne peut être reproché au créancier de n'avoir pas inscrit un nantissement, sans vérifier que cela aurait effectivement amélioré la situation du garant subrogé[1480]. Lorsque la conservation du droit aurait permis de ne désintéresser le garant qu'en partie, il ne sera déchargé qu'à cette hauteur, non entièrement[1481].

548. Fondements proposés – Plusieurs théories ont été avancées pour justifier la règle figurant à l'article 2314 du Code civil. Il serait fastidieux de les présenter toutes, nous ne reviendrons donc que sur les plus marquantes[1482].

[1473] Sur les origines romaines de cette expression, V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 796.

[1474] Cette notion recouvre bien sûr, à elle seule, une grande variété de situations. Citons par ex. un gage automobile (Cass. com., 20 juill. 1973, pourvoi n° 72-11502 : *Bull. civ.*, IV, n° 259).

[1475] Cass. 1re civ., 17 févr. 1993, pourvoi n° 90-12916 : *Bull. civ.*, I, n° 75 ; *CCC*, juin 1993, n° 108, note L. LEVENEUR.

[1476] Cass. com., 24 avr. 2007, pourvoi n° 04-13898, inédit : *RDBF*, juill.-août 2007, p. 16, obs. A. CERLES.

[1477] Cass. 1re civ., 17 oct. 1995, pourvoi n° 93-19840 : *Bull. civ.*, I, n° 366 ; *D.* 1996, somm., p. 268, obs. L. AYNÈS ; *RTD. com.*, 1997, p. 147, obs. A. MARTIN-SERF.

[1478] Cass. 1re civ., 24 janv. 1979, pourvoi n° 76-14714 : *Bull. civ.*, I, n° 33 ; *JCP G*, 1979, IV, 104 ; *D.*, 1979 IR, p. 238.

[1479] Cass. com., 27 juin 1967 : *Bull. civ.*, III, n° 263.

[1480] Le créancier prétendait, dans cette affaire, que le produit de la vente du matériel nanti aurait été entièrement absorbé par une créance superprivilégiée ; la cour d'appel aurait dû procéder à cette recherche. Cass. com., 5 juin 2007, pourvoi n° 06-12632, inédit : *RJDA*, nov. 2007, n° 1151 ; *RDBF*, sept.-oct. 2007, n° 177, obs. A. CERLES. V. aussi, dans des circonstances similaires, Cass. com., 22 sept. 2009, pourvoi n° 08-17908, inédit : *RLDC*, nov. 2009, p. 33, obs. J.-J. ANSAULT.

[1481] Cass. 1re civ., 15 déc. 1998, pourvoi n° 96-20626 : *Bull. civ.*, I, n° 361 ; *JCP G*, 1999, I, 116, n° 8, obs. P. SIMLER ; *Banque et Droit*, sept.-oct. 1999, p. 49, obs. F. JACOB ; *RJDA*,févr. 1999, n° 225.

[1482] V. not. les inventaires très complets de A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 1119 s. ; D. HOUTCIEFF, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », *RTD. civ.*, 2006, n° 2, p. 191 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 798.

L'une d'elles, avancée par la Cour de cassation elle-même[1483], consiste à voir dans les droits préférentiels susceptibles de bénéficier à la caution *solvens* la cause objective de son engagement. Cela n'est pas convaincant : si le garant s'engage en considération d'un contexte qui comprend ces éléments, il est impossible d'y voir la contrepartie, la raison première qui justifie qu'il s'oblige. On ne s'engage pas à payer 1000 euros dans le but d'en récupérer finalement 500 auprès du débiteur ! L'étude de cette question de la cause avait démontré que le garant profane s'engage afin que le débiteur obtienne ce qu'il recherche dans son contrat principal passé avec le créancier, et le garant professionnel parce qu'il est rémunéré[1484]. Ce qu'ils voient dans le bénéfice de subrogation, c'est le moyen de diminuer le poids de leur propre prestation.

Une autre théorie, énoncée par des juges du fond sans encourir la censure de la Haute juridiction, voulait que « la perspective de la garantie » perdue par le créancier ait constitué « une condition déterminante » de l'engagement des cautions[1485]. S'il faut comprendre par là que la perte de la garantie pourrait être érigée en condition résolutoire, cela est certainement vrai si telle est la volonté expresse des parties. Mais il n'y aura tout d'abord aucun besoin de se fonder sur l'article 2314 du Code civil ; ensuite, il ne sera pas exigé que la perte de la garantie soit fautive ; enfin, la sanction ne pourra être une simple réduction de l'engagement de la caution à proportion des droits perdus.

Christian Mouly a avancé l'idée d'une déchéance légale fondée sur l'idée de bonne foi[1486]. L'idée est assurément séduisante, mais certains relèvent que la déchéance devrait toujours aboutir, pour le créancier, à une perte totale de sa sûreté, ce qui n'est pas le cas[1487].

Enfin, la théorie selon laquelle il s'agirait d'une forme de responsabilité contractuelle est réfutée par M. Simler, en tant qu'elle serait incompatible avec le caractère unilatéral du cautionnement[1488].

Certains en viennent à estimer qu'il est vain « d'expliquer en termes de rationalité contemporaine une institution qui nous vient du fond des âges. Le bénéfice de subrogation n'a aucune des fonctions de modèle de comportement que l'on veut attribuer à la règle de droit depuis l'époque moderne. Il n'est en fait qu'un outil de solution des conflits, une façon de donner à chacun sa juste part »[1489]. Mais conclure au caractère sui generis d'un mécanisme est toujours décevant. Le rattacher à une catégorie existante améliore la prévisibilité et la cohérence de son fonctionnement. De plus, si la règle est considérée comme véritablement spécifique au cautionnement, la question de sa transposition aux garanties indemnitaires s'en trouvera compliquée.

[1483] Cass. req., 5 déc. 1843 : *DP*, 1844, 1, p. 58.
[1484] V. *supra*, n° 512 et s., spéc. n° 521.
[1485] Cass. 1re civ., 24 févr. 1982, pourvoi n° 81-10163 : *Bull. civ.*, I, n° 89 ; *JCP G*, 1982, IV, 168 ; *Defrénois*, 1982, p. 1628, obs. J.-L. AUBERT.
[1486] C. MOULY, thèse préc., n° 442 s.
[1487] P. SIMLER, *loc. cit.* L'auteur ajoute que cette thèse « est davantage un constat qu'une qualification ».
[1488] *Ibid.* Contre la théorie de la responsabilité contractuelle, V. aussi D. HOUTCIEFF, « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », art. préc., spéc. n° 22 s. L'auteur se prononce cependant en faveur d'une analyse reposant sur la violation, par le créancier, d'un devoir de bonne foi, qui aboutit à une déchéance « proportionnée au préjudice de la caution, non pas parce qu'elle en constituerait la réparation, mais pour de simples raisons d'équité » (n° 34). La même position se retrouve dans le traité co-écrit avec A.-S. BARTHEZ, *op. cit.*, n° 1137.
[1489] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 301.

549. Le fondement retenu : la responsabilité du créancier de mauvaise foi – L'argumentation qui refuse le fondement de la responsabilité contractuelle en arguant du caractère unilatéral du contrat est pourtant contestable. Ce caractère signifie simplement qu'aucune obligation, au sens technique, ne repose sur le bénéficiaire. En revanche, pèsent sur lui certains devoirs, par exemple d'information, qu'on qualifie parfois d'« obligations » par commodité. Il ne peut leur être apporté, en cas de violation, aucun des remèdes classiques à l'inexécution du contrat – exécution forcée ou résolution pour faute, par exemple[1490]. Ces devoirs sont bien souvent des manifestations du devoir de bonne foi dans la conclusion ou dans l'exécution du contrat, ce qui va dans le sens de l'idée émise par Christian Mouly[1491].

La violation du devoir de bonne foi et de ses manifestations spéciales peut entraîner la responsabilité contractuelle de la partie fautive. Un tel fondement est cohérent avec la plupart des grandes lignes du régime que la jurisprudence accole à l'article 2314 du Code civil : exigence d'une faute, d'un lien de causalité, versement de dommages-intérêts à la hauteur du préjudice réellement subi.

Il n'est pas étonnant que le devoir de bonne foi produise de nombreuses conséquences en matière de contrat de garantie. Le bénéficiaire est souvent en position de force, particulièrement face à un garant profane, un déséquilibre face auquel l'application d'un principe modérateur tel que la bonne foi est particulièrement pertinente.

550. Bonne foi et *duty of mitigation* – Pour aller plus loin encore, l'article 2314 du Code civil ne peut-il être rattaché, dans sa philosophie, au devoir connu dans les droits de *common law* sous le nom de « *duty of mitigation* » et qui pourrait être considéré, en droit français, comme une déclinaison du devoir de bonne foi ? Il s'agit du devoir pour le créancier « de réduire autant qu'il le peut le dommage dont le débiteur devra l'indemniser : ce n'est pas parce qu'autrui répondra d'un incendie qu'on ne doit pas chercher à l'éteindre »[1492].

Ainsi les principes Unidroit relatifs aux contrats du commerce international contiennent-ils un article 7.4.8, dont l'alinéa 1 dispose : « Le débiteur ne répond pas du préjudice dans la mesure où le créancier aurait pu l'atténuer par des moyens raisonnables »[1493]. Les « principes du droit européen des contrats » comportent un texte semblable[1494], de même que la Convention de Vienne sur la vente

[1490] V. *supra*, n° 356.

[1491] Les autres auteurs du manuel de droit des sûretés auquel a contribué Christian MOULY semblent aujourd'hui prendre une certaine distance avec cette idée : « Il y avait dans cette analyse l'errement d'une tentative d'explication à l'aide des idées contemporaines, par là soumise à l'influence si pesante du rationalisme du XXe siècle » (M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, note n° 241 p. 212).

[1492] A. BÉNABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 415-1. V. aussi P.-Y. GAUTIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD. civ.*, 1995, p. 797, n° 38 s.

[1493] Les *Principes* sont consultables sur www.unidroit.org. V. B. FAUVARQUE-COSSON, « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC*, 1998, p. 462, spéc. le n° 24, à propos du *duty of mitigation*, et de l'accueil que le droit français pourrait lui réserver.

[1494] Article 9:505, (1) : « Le débiteur n'est point tenu du préjudice souffert par le créancier pour autant que ce dernier aurait pu réduire son préjudice en prenant des mesures raisonnables ».

internationale de marchandises[1495]. L'avant-projet Catala de réforme du droit des obligations va lui aussi dans ce sens[1496]. Certes, ces textes visent l'indemnisation versée par un débiteur à l'issue d'une action en responsabilité civile, mais la même solution devrait pouvoir être appliquée à l'indemnisation considérée comme une prestation, positivement assumée par un garant[1497].

La jurisprudence a reconnu un devoir pesant sur le créancier de ne pas aggraver artificiellement la situation du garant, dans les circonstances suivantes : le créancier s'était abstenu pendant de nombreux mois de résilier un contrat de bail, alors même que plus aucun loyer n'était versé, et s'est contenté de se tourner ensuite vers le garant en lui réclamant la totalité des sommes dues. La cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, y a vu un comportement fautif[1498]. Le commentateur de cet arrêt opère, à juste titre, un rapprochement entre cette solution et le bénéfice de subrogation : « Non seulement, le créancier doit s'abstenir de tout ce qui pourrait nuire au recours subrogatoire du garant, mais encore il doit faire son possible, en exerçant la plénitude de ses droits à l'égard du débiteur, pour alléger au maximum le poids de la garantie consentie »[1499].

Il est vrai qu'un argument pourrait s'opposer à cette analyse de l'article 2314 du Code civil : « L'équité, la loyauté et la bonne foi eussent exigé que la caution fût déchargée chaque fois que le créancier a laissé perdre un droit préférentiel, quels qu'aient été le moment ou les circonstances de sa constitution, alors qu'elle ne l'est que si les droits préférentiels existaient ou étaient entrés dans les prévisions de la caution au moment de son engagement »[1500]. Mais remarquons, tout d'abord, que la jurisprudence pourrait évoluer et décider, sur la base du même texte, de sanctionner le fait de négliger et de laisser dépérir un droit préférentiel obtenu après la conclusion du contrat de garantie, ce qui serait compatible avec l'idée d'un devoir de modération du préjudice. Toutefois, même si elle persistait dans sa position actuelle, la jurisprudence ne remettrait pas forcément en cause l'analyse en termes de bonne foi. Le solidarisme contractuel doit nécessairement avoir des limites, et si l'on poussait le raisonnement jusqu'au bout, le créancier devrait rechercher, tout au long de la période pendant laquelle il bénéficie de la garantie, à s'assurer un maximum de droits préférentiels pour conforter la position du futur garant *solvens* subrogé. Les

[1495] Art. 77 : « La partie qui invoque la contravention au contrat doit prendre les mesures raisonnables, eu égard aux circonstances, pour limiter la perte, y compris le gain manqué, résultant de la contravention. Si elle néglige de le faire, la partie en défaut peut demander une réduction des dommages-intérêts égale au montant de la perte qui aurait dû être évitée ». Pour la consultation en ligne de cette convention, on constatera non sans surprise que le site officiel français de l'accès au droit, Légifrance, renvoie... au Recueil systématique du Droit suisse en ligne, sur www.admin.ch, partie « Documentation », RS n° 0.221.211.1.

[1496] Avant-projet précité, article 1373 : « Lorsque la victime avait la possibilité, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son préjudice ou d'en éviter l'aggravation, il sera tenu compte de son abstention par une réduction de son indemnisation, sauf lorsque les mesures seraient de nature à porter atteinte à son intégrité physique ».

[1497] C'est le cas en assurance maritime : l'article L. 172-23 C. assur. dispose ainsi : « L'assuré doit contribuer au sauvetage des objets assurés et prendre toutes mesures conservatoires de ses droits contre les tiers responsables. Il est responsable envers l'assureur du dommage causé par l'inexécution de cette obligation résultant de sa faute ou de sa négligence ». Appelant de ses vœux la généralisation de ce mécanisme à toutes les assurances de choses : G. DURRY, « Est-on obligé de minimiser son propre dommage ? », *Risques*, mars 2004, p. 111.

[1498] Cass. com., 5 déc. 1995, pourvoi n° 93-18936 : *RTD. civ.*, 1996, p. 898, obs. J. MESTRE.

[1499] J. MESTRE, obs. préc.

[1500] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 798.

textes précités reconnaissant un devoir de modération du dommage n'exigent du créancier que la mise en œuvre de moyens « raisonnables ». La Cour de cassation peut décider de même qu'il est raisonnable d'attendre du créancier qu'il ne laisse pas flétrir les droits préférentiels dont le garant connaissait l'existence lorsqu'il s'est engagé, ou qu'il avait promis d'obtenir, mais qu'il est excessif de punir le créancier qui aurait perdu un droit acquis ultérieurement.

551. Généralisation du mécanisme – L'existence d'un texte consacrant un bénéfice de subrogation en matière de droit des assurances plaide également en faveur de la reconnaissance d'un fondement général à ce mécanisme. L'article L. 121-12, alinéa 2 du Code des assurances dispose ainsi : « L'assureur peut être déchargé, en tout ou en partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur »[1501].

Du plus vaste au plus précis, pourrait ainsi être déduit du devoir général de bonne foi un devoir pesant sur chaque créancier de ne pas augmenter artificiellement les dépenses que son débiteur sera amené à supporter – le terme « débiteur » figurant dans cette proposition renvoyant, dans le cadre d'un contrat de garantie, au garant et non au débiteur principal. Plus précisément encore, serait déduit de ce devoir de « mitigation » que le créancier qui bénéficie d'une sûreté personnelle doit veiller sur les recours du garant, qui a vocation à les recueillir.

La question de savoir à quelles garanties indemnitaires cette règle est applicable en appelle une autre : quels sont les garants indemnitaires qui ont vocation à bénéficier d'un recours subrogatoire contre le débiteur principal ? La réponse sera apportée ultérieurement[1502].

552. Renonciation au bénéfice – Dans sa rédaction actuellement en vigueur, l'article 2314 du Code civil, après avoir décrit le bénéfice de cession d'actions, précise que « toute clause contraire est réputée non écrite »[1503]. Conformément au droit commun, cela ne devrait pas interdire de renoncer à une décharge déjà acquise, mais seulement une renonciation anticipée[1504]. Cette prohibition est tout à fait opportune s'agissant d'un garant profane. Mais il semble qu'un garant professionnel devrait pouvoir renoncer par anticipation au bénéfice, si telle est sa volonté. En échange d'une probabilité plus faible de bénéficier d'une position intéressante après subrogation dans les droits du bénéficiaire, il augmentera certainement la prime qu'il réclame. Il est en mesure de prendre une telle décision de manière éclairée, sans qu'il faille le protéger contre son gré.

Il faut encore aborder un dernier devoir susceptible de peser sur le bénéficiaire d'une garantie indemnitaire.

[1501] Sur ce mécanisme, V. J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1680 s.
[1502] V. *infra*, n° 606 s.
[1503] Rédaction issue de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 relative à la prévention et au règlement amiable des entreprises en difficulté.
[1504] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 810.

2. *Un devoir de modération dans la poursuite des garants personnes physiques*

553. « Reste à vivre » de la caution – L'article 2301 du Code civil dispose *in fine* que : « En toute hypothèse, le montant des dettes résultant du cautionnement ne peut avoir pour effet de priver la personne physique qui s'est portée caution d'un minimum de ressources fixé à l'article L. 331-2 du code de la consommation ». La place qu'occupe ce texte au sein du Code civil pourrait suggérer, au premier abord, que la disposition ne bénéficie qu'aux cautions simples[1505] – une espèce pourtant en voie d'extinction, tant la solidarité est devenue une clause de style de tout acte de cautionnement. La finalité humanitaire du texte et l'expression « en toute hypothèse » incitent à refuser ce cantonnement[1506]. De plus, les travaux parlementaires ne révèlent aucune trace d'une volonté de refuser le bénéfice du texte aux cautions solidaires[1507], ce qui incite à conclure à une maladresse du législateur.

554. Extension du champ d'application – Il semble évident que tout garant personne physique, quelle que soit la technique juridique employée pour le lier, mérite de se voir reconnaître un tel minimum vital. Au-delà même d'un droit commun des sûretés, cette disposition appartient au droit commun des débiteurs en difficulté.

Les quelques devoirs du bénéficiaire ayant été passés en revue, il faut s'intéresser aux principales sujétions découlant d'un contrat de sûreté personnelle : celles qui pèsent sur le garant.

II. Devoirs du garant

555. Plan – Ce qui est attendu du garant est, *a priori*, fort simple : il doit fournir une prestation, qui consiste à couvrir un risque, ou à adopter un comportement susceptible d'augmenter les chances d'exécution du contrat principal. L'étude de l'objet de l'obligation du garant l'avait déjà révélé[1508]. Mais dans quelle mesure, exactement, ces promesses vont-elles se révéler contraignantes pour leur auteur, et efficaces pour le créancier ? Entre la parfaite exécution de ses obligations par le débiteur principal et l'inexécution nettement fautive, la réalité sera souvent plus nuancée, et un certain nombre d'arguments pourraient être avancés par le garant pour refuser de payer[1509]. On touche là au cœur du régime des sûretés personnelles. Ces questions seront examinées successivement dans le cas d'une garantie par couverture (A), puis dans celui d'une garantie comportementale (B).

A. Garanties par couverture : indemniser les sinistres

556. Plan – Il est enseigné classiquement qu'une caution peut opposer au bénéficiaire toutes les exceptions tirées du rapport principal, dont le débiteur lui-

[1505] *Ibid.*, n° 501.
[1506] *Ibid.*
[1507] Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe », art. préc., n° 18.
[1508] V. *supra*, n° 477 s.
[1509] Au nombre de ces arguments, il faut évidemment compter la nullité du contrat de garantie lui-même, en cas de non-respect de certaines des conditions de formation décrites au chapitre précédent.

même pourrait se prévaloir, à l'exception de l'incapacité dudit débiteur lorsqu'elle est garantie en connaissance de cause[1510]. Dans une conception renouvelée, l'événement affectant le contrat principal doit être confronté à la définition du risque par les parties. La première question à se poser sera donc : « le risque d'inexécution imputable au débiteur s'est-il réalisé ? ». Nous raisonnerons ici à partir de l'hypothèse d'une couverture « normale », celle du risque d'inexécution d'une obligation valable, imputable au débiteur.

Ces deux approches seront comparées au regard des principales exceptions dont il est classique de se demander si elles bénéficient ou non à la caution. Elles peuvent être regroupées en deux grandes masses, selon que le débiteur principal est in bonis (1) ou qu'il fait l'objet d'une procédure collective (2).

1. *Débiteur principal* in bonis

a. Paiement par le débiteur principal

557. Paiement par le débiteur principal avant sinistre – Le risque d'inexécution peut être défini de différentes manières. Le sinistre peut être caractérisé dès l'instant où l'obligation principale est exigible mais reste impayée, ou, le plus souvent, dans des conditions plus draconiennes : écoulement d'un certain délai, ou poursuites restées infructueuses, par exemple. Si l'obligation principale est payée par son débiteur alors que les conditions du sinistre n'étaient pas encore réunies, il n'y a aucun problème car le risque ne se sera pas réalisé.

558. Paiement par le débiteur principal après le sinistre – Que se passe-t-il, cependant, si les conditions du sinistre se trouvent réunies, que naît alors un droit à règlement du bénéficiaire, mais que le débiteur principal décide enfin de payer, avant le garant ? En matière de cautionnement, le lien d'accessoire renforcé entraînerait l'extinction simultanée de l'obligation principale et de celle de la caution. Mais la logique du sinistre n'est-elle pas, quant à elle, irréversible ? Ce serait oublier le très important principe indemnitaire, qui interdit toute forme d'enrichissement du bénéficiaire grâce à une sûreté ou à une assurance[1511]. Il faudra donc tenir compte du paiement effectué par le débiteur principal, même s'il est tardif, tant qu'il est antérieur au paiement du garant[1512].

b. Compensation

559. Cautionnement – La situation est la suivante : il existe entre A et B deux créances, l'une de A contre B et l'autre, inversement, de B contre A. Le garant couvre le risque d'inexécution de la première, qui reste impayée. Peut-il opposer au bénéficiaire l'existence de la dette en sens inverse, de sorte que les créances se compensent à hauteur de la moins élevée des deux ?

[1510] Sur cette question, V. *supra*, n° 53 et 408.
[1511] V. *supra*, n° 500.
[1512] Le garant ne sera pas forcément entièrement libéré par ce paiement, même s'il est intégral. S'il s'est engagé à réparer le préjudice subi par le bénéficiaire, et que le paiement a été tardif, il a pu en résulter des dommages qui doivent être indemnisés.

En matière de cautionnement, l'article 1294 du Code civil prévoit expressément, en son premier alinéa, que : « La caution peut opposer la compensation de ce que le créancier doit au débiteur principal ». La Cour de cassation applique ce texte à tout cautionnement, y compris solidaire[1513]. Précisons – cela prendra tout son sens ultérieurement – que la Cour qualifie la compensation d'« exception inhérente à la dette ».

560. Garantie par couverture – Comment faut-il traiter cette exception de compensation dans le cadre d'une garantie par couverture ne reposant plus sur le caractère accessoire renforcé ? L'article 1294 du Code civil ne trouvera plus à s'appliquer. Cependant, l'article 1290 du même Code, qui traite du droit commun de la compensation, dispose : « La compensation s'opère de plein droit par la seule force de la loi, même à l'insu des débiteurs ; les deux dettes s'éteignent réciproquement, à l'instant où elles se trouvent exister à la fois, jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives ». Dès lors que les conditions de la compensation légale sont réunies[1514], la compensation devrait donc être instantanée et automatique. La jurisprudence a pourtant choisi de développer une interprétation du texte grâce à laquelle le phénomène ne peut se produire contre la volonté des deux parties : la compensation doit être invoquée pour produire ses effets, et le juge ne peut soulever ce moyen d'office[1515].

Plusieurs conséquences en découlent. Tout d'abord, puisque le risque couramment couvert par un garant est l'inexécution imputable au débiteur, il pourrait être soutenu que, en l'occurrence, l'inexécution est imputable au créancier. En effet, si les conditions légales sont réunies, il n'a qu'un mot à dire pour que la compensation s'opère : il paie ainsi sa propre dette et éteint corrélativement, en tout ou partie, la dette garantie. Le risque pourrait donc être considéré comme n'étant pas réalisé, à hauteur de la dette du bénéficiaire envers le débiteur principal. Ensuite, à considérer même que le risque est réalisé, n'y a-t-il pas ici un nouveau cas de manquement, de la part du bénéficiaire, à son devoir de bonne foi, alors qu'il s'abstient d'exercer une prérogative qui pourrait éviter l'inexécution en tout ou partie ? En demandant le paiement à son débiteur pour le tout, alors même que la compensation était possible, le créancier renonce, de manière tacite mais non équivoque, à se prévaloir de cette compensation[1516], renonciation fautive. Enfin, si cet argument n'est pas non plus retenu, il n'est pas douteux que les parties peuvent convenir de libeller le risque de manière à exclure qu'il soit réalisé alors qu'existe une possibilité de compensation au bénéfice du créancier.

Inversement, si l'idée, selon laquelle la compensation exclut que le risque d'inexécution imputable au débiteur se soit réalisé, était retenue par les tribunaux, il deviendrait possible de stipuler, dans la garantie, la couverture d'un « risque exceptionnel » que le bénéficiaire soit à la fois créancier mais aussi débiteur de son débiteur, de sorte que la prestation serait due malgré tout. Comme tout risque

---

[1513] Cass. 1re civ., 1er juin 1983, pourvoi n° 82-10749 : *Bull. civ.*, I, n° 165 ; *JCP G*, 1983, IV, 248 ; *D.*, 1984, p. 152, note J.-L. AUBERT ; *Rev. sociétés*, 1983, p. 587, obs. M. JEANTIN ; *RTD. civ.*, 1984, p. 330, obs. P. RÉMY.

[1514] Il s'agit de la réciprocité, de la fongibilité et de la liquidité des dettes, conditions assouplies lorsque les dettes sont connexes. V. par ex. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1392 s.

[1515] Cass. req., 11 mai 1880 : *DP*, 1880, 1, p. 470.

[1516] Sur la renonciation à la compensation, V. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1407.

exceptionnel, la question se poserait alors de savoir s'il ne faudrait pas réserver sa couverture aux professionnels[1517].

c. Prescription

561. Libération du garant – L'article 2219 du Code civil décrit la prescription extinctive comme « un mode d'extinction d'un droit résultant de l'inaction de son titulaire pendant un certain laps de temps ». La matière a été profondément remaniée par une loi de juin 2008[1518], qui porte notamment le délai de prescription de droit commun à 5 ans[1519]. La prescription de l'obligation principale peut évidemment être opposée par la caution au créancier, conformément au principe de l'accessoire renforcé. Mais il est tout aussi certain que la prescription libérera le garant par couverture. En effet, le risque d'inexécution imputable au débiteur n'est, à l'évidence, pas réalisé lorsque le créancier a laissé son droit se prescrire.

d. Confusion

562. Cautionnement – L'article 1301 du Code civil dispose, en son premier alinéa, que : « La confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal, profite à ses cautions ». Il ne s'agit pas d'évoquer, ici, le cas d'une confusion du débiteur ou du créancier avec un tiers, qui sera analysé ultérieurement[1520]. Il s'agit bien, ici, d'une confusion des qualités de créancier et de débiteur du contrat principal, par le jeu de la succession d'une personne physique ou d'une opération de fusion ou d'absorption entre personnes morales.

563. Garantie par couverture – L'existence d'une disposition spéciale au cautionnement pourrait faire craindre, une fois encore, que la solution ne soit pas transposable à un garant par couverture. Cette crainte peut être rapidement dissipée : l'obligation de règlement ne naît que si le risque couvert se réalise ; or, il n'y a ici aucun défaut d'exécution imputable au débiteur. Le débiteur et le créancier sont simplement devenus la même personne, de sorte que l'exécution ne peut plus être réclamée à quiconque.

En revanche, il a été considéré qu'un cautionnement éteint par confusion ne saurait revivre si les qualités de créancier et de débiteur se scindent à nouveau[1521]. Cette solution, inévitable lorsque sont appliquées les règles de l'accessoire renforcé, pourrait être différente dans le cas d'une garantie par couverture, obligation nouvelle et personnelle, dotée d'une existence propre. Si la confusion s'opérait momentanément et que le créancier et le débiteur retrouvaient chacun sa qualité respective, une garantie stipulée pour une certaine durée devrait perdurer. En revanche, si la garantie était stipulée pour la durée de l'obligation principale, il

[1517] V. *supra*, n° 493.
[1518] Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008, portant réforme de la prescription en matière civile.
[1519] Art. 2224 C. civ.
[1520] V. *infra*, n° 629.
[1521] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 700. Sur les hypothèses dans lesquelles la confusion n'est que transitoire : T. VIALATTE, « L'effet extinctif de la réunion sur une même tête de qualités contraires et ses limites », *RTD. civ.*, 1978, p. 567, n° 16 s.

faudrait probablement en conclure qu'elle s'est éteinte au moment de la confusion. Enfin, si la confusion cesse après un certain laps de temps, mais que le créancier ou le débiteur a changé, il se produit une novation de l'obligation, hypothèse qui mérite d'être abordée en tant que telle.

e. Novation

564. Cautionnement – La novation est « l'opération juridique par laquelle les parties décident de substituer une obligation nouvelle à une obligation préexistante, qui est corrélativement éteinte »[1522]. Elle se produit, selon l'article 1271 du Code civil, dans trois hypothèses : le changement du contenu de l'obligation, le changement de débiteur, le changement de créancier. L'article 1281 du Code civil dispose, en son deuxième alinéa, que : « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions ».

565. Garantie par couverture – Ici encore, il n'est pas nécessaire de se référer aux dispositions spéciales au cautionnement pour raisonner en termes de contrat de garantie. Tout dépend de la manière dont est libellé le risque. Si la couverture porte, par exemple, sur toutes les dettes contractuelles qui pourront naître au bénéfice de A dans ses relations avec B, il est fort possible que la novation de l'obligation par changement de son contenu ne la fasse pas sortir du champ de la couverture. De même, une novation par changement de débiteur peut très bien laisser subsister la couverture, si le créancier bénéficiait d'une garantie professionnelle qu'il rémunérait lui-même et qui couvrait, par exemple, les créances contre l'un quelconque de ses clients. Plus précisément, l'obligation initialement couverte va bel et bien disparaître, et avec elle sa garantie, pour renaître comme une autre obligation, elle aussi garantie.

Ces solutions n'ont, en définitive, rien de très surprenant, et consistent simplement à appliquer le contrat de garantie tel qu'il a été stipulé[1523].

f. Remise de dette volontaire

566. Cautionnement – La remise consentie par le créancier, hors du cadre contraignant d'une procédure collective, emporte d'après l'article 1287 du Code civil la libération des cautions. Le caractère accessoire renforcé impose cette solution[1524].

567. Garantie par couverture – La même solution est cependant applicable si l'on considère la remise volontaire de dette à travers le prisme de la garantie par couverture. En effet, pour la partie de la dette ayant fait l'objet de la remise,

[1522] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1417.
[1523] En ce sens, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 687, qui estime qu'il s'agit simplement de respecter le « principe de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté ». S'exprimant à propos de la novation en matière de cautionnement, il ajoute cependant que : « La solution vaut, au demeurant, pour toutes les sûretés personnelles ou réelles dotées d'un caractère accessoire », ce qui est bien le cas des garanties par couverture si le terme « accessoire » est pris dans un sens large.
[1524] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 237.

l'inexécution n'est pas imputable au débiteur, puisqu'elle a été autorisée par le créancier : le risque couvert n'est pas réalisé.

La remise volontaire de dette se rencontrera certainement rarement en pratique, du moins à l'état pur, car le créancier a tout intérêt à agir contre le garant pour la totalité de sa créance, surtout s'il s'agit d'un garant professionnel à la solvabilité certaine. L'abandon d'une partie de la créance peut cependant prendre place dans le cadre plus vaste d'une transaction entre le créancier et le débiteur ; elle aurait alors une ou plusieurs contreparties[1525].

g. Prorogation volontaire du terme

568. Cautionnement – L'article 2316 du Code civil dispose que « La simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas, poursuivre le débiteur pour le forcer au payement »[1526]. Il eût été concevable que la caution soit libérée à l'échéance initialement prévue, en l'absence de poursuites[1527], mais le législateur en a décidé autrement. La Cour de cassation applique régulièrement ce texte, sans distinguer dans ses attendus selon que la caution est simple ou solidaire[1528]. Du caractère accessoire, il découle que la caution peut opposer au créancier le délai supplémentaire accordé au débiteur principal pour refuser de payer à l'arrivée du terme initial[1529]. À l'inverse, le créancier ne peut imposer à la caution un maintien de son obligation au-delà de l'échéance initialement prévue : à ce moment, elle peut donc, comme le prévoit le texte, soit poursuivre le débiteur pour le forcer à payer, soit régler elle-même le créancier, qui ne peut refuser[1530], avant de se retourner elle-même contre le débiteur[1531].

569. Garantie par couverture – Un résultat du même type peut-il être atteint, dans le cadre des garanties par couverture, sans l'appui du droit spécial posé par l'article 2316 du Code civil ? Selon les cas, le garant voudra, comme en matière de cautionnement, se prévaloir de la prorogation – car il estime que les chances que le débiteur parvienne finalement à s'exécuter sont réelles, et qu'ainsi il pourrait ne pas avoir à indemniser un sinistre – ou bien éviter que le contrat principal ne se prolonge – car l'ampleur de la défaillance pourrait bien augmenter. La situation se prête à une double analyse : si le créancier propose une prorogation au débiteur principal c'est parce que, d'une part, il constate qu'il n'est pas apte à s'exécuter, mais aussi, d'autre part, parce que les chances d'exécution pourraient augmenter à court ou moyen terme. Dès lors, la proposition de prorogation faite au débiteur principal doit être simultanément considérée, du point de vue du garant, comme une

[1525] *Ibid.* La transaction produit alors les mêmes effets que la remise de dette.
[1526] Sur la distinction entre prorogation et reconduction du contrat principal, et sur les conséquences de ces événements sur le contrat de cautionnement, V. M.-É. ANDRÉ, « Le sort des cautions en cas de poursuite de la relation cautionnée », *in Mélanges Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 265.
[1527] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 469, qui précise que certaines législations étrangères ont retenu cette solution (note n° 263, p. 491).
[1528] V. par ex. Cass. com., 3 avr. 2002, pourvoi n° 98-13766, inédit : *RJDA*, oct. 2002, n° 1085.
[1529] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 471.
[1530] *Ibid.*, n° 473.
[1531] Le recours personnel de la caution peut aboutir, mais le recours fondé sur une subrogation dans les droits du créancier se heurterait, temporairement, à la prorogation par celui-ci consentie.

offre de prolonger la garantie ou, à défaut, comme une déclaration de sinistre. Selon l'analyse qu'il fera de la situation, le garant fera prévaloir l'espoir futur, ou l'échec présent. S'il accepte la prorogation du contrat de garantie, celui-ci sera modifié par l'accord mutuel des parties ; s'il refuse, la déclaration de sinistre l'amènera à verser la prestation prévue.

h. Déchéance du terme

570. Problématique – Que se passe-t-il lorsque le terme de l'obligation principale, à l'inverse d'être prorogé, déchoit ? Cela peut arriver, tout d'abord, en vertu de la loi. L'article 1188 du Code civil dispose ainsi que : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsque par son fait il a diminué les sûretés qu'il avait données par le contrat à son créancier ». Cela peut arriver, ensuite, en vertu d'une clause contractuelle de déchéance, en cas de manquement du débiteur à certaines de ses obligations. Le garant doit-il alors pâtir de cette déchéance ?

571. Cautionnement – En matière de cautionnement, la solution est discutée. Cette fois-ci, le caractère accessoire renforcé ne s'oppose pas à l'action immédiate du créancier contre le garant, au contraire : l'obligation principale étant devenue exigible, pourquoi la caution, qui est tenue de la même manière, ne pourrait-elle être forcée à payer ? Les arguments suivants ont pourtant été avancés : « Le cautionnement est un contrat dont les stipulations doivent être respectées, conformément à l'article 1134 du Code civil. La caution doit rester tenue de la manière initialement prévue. Rien ne justifierait qu'elle pâtisse d'une déchéance encourue personnellement par le débiteur garanti »[1532]. Le caractère accessoire, présenté pourtant comme une « interconnexion étroite et de tous les instants entre l'obligation du débiteur et celle de la caution »[1533], fonctionne décidément par éclipses, cédant sa place à une autonomie inattendue du contrat de cautionnement lorsque cela semble opportun. D'autres auteurs reconnaissent que l'argument n'est pas totalement convaincant ; s'ils tranchent eux aussi en faveur du maintien, au bénéfice de la caution, du terme initialement stipulé, c'est avant tout pour des raisons d'équité[1534]. La caution s'est en effet engagée à garantir une obligation évoluant dans un contexte législatif, et parfois contractuel, dont elle sait pertinemment qu'il peut aboutir à une déchéance du terme initial. Ne pas donner effet à une clause de déchéance claire et précise, qui figurait dans le contrat que le garant s'est engagé à soutenir, semble bien artificiel.

Le raisonnement d'une cour d'appel semblait donc convaincant, qui avait ainsi fait remarquer à la caution qu'elle « s'était engagée à garantir non seulement le remboursement [d'un prêt], mais encore l'exécution de ses charges et conditions, et avait ainsi pu envisager l'éventualité de l'exigibilité immédiate de la créance, et qu'elle ne saurait bénéficier d'un terme distinct de celui qui s'impose au débiteur ». Ce raisonnement fut pourtant censuré par la Cour de cassation : « en étendant ainsi à la caution la déchéance du terme encourue par le débiteur principal, la cour d'appel a, par fausse application, violé » l'article 2015 du Code civil, devenu depuis l'article

[1532] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 178.
[1533] *Ibid.*, n° 47.
[1534] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 245.

2292[1535]. Invoquer ce texte semble pourtant vain, car la cour d'appel n'a pas étendu le cautionnement « au delà des limites dans lesquelles il a été contracté ».

La jurisprudence admet cependant – c'est bien le moins – qu'une clause contraire soit stipulée dans le contrat de cautionnement : la déchéance du terme de l'obligation principale est alors opposable au garant[1536].

572. Garantie par couverture – En matière de garantie par couverture, le même raisonnement que celui développé en matière de cautionnement pousse à conclure que la déchéance du terme de l'obligation principale est opposable au garant. En effet, lorsque le risque d'« inexécution imputable au débiteur » est garanti, il n'est pas nécessaire de préciser à quelle échéance. Si le terme initial de l'obligation principale n'est pas encore atteint, il n'y a pas inexécution puisqu'elle n'est pas exigible. Mais si le terme déchoit, il faut là encore considérer que le garant avait pris acte de la possibilité, légale ou ménagée par une clause du contrat, que le débiteur principal ait à payer plus tôt qu'il était initialement prévu, en raison de son comportement fautif. Ce risque doit également être couvert. Il y a inexécution imputable au débiteur si l'obligation n'est pas exécutée immédiatement, après déchéance du terme. Contrairement aux solutions qui prévalent actuellement en jurisprudence pour le cautionnement, il faudrait qu'une clause contraire soit stipulée pour que la déchéance du terme ne soit pas couverte par le garant.

i. Remise des poursuites sans remise de dette

573. Cautionnement – L'hypothèse de la prorogation du terme de l'obligation principale a révélé qu'il n'est pas possible au créancier de poursuivre la caution lorsqu'il a temporairement renoncé à poursuivre le débiteur principal. À plus forte raison, pourrait-on croire, il ne pourra poursuivre la caution s'il a définitivement renoncé, non à sa créance, mais à toute poursuite contre le débiteur principal. C'est pourtant la solution inverse qui a été récemment retenue par la Cour de cassation[1537]. Face à un tel engagement, les juges du fond avaient rejeté l'action du créancier contre les cautions, aux motifs « que vis-à-vis de la caution, la renonciation aux poursuites principales n'est pas distinguable de la renonciation à la créance qui en est l'objet, dans la mesure où un tel procédé aboutit au même résultat, qui est de libérer le débiteur et de priver la caution de tout recours à son encontre ; que la caution ne peut cependant être tenue de manière plus sévère que le débiteur principal ; qu'il en découle que la remise faite aux sociétés preneurs a également déchargé la caution de ses engagements ». Leur décision est censurée, sous l'attendu de principe suivant : « la renonciation par le créancier au droit à agir en paiement contre le débiteur principal n'emporte pas extinction de l'obligation principale ni du

[1535] Cass. 1re civ., 20 déc. 1976, pourvoi n° 75-12439 : *Bull. civ.*, I, n° 415 ; *D.*, 1977, IR, p. 148 ; *JCP G*, 1977, II, 18611, concl. P. GULPHE ; *Defrénois*, 1977, art. 31462, obs. J.-L. AUBERT.

[1536] Cass. com., 11 juill. 1988, pourvoi n° 86-11689 : *Bull. civ.*, IV, n° 236 ; *Gaz. Pal.*, 1989, 1, p. 375, note E.-M. BEY ; *JCP G*, 1988, IV, 336.

[1537] Cass. com., 22 mai 2007, pourvoi n° 06-12196 : *Bull. civ.*, IV, n° 136 ; *JCP G*, 2007, I, 212, n° 8, obs. P. SIMLER ; *RDBF*, juill.-août 2007, n° 147, obs. A. CERLES ; *Banque et Droit*, sept.-oct. 2007, p. 67, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RTD. civ.*, 2008, p. 333, obs. P. CROCQ. La solution a ensuite été confirmée par Cass. com., 27 nov. 2007, pourvoi n° 06-18079, inédit. *Adde* P. SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », art. préc..

recours de la caution contre ce débiteur, de sorte que la clause précitée ne fait pas obstacle aux poursuites du créancier contre la caution solidaire ».

La solution repose implicitement sur la distinction, d'origine allemande, entre la « Schuld » et le « Haftung », c'est-à-dire entre la dette et le pouvoir de contrainte, censés cohabiter au sein d'une obligation[1538]. La renonciation à la seconde composante n'entraînerait pas, de la part du créancier, renonciation à la première ; la dette resterait donc vivante, tout en cessant de produire des effets contraignants vis-à-vis du débiteur principal, suffisamment vivante pour que le cautionnement qui lui est attaché comme un symbiote ne dépérisse pas. Les commentateurs s'accordent pour estimer, à juste titre, que la Cour de cassation fait ici peu de cas du caractère accessoire renforcé, qui devrait être radicalement incompatible avec une telle solution[1539]. Le sentiment général est très bien résumé dans la formule suivante : « […] toute remise (quel qu'en soit l'objet) consentie au débiteur et assortie d'une réserve des droits contre la caution, lorsqu'elle est accordée en dehors d'une procédure de traitement des difficultés, recèle une contradiction. […] Le passage, finalement assez complexe, par la distinction entre remise des poursuites et remise de dette n'est qu'un procédé destiné à masquer, sous le voile de la technique, cette contradiction, ou plus exactement à la dissoudre. L'effort est pourtant vain, butant inexorablement sur la règle de l'accessoire »[1540]. Et à quoi bon autoriser cet abandon des poursuites par le créancier puisque, immédiatement après avoir été forcée à payer, la caution ira sonner à la porte du débiteur principal ? L'entorse aux principes semble importante, pour un résultat pratique bien mince.

574. Garantie par couverture – Le problème paraît bien plus simple à résoudre dans le cadre d'une garantie par couverture. Il suffira de regarder comment les parties ont défini le risque d'inexécution. S'il s'agit d'une simple absence de paiement à l'échéance ou dans un certain délai, le créancier pourra agir contre le garant une fois cette condition remplie. Mais bien souvent, surtout si le garant est un professionnel, la définition de la défaillance réalisant le risque impliquera elle-même qu'un minimum de poursuites soit diligenté contre le débiteur principal, par exemple une mise en demeure restée infructueuse. La garantie pourrait même être conditionnée par l'ouverture d'une procédure collective contre le débiteur principal. Dans de tels cas, le créancier ne peut rester inactif.

j. Nullité du contrat principal

575. Nullité absolue – Le cautionnement d'une obligation entachée de nullité absolue ne peut, bien évidemment, produire ses effets. Certains y voient une cause de nullité du cautionnement lui-même[1541], d'autres une caducité rétroactive[1542].

Neutraliser une garantie fonctionnant sur le principe de la couverture lorsque l'obligation principale est nulle – et que ce risque n'est pas volontairement inclus dans la couverture – ne pose aucune difficulté. Toute personne ayant un intérêt à

[1538] En ce sens, O. DESHAYES, note préc., n° 14. Sur cette distinction, V. *supra*, n° 317.
[1539] V. not. P. SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », art. préc.
[1540] O. DESHAYES, note. préc., n° 25.
[1541] M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 321, se prononcent ainsi en faveur d'une nullité pour absence d'objet.
[1542] C. MOULY, thèse préc., n° 201 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 225.

agir peut demander que soit prononcée la nullité absolue d'un contrat : tel sera bien évidemment le cas du garant. Une fois la nullité prononcée, le risque d'inexécution imputable au débiteur ne peut plus se réaliser, et la prestation n'aura donc pas à être versée. Aller jusqu'au bout de la logique ainsi initiée force à constater que le contrat principal étant supposé n'avoir jamais existé, le risque qu'il soit mal exécuté par le débiteur n'a jamais existé lui non plus. Dès lors qu'il n'y avait pas d'aléa véritable à la naissance du contrat de garantie, celui-ci est lui-même frappé de nullité[1543].

576. Nullité relative – Le lien d'accessoire renforcé, en vertu duquel la caution accède, disait Pothier, à l'obligation même du débiteur[1544], devrait imposer la même solution lorsque le contrat principal est entaché de nullité relative. C'est du moins ce que tout le monde pensait jusqu'à une époque récente, et ce que la Cour de cassation jugeait encore en 2005, à propos d'une hypothèse de réticence dolosive : « la caution pouvait opposer au créancier les exceptions qui sont inhérentes à la dette et prendre l'initiative de faire anéantir à son égard le contrat principal en faisant constater sa nullité »[1545]. Le problème se pose en effet uniquement lorsque le débiteur n'a pas pris lui-même l'initiative de faire annuler le contrat, car cette nullité est alors opposable erga omnes, ce qui libère par conséquent la caution[1546], mais aussi le garant par couverture.

577. Sort des exceptions personnelles au débiteur – Mais, contre toute attente, dans un arrêt rendu par une Chambre mixte – quelques mois après la décision, déjà critiquée, relative à l'abandon des seules poursuites contre le débiteur principal[1547] –, la Cour de cassation décida en 2007 que : « la caution ne peut opposer les exceptions qui sont purement personnelles au débiteur principal », et que par conséquent elle « n'était pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destinée à protéger ce dernier, constituait une exception purement personnelle »[1548].

[1543] V. *supra*, n° 495. De plus, il a été démontré que la nullité du contrat de garantie devrait entraîner, en principe, restitution d'une partie – d'une partie seulement – des rémunérations perçues par le garant professionnel (V. *supra*, n° 539). Le contraire a pourtant été jugé en matière de cautionnement : la disparition de l'obligation principale ne rendrait pas nul le contrat de garantie, et la rémunération pourrait donc être conservée. V. Cass. com., 26 juin 2001, pourvoi n° 98-13684, inédit.

[1544] V. *supra*, n° 313.

[1545] Cass. 3e civ., 11 mai 2005, pourvoi n° 03-17682 : *Bull. civ.*, III, n° 101 ; *JCP G*, 2005, IV, 2422 ; *RDBF*, juill.-août 2005, n° 126, obs. D. LEGEAIS ; *RLDC*, août-sept. 2005, p. 36, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *RTD. civ.*, 2005, p. 590, obs. B. FAGES et J. MESTRE. La prise de position de la Cour était d'autant plus nette que le pourvoi affirmait : « que la caution ne peut opposer au créancier que les exceptions qui ne sont pas personnelles au débiteur ; que le vice affectant le consentement du débiteur est une exception qui lui est propre ». Ces arguments, à l'époque, furent donc rejetés, alors qu'ils seront précisément repris en 2007.

[1546] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 228.

[1547] V. *supra*, n° 573.

[1548] Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, pourvoi n° 03-15602 : *Bull. ch. mixte*, n° 5 ; *JCP G*, 2007, II, 10138, note P. SIMLER ; *JCP N*, 2007, p. 1226, note S. PIEDELIÈVRE ; *D.*, 2007, p. 1782, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D.*, 2007, p. 2201, note D. HOUTCIEFF ; *RDBF*, juill.-août 2007, n° 145, obs. A. CERLES ; *RTD. com.*, 2007, p. 585, obs. D. LEGEAIS ; *RDC*, avr. 2007, p. 1226, obs. D. HOUTCIEFF ; *RDC*, 2008, p. 702, obs. C. GRIMALDI ; *RTD. civ.*, 2008, p. 331; obs. P. CROCQ ; *CCC*, nov. 2007, p. 17, note L. LEVENEUR. L'avocat général et le Conseiller rapporteur invoquent un certain nombre d'arrêts antérieurs supposés aller dans ce sens, mais il a été relevé par P. SIMLER (note préc. ; « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », art. préc.) qu'un seul abordait véritablement la même question (Cass. 1re civ., 15 déc. 1999, pourvoi n° 97-18262, inédit).

Une distinction que l'on croyait définitivement enterrée est ainsi ressuscitée par la Cour. Il découle en effet des articles 2289 et 2313 du Code civil que la caution ne peut opposer au créancier que les exceptions qui sont inhérentes à la dette, et non celles qui sont personnelles au débiteur principal. Mais ces textes ont toujours été interprétés comme permettant seulement de refuser à la caution la possibilité de se prévaloir de l'incapacité du débiteur principal, si elle la connaissait en la cautionnant, moyennant d'ailleurs une analyse laborieuse sollicitant le mécanisme du porte-fort[1549].

Ainsi, Pothier incluait-il dans les exceptions *in rem* « l'exception de dol ou de violence »[1550]. Son interprétation de ce qu'est une exception personnelle au débiteur est aussi surprenante que contraire à la solution qui vient d'être adoptée par la Cour : il s'agit des exceptions « qui sont fondées sur l'insolvabilité ou le peu de solvabilité du débiteur principal, et sur le privilège personnel qu'il a de ne pouvoir être contraint sur son nécessaire »[1551]. Quant à la doctrine postérieure au Code, on trouve sous la plume de Troplong : « Le vice du consentement du débiteur est commun au débiteur et à la caution. Car la caution, accédant à l'obligation du débiteur principal, étend jusqu'à elle cette obligation même, avec ses qualités ou ses vices. Ces vices ne sauraient être considérés comme personnels au débiteur ; ils engendrent une exception dont le fidéjusseur peut se prévaloir comme lui et même malgré lui »[1552]. Troplong précise que l'expression « exceptions personnelles au débiteur » n'a donc pas le même sens en matière de cautionnement et en matière d'engagement de codébiteur solidaire[1553]. Car c'est l'un des griefs majeurs qui peuvent être adressés à cette décision : elle affadit considérablement la distinction entre engagement de codébiteur solidaire non intéressé à la dette – qui est une forme de sûreté personnelle – et cautionnement : jusqu'ici, on savait que le codébiteur solidaire était privé de toutes les exceptions personnelles au débiteur, qui profitaient en revanche à la caution[1554]. Plus généralement, cet arrêt remet en cause ce que chacun croyait être les bases même du caractère accessoire, et il fut pour cela critiqué par une doctrine presque unanime[1555]. Enfin, la Cour formule sa solution en termes très généraux, ce qui laisse présager, pour l'avenir, l'identification d'autres exceptions personnelles au débiteur principal, dont le bénéfice sera refusé à la caution, au premier rang desquelles toutes les causes de nullité relative de l'obligation principale, mais pas uniquement : la Haute juridiction aurait-elle ouvert la boîte de Pandore[1556] ? La possibilité reconnue au créancier d'abandonner toute poursuite contre le débiteur principal mais non contre la caution[1557] pourrait également participer de ce courant

[1549] V. *supra*, n° 53.
[1550] R.-J. POTHIER, *op. cit.*, n° 381.
[1551] *Ibid.*
[1552] R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, n° 197. D. HOUTCIEFF (note préc.) remarque que les travaux préparatoires du Code civil vont également en ce sens : on y trouve l'affirmation expresse de ce que la caution peut se prévaloir du dol ou de la violence dont le débiteur a été victime.
[1553] *Ibid.* Il n'y a d'ailleurs pas d'autre possibilité que cette différence d'interprétation de la même expression, selon qu'elle intervient dans les articles relatifs au cautionnement ou dans ceux relatifs à l'engagement de codébiteur solidaire, si l'on veut admettre la présentation précitée effectuée par Pothier.
[1554] V. not. P. SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », art. préc.
[1555] La note précitée de L. LEVENEUR est ainsi intitulée « le caractère accessoire du cautionnement en recul à la Cour de cassation » ; V. aussi le titre de l'article précité de P. SIMLER.
[1556] P. SIMLER, dans l'article précité, décrit ainsi « les prolongements prévisibles » de cette solution.
[1557] V. *supra*, n° 573.

jurisprudentiel : l'abandon des poursuites serait une exception personnelle au débiteur.

Cet arrêt appelle plusieurs remarques.

578. Obscurcissement de la notion d'accessoire renforcé – La première est que cette décision bat en brèche le mythe initié par Pothier, repris par les concepteurs du Code civil, et par une partie de la doctrine depuis lors, selon lequel le cautionnement est un mécanisme d'une simplicité enfantine, dont le régime découle entièrement de l'idée selon laquelle une deuxième personne s'oblige à la même chose qu'une première, au cas où celle-ci serait défaillante[1558]. La Cour de cassation et la doctrine majoritaire ont aujourd'hui deux visions radicalement incompatibles de ce qu'est le caractère accessoire, qui est le fondement même de la sûreté personnelle modèle. Il est d'autant plus facile de soutenir que l'adoption d'une forme de contrat de garantie par couverture du risque de crédit serait un progrès en termes de lisibilité, internationale mais aussi interne, de notre droit des sûretés personnelles. Les parties sont libres de définir le risque couvert, sous réserve de l'adoption de dispositions législatives expresses et claires limitant cette liberté contractuelle, pour des raisons politiques de protection des faibles. Voici qui paraît au moins aussi facile à comprendre, pour les justiciables, que la notion d'exception personnelle au débiteur principal, d'autant que celle-ci est implicitement supposée varier, selon que le Code civil l'emploie en matière de solidarité passive ou de cautionnement.

579. L'intérêt du garant à agir – Une autre remarque suscitée par cette problématique du dol infectant le contrat principal est que, en situant le débat uniquement dans le cadre du droit spécial de l'accessoire renforcé, on en oublierait une nouvelle fois de raisonner sur le terrain du droit commun. Construire le régime d'une sûreté qui ne bénéficie pas de l'accessoire renforcé y oblige, et cela est peut-être l'occasion de poser quelques questions importantes. Si le cas des nullités relatives pose problème et pas celui des nullités absolues, c'est que le garant est titulaire de l'action en nullité dans le second cas, pas dans le premier. Les nullités relatives protègent des intérêts privés, c'est à cela qu'elles se reconnaissent. La jurisprudence a construit sur cette idée, sans s'appuyer sur aucun texte, une liste limitative de personnes se voyant reconnaître un intérêt à agir : il s'agit en résumé de la personne directement protégée par la loi méconnue, de ses représentants ou de ceux qui recueillent son action, notamment par succession. Mais celui qui couvre le risque d'inexécution d'une obligation ne doit-il pas se voir reconnaître, hors de toute référence au caractère accessoire renforcé, une place dans cette liste ? N'est-ce pas une vision excessivement étroite de ce qu'est une personne protégée par la loi que de n'y voir que le débiteur principal d'une obligation, et pas ceux qui auront à subir les conséquences de cette dette à sa place ?

Il ne s'agit certes pas de nier le droit, reconnu à toute personne victime d'une nullité relative, de confirmer le contrat en connaissance de cause. Si le débiteur principal souhaite consolider le contrat, parce qu'il estime qu'il reste profitable pour lui nonobstant le vice dont il a été victime, le garant n'a pas à venir l'anéantir contre son gré.

[1558] Sur la formation de ce mythe, V. *supra*, n° 311 s.

Voici une esquisse de ce qui pourrait être prévu dans un futur texte du Code civil consacré à cette question : « Tout garant à qui un créancier réclame une prestation ou une indemnité, à la suite de l'inexécution de l'obligation d'un tiers, a qualité pour agir en nullité relative de cette obligation. L'action ne peut aboutir si le débiteur principal a déjà confirmé le contrat en connaissant le vice qui l'entachait, ou si, appelé en garantie par le créancier, il procède à cette confirmation en cours d'instance. ». Viser celui qui doit verser au créancier une prestation ou une indemnité permet d'inclure tous les garants indemnitaires, y compris ceux qui n'ont promis que leur comportement personnel mais qui sont ensuite condamnés, n'ayant pas tenu parole, à verser des dommages et intérêts au créancier. L'expression dette d'un tiers permet de faire échapper les codébiteurs à cette solution, car la dette dont on leur réclamerait paiement serait leur propre dette. Ensuite, l'action est conçue de manière à s'ouvrir uniquement si, et à partir du moment où l'on réclame quelque chose au garant. Enfin, le contrat ne doit pas avoir été confirmé auparavant par le débiteur principal, et ne pas l'être en cours d'instance. Pour éviter la mauvaise surprise d'une confirmation en cours d'instance, le garant serait bien inspiré, avant d'agir en nullité, de demander au débiteur principal de prendre position sur la nullité relative.

À vrai dire, un débat existe sur la question de savoir si la confirmation par le débiteur principal est opposable au garant[1559]. Mais, si le débiteur principal confirme le contrat, c'est bien qu'il présentait un intérêt pour lui malgré les conditions auxquelles il a été conclu ; conditions qui sont celles dont le garant avait connaissance, le plus souvent[1560], lorsqu'il a accepté de fournir sa couverture. Dès lors, il ne semble pas y avoir de raison d'empêcher la confirmation de produire ses effets, à moins bien sûr que celle-ci ne résulte d'une collusion frauduleuse : par exemple, le débiteur, sachant qu'il est insolvable et qu'il n'y aura donc pas de recours contre lui, accepte, à la demande du créancier et contre un avantage quelconque, d'affirmer que le contrat lui convient malgré son vice, de sorte que le garant puisse être poursuivi.

Dans le système qui vient d'être globalement décrit, si la nullité relative est prouvée, et que le débiteur est inerte ou a disparu – dans l'arrêt du 8 juin 2007, il s'agissait d'une personne morale dissoute à l'issue d'une liquidation judiciaire –, c'est le créancier qui succombera, à moins qu'il ne réussisse à démontrer qu'il y avait eu confirmation antérieure[1561]. Surtout, plutôt que de se demander si l'exception considérée est personnelle au débiteur principal ou inhérente à la dette, cela permet de se poser la question véritablement fondamentale : le garant ne mérite-t-il pas, au même titre que le débiteur principal, d'être couvert du manteau protecteur des lois sanctionnées par des nullités relatives ?

580. Conséquences d'une nullité relative – La nullité relative, si elle est prononcée, empêche comme la nullité absolue le risque de défaut d'exécution

[1559] Sur lequel V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 228.

[1560] Il se peut que ce ne soit pas le cas, par exemple, lorsque le garant couvre un ensemble indéterminé de dettes à naître entre A et B, et que le contrat considéré est conclu par la suite.

[1561] Au contraire, dans l'arrêt du 8 juin 2007, il a été relevé que le créancier « peut exiger paiement, en sa qualité de caution, à la personne même qu'il aura trompée en celle de dirigeant de la société débitrice » (P. SIMLER, note préc.). Si la décision peut être discutée sur le plan de l'orthodoxie juridique, chacun conviendra qu'elle est peu satisfaisante sur le plan de la morale.

imputable au débiteur, et fait même disparaître ce risque rétroactivement, ce qui entraîne par contrecoup la nullité de la garantie pour absence d'aléa[1562].

k. Défaillances du bénéficiaire de la garantie

581. Cautionnement – L'inexécution par le créancier de ses propres obligations ne doit pas rester sans effet sur son droit à se tourner vers le garant pour lui réclamer paiement. Que la caution puisse se prévaloir de la résolution pour inexécution provoquée par le débiteur principal, c'est l'évidence ; mais, allant plus loin, la Cour de cassation a jugé que la caution peut prendre l'initiative de la demander elle-même[1563]. Et puisque « celui qui peut le plus, peut le moins », elle peut se contenter d'opposer au créancier l'exception d'inexécution[1564].

582. Garantie par couverture – La possibilité reconnue à la caution d'exiger la résolution du contrat principal est fondée par la Cour de cassation sur l'article 2312 du Code civil[1565]. Est-ce à dire qu'elle n'est pas transposable à un contrat de garantie par couverture ? La couverture du risque « d'inexécution imputable au débiteur principal » implique nécessairement que le juge puisse prendre en compte la responsabilité du bénéficiaire de la garantie dans l'inexécution dont il demande l'indemnisation[1566].

583. Exception d'inexécution – Tout d'abord, lorsque le débiteur principal refuse de s'exécuter parce que le créancier n'offre pas de fournir sa propre prestation, le garant peut valablement soutenir que le risque d'inexécution imputable au débiteur n'est pas réalisé pour refuser d'indemniser le sinistre, jusqu'à ce que la situation se dénoue. Se faisant, il ne soulève pas lui-même une exception appartenant au débiteur principal, mais il demande l'exécution de son contrat de garantie. Le débiteur principal soulevant l'exception d'inexécution n'a pas à emprunter pour cela la voie judiciaire, mais, si le juge est saisi par son cocontractant, il devra se soumettre à un contrôle *a posteriori* de la réalité des manquements qu'il allègue ; s'il a soulevé l'exception à la légère, il sera condamné[1567]. De la même manière, le garant qui refuserait de prendre en compte un sinistre en arguant de l'inexécution, par le bénéficiaire, de ses propres obligations, s'expose à ce que le juge considère *a posteriori* ce refus comme infondé et le condamne, non seulement à verser la prestation promise, mais aussi des dommages-intérêts compensant le préjudice causé au bénéficiaire.

584. Résolution du contrat principal, dommages-intérêts – Mais le garant peut-il aller jusqu'à demander lui-même la résolution du contrat principal ? N'est-ce pas là lui reconnaître un pouvoir d'ingérence trop important dans la relation

[1562] Sur les conséquences de la nullité de la garantie, V. *supra*, n° 539.
[1563] Cass. 1re civ., 20 déc. 1988, pourvoi n° 87-13129 : *Bull. civ.*, I, n° 368 ; *JCP G*, 1983, IV, 54 ; *RTD. com.*, 1983, p. 449, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIÉ.
[1564] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 730.
[1565] Cass. 1re civ., 20 déc. 1988, précité, se référant à l'ancien article 2036 C. civ.
[1566] Il n'y a pas grand-chose à attendre, en la matière, de la prohibition des sinistres causés par le fait de bénéficiaire de la couverture, du moins pas de la manière – extrêmement restrictive – dont elle est actuellement interprétée en droit des assurances : V. *supra*, n° 496.
[1567] Cass. 1ère civ., 18 déc. 1990, pourvoi n° 89-14975 : *Bull. civ.*, I, n° 296.

garantie ? Certains estimeront, en effet, qu'il est normal pour le garant de refuser sa couverture lorsqu'elle n'est pas justifiée, mais qu'il est excessif qu'il aille jusqu'à détruire activement le contrat de base. Et pourtant, ces deux questions sont indissociables : pour savoir ce qui est véritablement dû au créancier, compte tenu de ses propres défaillances, il faudra nécessairement pouvoir saisir le juge d'une action en résolution judiciaire, ou pouvoir demander le jeu d'une clause résolutoire de plein droit. Cela est nécessaire au garant pour liquider correctement le montant de la prestation qu'il doit. De la même manière, en sus ou à la place de la résolution, le garant doit pouvoir demander à ce que le créancier soit condamné à des dommages-intérêts pour son inexécution, qui viendront éventuellement en compensation des sommes dues par le débiteur principal. Tout cela ne doit pas surprendre. Cela a déjà été souligné lors de l'étude des nullités relatives : il est normal que le garant soit assimilé à une quasi-partie toutes les fois où il s'est engagé dans les limites de la validité du contrat principal.

Si, à l'occasion d'une réforme des sûretés personnelles, ces possibilités d'action du garant venaient à être inscrites dans le Code civil, il serait bon de préciser, qu'elles ne lui sont ouvertes qu'à partir du moment où un paiement lui est réclamé[1568]. Avant cela, il serait anormal qu'il puisse, par exemple, provoquer l'anéantissement du contrat principal par le jeu d'une clause résolutoire de plein droit, pour un manquement minime du créancier, au grand dam des deux parties, qui souhaitaient que leur relation se poursuive. En revanche, dès que des sommes lui sont réclamées, le garant acquiert son statut de quasi-partie : il n'est plus possible de dire que le contrat principal n'est « pas son affaire ». Le créancier qui lui réclame un paiement doit s'attendre à ce qu'il vienne légitimement lui reprocher toutes ses propres défaillances, pour ne l'indemniser que ce de qui lui est effectivement dû.

l. Cas de force majeure

585. Alignement sur la situation du débiteur principal – Si le garant couvre un risque d'inexécution imputable au débiteur principal, cela sous-entend *a priori* qu'il pourra se prévaloir des mêmes cas de force majeure que lui. La couverture d'un cas de force majeure libérant le débiteur principal doit être considérée comme exceptionnelle, ce qui pourrait conduire à l'interdire à un garant profane[1569]. En revanche, si le débiteur principal lui-même répond de certains cas de force majeure, il faut présumer que, sauf indication contraire, le garant a entendu les prendre également à sa charge. En effet, en vertu de dispositions du contrat principal, dont le garant avait nécessairement connaissance, de telles situations seront imputables au débiteur principal.

586. Cas particulier de la force majeure sans extériorité – Il avait déjà été souligné, lors de l'étude du porte-fort d'exécution, que certains cas de force majeure bien particuliers doivent bénéficier d'un traitement distinct. Il s'agit de ceux pour lesquels la jurisprudence a dérogé à l'exigence traditionnelle d'extériorité de l'événement considéré par rapport au débiteur principal, comme la maladie ou le chômage[1570]. Il semble cohérent de considérer que, en l'absence de toute stipulation

[1568] De la même manière que ce que l'on a proposé en matière de nullités relatives : V. *supra*, n° 579.
[1569] V. *supra*, n° 492.
[1570] V. *supra*, n° 127.

particulière sur ce point, de telles situations font bel et bien partie des risques contre lesquels le bénéficiaire entendait être prémuni, et contre lesquels le garant acceptait de le couvrir.

2. *Débiteur principal faisant l'objet d'une procédure collective*

587. Plan – L'ouverture, à l'encontre du débiteur, d'une procédure de règlement collectif des difficultés, démontre son incapacité à régler ses dettes. Le créancier devrait alors se féliciter d'avoir eu la sagesse de se ménager des sûretés personnelles. Contrairement aux sûretés réelles, prises sur le patrimoine du débiteur en difficulté, et qui se trouvent pour l'essentiel dans la zone sanctuarisée par l'ouverture de la procédure, les garanties personnelles devraient fonctionner et fournir sans plus tarder l'indemnisation attendue. N'est-ce pas là leur raison d'être ?

Il faut pourtant compter avec les obstacles tenant à la poursuite, par le législateur, d'objectifs propres à la matière des procédures collectives (a), mais aussi tenant à la structure de la garantie personnelle sélectionnée (b).

a. Difficultés tenant à la poursuite d'objectifs propres à la matière

588. Un droit commun des sûretés personnelles embryonnaire – La raison principale pour laquelle le législateur va nettement faire obstacle au bon fonctionnement des sûretés personnelles a déjà été exposée : les garants comptent bien souvent, dans leurs rangs, les dirigeants des sociétés défaillantes[1571]. On attend d'eux qu'ils déclarent très tôt les difficultés de leur entreprise, afin que celles-ci puissent être traitées aux mieux ; mais, s'ils se sont portés cautions personnelles des engagements de la société, ils peuvent avoir dans ce cas l'impression de « tresser la corde qui servira à les pendre »[1572]. Accomplir son devoir de mandataire social, ou songer à soi et à sa famille ? Le législateur résout lui-même ce dilemme cornélien en paralysant les garanties personnelles dans un certain nombre d'hypothèses. Il ne se contente pas de viser le seul cautionnement, mais bien toute sûreté personnelle, de sorte que la solution serait évidemment la même pour toute garantie par couverture.

589. Période d'observation – L'article L. 622-28 al. 2 du Code de commerce impose, durant la période d'observation, l'arrêt des poursuites « contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans ». La catégorie retenue, celle des personnes physiques, était la seule qui permettait d'englober facilement tous les dirigeants sociaux.

590. Plan de sauvegarde – Lorsqu'un plan de sauvegarde est adopté, il est décidé de la même façon, à l'article L. 626-11 al. 2 du Code de commerce, que : « À

[1571] V. *supra*, n° 186.

[1572] L'expression est de M. COZIAN, F. DEBOISSY et A. VIANDIER, *op. cit.*, n° 298. Elle est utilisée à propos de l'action en responsabilité civile *ut singuli*, supposée être exercée par les dirigeants contre eux-mêmes lorsqu'ils ont commis une faute. Dans ce cas, comme dans celui du dirigeant qui doit déclencher la procédure collective de la société alors qu'il s'en est porté garant, le conflit d'intérêts est manifeste entre la personne prise en tant que mandataire social et en tant qu'individu.

l'exception des personnes morales, les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent s'en prévaloir ». Les garants visés bénéficieront donc des délais et remises consentis au débiteur principal.

Pourquoi viser précédemment« les personnes physiques ayant consenti une sûreté personnelle », puis ici « les personnes ayant consenti une sûreté personnelle, à l'exception des personnes morales » ? De telles variations n'ont évidemment aucune conséquence sur le fond du droit, mais elles rendent encore un peu plus laborieuse la lecture de textes déjà bien austères.

591. Conciliation – L'hypothèse d'un règlement collectif amiable, hors procédure judiciaire, est également envisagée. Cette fois-ci, l'article L. 611-10-2 du Code de commerce va très loin, puisque : « Les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué ». Cela s'expliquerait par le fait qu'un tel arrangement, librement négocié entre le débiteur et ses créanciers, se rapproche d'une prorogation volontaire du terme par ces derniers[1573].

592. Supériorité des garants professionnels – De ce qui précède, il résulte que les garanties octroyées par des personnes physiques, en particulier des dirigeants, se changeront souvent en poussière au moment même où le créancier en aurait eu le plus besoin. À l'inverse, les garanties octroyées par des personnes morales, particulièrement les meilleures d'entre elles, les couvertures fournies par des professionnels de la garantie, font preuve d'une plus grande solidité.

b. Difficultés tenant à la structure de la garantie

593. Libre jeu de la sûreté – Le législateur a choisi de ne pas faire obstacle au fonctionnement des garanties personnelles, tout d'abord, dans le cas où serait adopté un plan de redressement. Il est en effet décidé à l'article L. 631-20 du Code de commerce que « les coobligés et les personnes ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan ». Il en va de même s'agissant de la procédure de surendettement prévue aux articles L. 332-1 et suivants du Code de la consommation. La Cour de cassation juge que « les mesures de redressement judiciaire civil imposées par le juge aux créanciers sont sans influence sur les obligations des cautions qui ne peuvent se prévaloir de la réduction de créance dont les mesures font bénéficier le seul débiteur principal »[1574]. La solution est très certainement transposable à la procédure dite « de rétablissement personnel » instaurée en 2003[1575], lorsqu'un plan de redressement est mis en œuvre plutôt qu'une liquidation judiciaire[1576].

[1573] Sur cette question, V. *supra*, n° 568 s.

[1574] Cass. 1re civ., 26 avr. 2000, pourvoi n° 98-10693 : *Bull. civ.*, I, n° 122 ; *JCP G*, 2000, IV, 1957 ; *RJDA*, sept.-oct. 2000, n° 915.

[1575] Loi n° 2003-710 du 1er août 2003 d'orientation et de programmation pour la ville et la rénovation urbaine. Un tel titre ne laisse pas deviner facilement qu'il s'agira, entre autres, de réglementer une procédure de rétablissement personnel (titre III de la loi). Certains textes ont été modifiés par la loi

594. Sort du caractère accessoire renforcé – Mais, si la sûreté considérée est un cautionnement, est-il bien normal que le débiteur puisse bénéficier de faveurs, de délais et de remises, qui ne profitent pas à son garant ? Est-ce conforme à l'idée selon laquelle l'obligation principale et l'obligation de la caution sont perpétuellement liées par un lien invisible, qui ramène à chaque instant la seconde dans les limites de la première ? Une telle analyse signifierait que le législateur ne se contente pas, dans le cas du plan de redressement par exemple, de ne pas entraver le fonctionnement du cautionnement : il le forcerait à fonctionner, alors même que la sûreté n'avait pas vocation à être efficace. À cela, M. Simler a rétorqué que, dans de tels cas, « […] le débiteur est défaillant et l'objet même du cautionnement est de suppléer à cette défaillance. Les dispositifs en question, quoiqu'il soit souvent dit et écrit, ne dérogent nullement au caractère accessoire du cautionnement. La substitution de la caution au débiteur défaillant constitue la raison d'être de cette garantie. Le caractère accessoire n'a de sens, précisément, que tant que la défaillance du débiteur n'est pas avérée. Alors seulement se produit un renversement de situation et la caution apparaît en première ligne »[1577].

Ces propos, pour pragmatiques et convaincants qu'ils soient, brossent décidément le portrait d'un mécanisme plus complexe que celui décrit par Pothier[1578]. La beauté originelle du cautionnement était celle des formes géométriques simples, harmonieuses et reposantes, que l'esprit se plaît à appréhender en un instant. Le cautionnement d'aujourd'hui dessine plutôt de subtiles arabesques. C'est une sûreté dont la caractéristique principale est d'être liée au contrat de base par un lien puissant qui la conditionne dans sa validité et dans son étendue... sauf quand son souscripteur est un incapable, auquel cas cette règle sera écartée, même si les apparences resteront sauves sous le nom de porte-fort. Si on laisse de côté cette question de l'incapacité, le caractère accessoire suppose que le garant puisse user de tous les moyens de défense que le débiteur principal peut opposer au créancier... sauf un bon nombre d'entre eux, d'après la Chambre commerciale et les trois Chambres civiles de la Cour de cassation. Tout de même, le caractère accessoire joue un rôle de premier plan... sauf si le débiteur est défaillant, auquel cas il disparaît.

La matière des procédures collectives a exercé des pressions particulièrement fortes sur le concept de caractère accessoire renforcé, tout au long de la période durant laquelle était en vigueur l'extinction des créances pour défaut de déclaration à la procédure collective du débiteur.

595. L'extinction des créances pour défaut de déclaration entre 1985 et 2005 – L'article 53 de la loi de 1985 relative aux procédures collectives[1579],

n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. La définition du surendettement figurant à l'article L. 330-1 C. conso. précise ainsi, dans sa nouvelle rédaction, que : « L'impossibilité manifeste pour une personne physique de bonne foi de faire face à l'engagement qu'elle a donné de cautionner ou d'acquitter solidairement la dette d'un entrepreneur individuel ou d'une société » constitue une situation de surendettement. Cette disposition aurait mérité, comme beaucoup d'autres (V. *supra*, n° 185 s.), de viser le concept de sûreté personnelle plutôt que de procéder par une énumération, forcément incomplète ou risquant de le devenir.

[1576] En ce sens : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 238.

[1577] P. SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », art. préc., p. 503.

[1578] V. *supra*, n° 312 s.

[1579] Loi n° 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises.

ultérieurement repris par l'article L. 621-46 du Code de commerce, prévoyait que les créances contre un débiteur placé en période d'observation devaient être déclarées dans un certain délai de forclusion, sous peine d'extinction. La Cour de cassation décida qu'il s'agissait d'une « exception inhérente à la dette » opposable par la caution au créancier[1580]. Cette qualification était artificielle : elle aurait dû conduire à appliquer la même solution à un codébiteur solidaire, ce qui fut clairement refusé[1581]. La qualification d'exception personnelle au débiteur principal semble plus adéquate[1582].

Toujours est-il que la doctrine a majoritairement approuvé la libération de la caution[1583]. Elle admet donc que le caractère accessoire renforcé doit prévaloir sur la finalité de la sûreté. Ceux qui pensent à l'inverse que le caractère accessoire doit s'effacer dès lors que le débiteur principal est défaillant, mettent en réalité en avant la notion de réalisation du risque couvert. Dès lors, la conception renouvelée du cautionnement, vu comme une garantie par couverture, semble plus adaptée.

De manière générale, une sûreté basée sur la couverture du risque de crédit, et qui n'est plus handicapée par un accessoire renforcé dont on ne comprend plus bien en quoi il consiste, doit nécessairement fonctionner toutes les fois que le débiteur fait l'objet d'une procédure collective – sauf, bien évidemment, lorsque le législateur l'interdit expressément. Le risque est en effet réalisé, quand bien même le terme de l'obligation principale ne serait pas encore atteint, du seul fait de la constatation d'un état de cessation des paiements. À travers la notion de risque, c'est la finalité de la sûreté qui triomphe, sans laisser l'obligation du garant être contaminée par des vicissitudes infectant l'obligation principale, qui ne sont elles-mêmes que des symptômes de la défaillance contre laquelle le bénéficiaire souhaitait se prémunir.

596. Modification des sanctions depuis 2005 – La sanction du défaut de déclaration des créances a toutefois changé depuis la loi du 26 juillet 2005[1584]. L'article L. 622-26 du Code de commerce décide, depuis, que « les créanciers ne sont pas admis dans les répartitions et les dividendes ». Le deuxième alinéa du texte précise, depuis une ordonnance de 2008[1585], que : « Les créances non déclarées

[1580] Cass. com., 17 juill. 1990, pourvois n° 89-13439 et 89-13138 : *Bull. civ.*, IV, n° 214 et 215 ; *D.*, 1990, p. 494, note A. HONORAT ; *D.*, 1991, somm., p. 12, obs. F. DERRIDA ; *Banque*, 1990, p. 1211, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; *RD. banc. et bourse*, 1990, p. 246, obs. M. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; *JCP E*, 1991, II, 101, note G. AMLON. Ces arrêts ont été confirmés à de nombreuses reprises.

[1581] Cass. com., 19 janv. 1993, pourvoi n° 89-16518 : *Bull. civ.*, IV, n° 25 ; *JCP E*, 1993, II, 411, note P. PÉTEL ; *D.*, 1993, p. 331, note A. HONORAT et J. PATARIN ; *Defrénois*, 1993, art. 35616, obs. J. DERRIDA ; *RTD. civ.*, 1993, p. 581, obs. J. MESTRE.

[1582] On peut donc se demander si une telle solution pourrait se maintenir, à l'avenir, alors que la Cour a décidé de priver la caution du bénéfice des exceptions personnelles au débiteur principal (V. *supra*, n° 577). D'après P. SIMLER, elle devrait logiquement être abandonnée (« Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », art. préc., p. 505). Or, si l'extinction des créances non déclarées n'existe plus dans le Code de commerce, elle subsiste dans d'autres domaines, comme on va le voir.

[1583] V. par ex. P. DELEBECQUE, « Les sûretés dans les procédures collectives », *JCP N*, 1986, I, 185, n° 29 ; A. LIENHARD, *Rev. proc. coll.*, 1988, p. 121. En sens contraire : F. DERRIDA, obs. sur CA Lyon, 18 nov. 1988, *D.*, 1989, p. 72 ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 356.

[1584] Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises.

[1585] Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté, art. 34. L'article L. 622-26 C. com. a été modifié encore plus récemment par la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures, art. 138, V, qui a

régulièrement dans ces délais sont inopposables au débiteur pendant l'exécution du plan et après cette exécution lorsque les engagements énoncés dans le plan ou décidés par le tribunal ont été tenus. Pendant l'exécution du plan, elles sont également inopposables aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». Le plan dont il est fait mention est le plan de sauvegarde : l'inopposabilité ne profite pas aux garants dans le cas d'un redressement judiciaire[1586]. Même dans le cas d'une procédure de sauvegarde, l'inopposabilité ne joue pas face aux garants personnes morales. Ces derniers pourraient toutefois reprocher au créancier sa négligence sur le terrain du bénéfice de subrogation[1587]. Quant aux garants personnes physiques, il semble que l'inopposabilité à leur égard doive prendre fin après l'exécution du plan[1588].

597. Nouveaux cas d'extinction – La procédure de rétablissement personnel, introduite en 2003 comme cela a déjà été mentionné, comporte une phase de déclaration des créances qui reste quant à elle sanctionnée par une extinction[1589]. Cela pose, au regard du caractère accessoire renforcé, les mêmes problèmes que ceux que l'on a rencontrés en matière de procédures collectives entre 1985 et 2005. De la même manière, la garantie par couverture devrait résister à l'extinction de l'obligation principale, puisque le risque couvert s'est réalisé, sous réserve des reproches qui peuvent être adressés au créancier, sur le terrain du bénéfice de subrogation notamment.

Il faut également compter avec la procédure d'acceptation d'une succession à concurrence de l'actif net, telle qu'elle est conçue depuis 2006[1590] : l'article 792 du Code civil prévoit aujourd'hui que les créanciers de la succession doivent déclarer leurs créances dans un certain délai, faute de quoi : « les créances non assorties de sûretés sur les biens de la succession sont éteintes à l'égard de celle-ci. Cette disposition bénéficie également aux cautions et coobligés, ainsi qu'aux personnes ayant consenti une garantie autonome portant sur la créance ainsi éteinte ». Ainsi, le législateur, lorsqu'il a adopté ce texte, en 2006, n'a pas tenu compte de la suppression, intervenue en 2005, de l'extinction des créances non déclarées en matière de procédures collectives. Inversement, lorsqu'une ordonnance de 2008 a modifié les textes régissant les procédures collectives, de sorte qu'ils ne procèdent plus par simple énumération des garanties concernées[1591], mais qu'ils visent le concept même

simplement introduit, pour le délai de déclaration des créances, un renvoi vers l'article L. 622-24 du même Code.

[1586] Art. L. 631-14 al. 6 C. com. Par un raisonnement *a fortiori*, on en conclut que l'inopposabilité ne concerne pas non plus la liquidation judiciaire (P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 244).

[1587] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 721. Sur le bénéfice de subrogation, V. *supra*, n° 546 s. Cet argument est tout à fait compatible avec une garantie par couverture. Dans de nombreux cas, en pratique, le créancier pourra toutefois démontrer que la situation gravement compromise du débiteur principal implique que sa négligence ne causera au garant qu'un préjudice très réduit, voire inexistant.

[1588] P. SIMLER et P. DELEBECQUE estiment que, si les créances non déclarées redevenaient alors opposables aux cautions, ce serait une grave méconnaissance du caractère accessoire (*op. cit.*, n° 244). Mais, là encore, cela revient à concevoir le caractère accessoire comme un obstacle potentiel à la finalité même de la sûreté.

[1589] Art. L. 332-7 C. conso.

[1590] Il s'agit de l'une des modifications du Code civil introduites par une loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités.

[1591] V. *supra*, n° 185 s.

de sûreté personnelle[1592], le droit des successions n'a pas bénéficié de ces progrès. Certes, la méthode de l'ordonnance, qui suppose une habilitation donnée au Gouvernement pour un domaine délimité, aurait probablement constitué un obstacle, quand bien même on aurait songé à cette harmonisation. Toujours est-il que la méthode de législation fragmentaire, ou par compartiment, commence à montrer ses limites, et que les vues d'ensemble font cruellement défaut. Quoi qu'il en soit, ce texte de droit des successions, de par sa conception défectueuse, ne pourrait s'appliquer à aucune autre sûreté que celles qui sont visées et pas, par exemple, à une garantie indemnitaire. Venant porter atteinte au droit de propriété des créanciers du défunt, il doit être interprété strictement. Il appelle donc une modification rapide, dans la direction d'un droit commun des sûretés personnelles.

598. Terme et procédures collectives – Les procédures collectives peuvent, enfin, susciter des difficultés sur le terrain des termes respectifs de l'obligation principale et de l'obligation du garant. Tout d'abord, il est décidé, à l'article L. 643-1 du Code de commerce, que la liquidation judiciaire du débiteur en difficulté entraîne la déchéance du terme de toutes ses dettes non échues. La solution à retenir doit être la même que celle qui avait été préconisée pour un débiteur in bonis, lorsque la loi ou le contrat entraînait la déchéance du terme de l'obligation principale : la sûreté personnelle qui la conforte doit également être efficace immédiatement[1593].

Un problème quelque peu différent se pose en cas de redressement judiciaire : il résulte de l'article L. 622-29 du Code de commerce que, dans ce cadre, les dettes du débiteur principal doivent conserver leur terme initial. Il a été jugé, non seulement que la caution doit continuer elle aussi à profiter du terme originel[1594], mais encore qu'une clause expresse en sens contraire doit être réputée non écrite comme étant contraire au caractère accessoire du cautionnement[1595]. Cette solution ne devrait pas être adoptée face à une garantie par couverture : non seulement, rien n'interdit une clause dissociant l'exigibilité de la garantie par rapport à celle de l'obligation principale, mais même la couverture du simple risque d'inexécution imputable au débiteur doit certainement entraîner la possibilité de mettre en œuvre la garantie dès l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre du débiteur principal, en tant qu'elle caractérise immédiatement sa défaillance[1596].

Les devoirs du garant par couverture et leurs limites ayant été décrits, il faut à présent s'intéresser à la situation de celui qui promet d'adopter un certain comportement.

[1592] V. *supra*, n° 190.
[1593] V. *supra*, n° 570.
[1594] Cass. com., 14 nov. 1989, pourvoi n° 88-12411 : *Bull. civ.*, IV, n° 285 ; *RD. banc. et bourse*, 1990, p. 88, obs. M. CAMPANA et J.-M. CALENDINI.
[1595] Cass. 1re civ., 24 janv. 1995, pourvoi n° 92-21436 : *Bull. civ.*, I, n° 51 ; *JCP G*, 1995, I, 3851, n° 6, obs. P. SIMLER ; *JCP E*, 1996, II, 807, note S. PIEDELIÈVRE ; *Defrénois*, 1995, art. 36040, obs. L. AYNÈS.
[1596] Préciser que la couverture normale du risque d'inexécution imputable au débiteur est suffisante pour parvenir à cette solution est important, si l'on retient la suggestion qui consiste à interdire aux garants profanes d'aller plus loin dans leur couverture (V. *supra*, n° 493).

B. Garanties comportementales : adopter l'attitude convenue

599. Promesse tenue – Le garant ayant souscrit un engagement comportemental n'a aucune somme à verser au bénéficiaire s'il tient parole. S'il a promis qu'il conserverait une participation en capital dans la société débitrice, qu'il surveillerait ses comptes ou qu'il lui prêterait de l'argent, et que le bénéficiaire a pensé que cela serait suffisant pour lui assurer l'exécution de l'obligation principale, tant pis pour lui s'il s'est trompé.

Il est certes possible d'imaginer des comportements si intimement liés à la bonne exécution de l'obligation principale que la défaillance du débiteur principal signifie nécessairement qu'ils n'ont pas été adoptés : ainsi, un engagement de renflouer en permanence la trésorerie d'une société dont la dette est une somme d'argent. Mais, sous couvert d'adopter un comportement, il s'agit en réalité de couvrir un risque de crédit : l'engagement mérite d'être requalifié[1597].

600. Promesses non tenue – Si le garant manque à son obligation de faire ou de ne pas faire, en revanche, il s'expose à une action en responsabilité contractuelle du bénéficiaire. Cela ne signifie pas nécessairement qu'il devra payer ou, s'il doit payer, qu'il devra régler la dette du débiteur principal. Il sera condamné à réparer le préjudice subi par le bénéficiaire du fait de l'inexécution. Le juge peut très bien décider que, même si le comportement promis avait été adopté, cela n'aurait rien changé[1598], ou que cela aurait seulement augmenté les chances d'exécution de l'obligation principale, sans la rendre certaine : les dommages et intérêts qu'il faudra verser seront à la mesure de cette probabilité[1599].

La plupart des vicissitudes du contrat principal qui empêchaient, dans le cadre d'une garantie par couverture, que le risque soit considéré comme réalisé, pourront également être invoquées par celui qui a promis un comportement : de tels événements matérialisent l'absence de lien de causalité entre le fait que l'attitude promise n'a pas été adoptée, et le préjudice causé au bénéficiaire par l'inexécution de l'obligation principale. Si l'obligation principale était nulle ou prescrite, par exemple, le lien de causalité fera défaut. C'est pour cette raison que les actions tendant à révéler au grand jour la fragilité du contrat – action en nullité lorsqu'il existe un vice congénital, en résolution ou résiliation si le bénéficiaire lui-même a négligé d'exécuter sa part de la convention – doivent bénéficier non seulement au garant par couverture, mais aussi à celui qui a promis son comportement et qui voit sa responsabilité contractuelle engagée.

601. Nécessaire prudence du bénéficiaire – Le bénéficiaire d'un tel engagement doit donc être conscient de ses faiblesses intrinsèques. Il doit se demander si la bonne exécution de l'engagement comportemental dont il bénéficie est bien de nature à améliorer sa situation. Le garant qui s'est engagé à conserver une participation dans une filiale n'a promis que cela ; espérer qu'il fera pression sur le débiteur, voire qu'il sortira lui-même son carnet de chèques en cas de problème, c'est spéculer. Il peut fort bien conserver sa participation comme promis, mais ne pas lever le petit doigt pour aider sa filiale défaillante. Le bénéficiaire n'aura rien à

[1597] V. *supra*, n° 87.
[1598] V. les affaires belges citées *supra*, n° 277 s.
[1599] V. *supra*, n° 149.

lui reprocher, tandis qu'il aurait pu agir s'il avait demandé la mise en place d'une couverture du risque de crédit. Ensuite, même si l'engagement comportemental n'est pas tenu, le juge y verra-t-il une cause de la défaillance du débiteur principal ?La réponse pourrait bien être négative.

Pour autant, ces garanties ne doivent pas être négligées. Leur efficacité est indiscutable, en particulier, si elles sont assorties d'une importante clause pénale. Le principe indemnitaire ne joue pas, en la matière[1600], et seule est applicable la modération judiciaire de droit commun[1601].

602. Impact des procédures collectives – Les textes relatifs aux procédures collectives de traitement des difficultés du débiteur principal ont-ils un impact ici, comme en matière de garanties par couverture ? La question mérite d'être posée, puisque sont visées depuis peu les personnes ayant constitué une « sûreté personnelle ». En effet, l'article 2322 du Code civil consacre les engagements de faire ou de ne pas faire visant à soutenir un débiteur. Cette disposition, consacrée aux lettres d'intention, est rédigée de telle sorte qu'elle coïncide parfaitement avec la catégorie de garanties dont il est question ici[1602]. Or, l'article 2287-1 du même Code compte expressément la lettre d'intention au nombre des sûretés personnelles.

Remarquons à titre liminaire que, dans la pratique actuelle de ces engagements, les lettres d'intention sont surtout souscrites par des personnes morales. Or, le droit des procédures collectives réserve presque toujours sa protection aux garants personnes physiques, qui comptent en leur sein les dirigeants sociaux, personnages qu'il ne faut pas dissuader de sonner le tocsin lorsque la situation sociale est compromise. Cependant, rien n'interdit qu'une garantie comportementale soit souscrite par une personne physique. Dans ce cas, que faut-il faire ?

Rien ne justifie, semble-t-il, que le garant soit purement et simplement libéré de sa promesse comportementale, sauf si elle devient sans objet. Ainsi, celui qui a promis de conserver une participation dans une filiale n'est pas libéré de cet engagement. En revanche, il ne sera peut-être plus possible de surveiller la gestion d'une société à la tête de laquelle a été placée un administrateur judiciaire – au moins temporairement.

Mais que se passe-t-il si la promesse comportementale est violée, et que le bénéficiaire souhaite agir en responsabilité contractuelle contre le garant, alors même que les poursuites sont théoriquement suspendues contre toute personne physique ayant consenti une sûreté personnelle ? La volonté du législateur, en usant d'un tel concept, en constituant ainsi un embryon de droit commun des sûretés personnelles, est d'aboutir à une protection complète de certains garants. Même une sûreté mettant en œuvre les principes de la responsabilité contractuelle doit être paralysée. De même, lorsqu'il est prévu que les garants personnes physiques

[1600] Ce principe, qui est une manifestation de la règle de l'accessoire (V. *supra*, n° 500), ne peut concerner les engagements comportementaux, qui ne sont pas dédiés à l'exécution d'une créance particulière (V. *supra*, n° 484 s.).
[1601] V. *supra*, n° 165.
[1602] V. *supra*, n° 105 s. À ce stade de l'étude, on proposait de faire de l'article 2322 du Code civil un lieu d'asile pour toutes les garanties indemnitaires. Les développements ultérieurs ont toutefois montré que ce concept n'est pas uniforme, de sorte que seules les garanties comportementales sont compatibles avec le texte de cette disposition, à l'exclusion des garanties par couverture, qui n'ont pour objet ni de faire, ni de ne pas faire, mais qui consistent à couvrir un risque.

pourront se prévaloir d'un accord de conciliation ou d'un plan de sauvegarde, le préjudice dont il pourra être réclamé réparation par le bénéficiaire d'un engagement comportemental devra être réduit d'autant par le juge.

Ces solutions sont éminemment perturbatrices du fonctionnement normal de la garantie, mais tel est précisément le but de la loi, qui n'a pas hésité à bouleverser plus profondément encore un mécanisme comme celui de la garantie autonome[1603], en vertu d'un arbitrage politique qui ne saurait être contesté par le juriste.

N'est-il pas cependant artificiel d'affirmer, dans le cas d'une suspension des poursuites par exemple, que le garant doit continuer à adopter le comportement promis, mais qu'aucune action en responsabilité ne peut être engagée contre lui ? Si aucune sanction n'est encourue, n'a-t-il pas la possibilité de violer sa promesse sans encourir aucune conséquence ? La réponse est clairement négative. Il est tout à fait possible que les poursuites reprennent ensuite. Si le comportement du garant s'est révélé sans faille, y compris après l'ouverture de la procédure collective, aucune action ne sera possible contre lui. Dans le cas contraire, la violation de l'obligation de faire ou de ne pas faire sera constatée, peu important qu'elle ait eu lieu alors que le débiteur principal était en période d'observation par exemple ; le bénéficiaire pourra agir en responsabilité, et demander l'application de la clause pénale s'il y en avait une. La conclusion doit donc être celle-ci : tant que l'engagement comportemental n'est pas éteint, et qu'il reste possible de l'exécuter, le garant doit continuer à tenir parole.

Par ces remarques, s'achève l'étude des relations entre le garant indemnitaire et le bénéficiaire de sa garantie. Il reste à envisager les relations du garant et du débiteur principal.

SECTION 2
RELATIONS ENTRE GARANT ET DÉBITEUR

603. La question des recours – La relation entre le garant et le débiteur principal peut s'être nouée dès avant la mise en œuvre de la garantie, notamment lorsque le premier s'est engagé envers le bénéficiaire à la demande du second, contre rémunération s'il est un professionnel. Ce n'est pas de cela qu'il sera question ici, mais de l'éventuel recours du garant *solvens* contre le débiteur principal. Il constitue en principe la dernière étape de la vie d'une sûreté personnelle.

604. Les recours avant paiement – Ce principe est assorti, en droit du cautionnement, de certaines exceptions : le garant sera autorisé à se tourner vers le débiteur principal avant même d'avoir payé, dans certaines situations recensées aux articles 2309 et 2316 du Code civil. Il s'agit notamment d'hypothèses dans lesquelles la caution s'attend à devoir dénouer les cordons de sa bourse à brève échéance. L'existence de ces recours ne peut s'expliquer par les mécanismes habituels du droit des obligations, et cette solution est présentée comme un pur choix politique, assis sur une conception vieillie du cautionnement : les rédacteurs du Code civil souhaitaient alléger le fardeau de celui qui, gratuitement et dans un esprit

[1603] V. *supra*, n° 186.

de charité, a exposé ses biens pour augmenter le crédit d'un ami ou d'un proche[1604]. Avant de se demander si ces recours peuvent et doivent être transposés aux garanties indemnitaires, il faut cependant préciser quelque peu leurs effets.

Deux thèses s'affrontent, que la jurisprudence ne permet pas vraiment de départager tant les décisions sont rares et peu significatives – ce qui reflète, dit-on, le faible succès pratique de ces actions auprès des cautions[1605]. Une thèse maximaliste voudrait que la caution puisse réclamer au débiteur principal tout ou partie de la somme qu'elle sera sans doute amenée à payer au bénéficiaire[1606]. Cette position, qui aurait le soutien de la doctrine contemporaine majoritaire[1607], trouverait son origine dans le préjudice causé à la caution, obligée de supporter la menace d'un paiement imminent[1608]. La thèse minimaliste, quant à elle, n'ouvre à la caution qu'un droit de prendre des mesures conservatoires – notamment des sûretés judiciaires conservatoires et des saisies conservatoires – et de déclarer sa créance à l'éventuelle procédure collective du débiteur principal ; cette position aurait la préférence de la doctrine classique[1609]. L'article 2319 de l'avant-projet de réforme du cautionnement[1610] prend nettement position en ce sens.

Comment cette question peut-elle être transposée aux garanties indemnitaires ? Tout d'abord, observons que la transposition aux garanties comportementales semble inopportune. Même si le risque de défaillance du débiteur principal semble être sur le point de se réaliser, un tel garant n'a qu'à adopter l'attitude promise pour être à l'abri de toute demande de paiement. Pourquoi, s'il manque à sa parole, faudrait-il lui permettre d'anticiper sur l'éventuelle action en responsabilité contractuelle qui pourrait être dirigée contre lui ?

Subsistent cependant les garanties par couverture. Examinons tout d'abord le régime qui serait celui du droit commun. Tout créancier peut obtenir une mesure conservatoire s'il justifie d'une créance qui « paraît fondée dans son principe », et menacée dans son recouvrement[1611]. De la première condition, on déduit qu'il n'y a donc pas à rechercher la preuve d'une créance existante[1612]. Pour que la deuxième soit remplie, il faut toutefois un risque d'insolvabilité suffisamment sérieux[1613]. Il est donc manifeste que les conditions exigées pour les recours avant paiement de la caution sont moins sévères, la plupart d'entre elles étant indépendantes de l'état des finances du débiteur principal. De la même manière, les règles de droit commun du droit des procédures collectives ne permettraient pas au garant de procéder à une

[1604] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 610.
[1605] *Ibid.*, n° 611.
[1606] Selon certains auteurs, « si le principe d'une indemnisation anticipée est une question de droit, son montant et ses modalités sont des questions de fait et d'opportunité à trancher au cas concret », et doivent donc relever de l'appréciation souveraine des juges du fond (M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 284).
[1607] D'après M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 523.
[1608] *Ibid.*
[1609] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 612.
[1610] Précité.
[1611] Art. 67 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution . V. M. DONNIER et J.-B. DONNIER, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 8e éd., 2008, n° 411 s. ; A. LEBORGNE, *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 2009, n° 2717 s.
[1612] Cass. com., 9 oct. 2001, pourvoi n° 98-18487 : *Bull. civ.*, IV, n° 164 ; *D.*, 2001, IR, p. 3173.
[1613] Cass. com., 22 mai 1979, pourvoi n° 78-11782 : *Bull. civ.*, IV, n° 171.

déclaration d'une créance qui n'est encore que purement éventuelle[1614]. Il y a, là encore, une faveur faite à la caution[1615]. Il faut en conclure que même la conception minimaliste des recours avant paiement de la caution correspond bien à un régime d'exception par rapport au droit commun ; cela ne signifie pas qu'il est opportun de déroger aux règles habituelles, qui pourraient être considérées comme suffisantes. Il y a là un arbitrage qui appartient au législateur. En tous les cas, pour étendre le bénéfice de ces avantages à d'autres garants personnels, il faudrait un nouveau texte en ce sens.

À plus forte raison faudrait-il un texte spécial, si la conception maximaliste de ce que doivent être les recours avant paiement de la caution était retenue[1616]. La transposition est possible, ici encore, puisque les mécanismes dont il est question ne doivent rien à la physionomie propre du cautionnement tel qu'il est actuellement envisagé. En revanche, on ne voit pas comment ce recours, du point de vue théorique, pourrait être fondé sur le préjudice causé au garant par la quasi-certitude qu'il devra bientôt payer. Si ce garant a été sollicité, c'est précisément pour couvrir un risque de crédit, dont il savait bien qu'il pouvait se réaliser. S'il est un professionnel, il aura d'ailleurs été rémunéré pour cela. Non, si semblable disposition devait être adoptée, elle devrait être considérée comme une pure faveur réservée au garant, et il faudrait se demander si son bénéfice ne devrait pas être réservé aux profanes.

605. Plan – La question des recours avant paiement ne sera pas développée davantage. L'hypothèse la plus importante en pratique, de très loin, est celle d'un recours après paiement, auquel le garant pourrait avoir droit (I). L'existence de ce droit appelle celle de certains devoirs vis-à-vis du débiteur (II).

I. Droits du garant : les recours contre le débiteur principal

606. Plan – Il convient d'identifier les fondements (A) et de décrire les effets (B) des recours du garant contre le débiteur principal.

A. Fondements du recours

607. Dualité des fondements – La caution *solvens* dispose de deux recours différents contre le débiteur principal, décrits aux articles 2305 et 2306 du Code civil : un recours personnel et un recours subrogatoire. Cette dualité n'est pas une spécificité française : elle se retrouve dans tous les droits européens[1617]. L'article 507 du Code des obligations suisse prévoit ainsi, en son alinéa premier, que : « La caution est subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle lui a payé. Elle peut les exercer dès l'exigibilité de la dette ». Mais l'alinéa 3 précise : « Sont

[1614] Sur les règles relatives à la déclaration des créances, V. F. PÉROCHON, *Entreprises en difficulté,* LGDJ, 9e éd., 2012, n° 1331 s. ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, Litec, 8e éd., 2013, n° 508 s.
[1615] A. JACQUEMONT classe ainsi la caution dans les bénéficiaires de « régimes particuliers » de déclaration (*op. cit.*, n° 524).
[1616] En ce sens, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 984, qui refuse d'appliquer, par analogie, l'article 2309 du Code civil aux garanties autonomes.
[1617] P. ANCEL, thèse préc., n° 225.

toutefois réservées les actions et exceptions qui dérivent des rapports juridiques entre la caution et le débiteur », ce qui correspond au recours personnel.

608. Plan – Il faut donc se demander si, de la même manière, le garant indemnitaire dispose d'un recours subrogatoire (1) et d'un recours personnel (2) contre le débiteur principal.

1. Recours subrogatoire

609. Article 1251 du Code civil – L'article 2306 du Code civil, qui prévoit le recours subrogatoire de la caution, n'ajoute rien au droit commun de la subrogation : il ne fait qu'y renvoyer. En effet, l'article 1251 du même Code expose que : « La subrogation a lieu de plein droit […] 3° Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au payement de la dette, avait intérêt à l'acquitter ». La caution satisfait parfaitement aux exigences du texte.

610. Règlement d'une dette propre – La situation du garant par couverture, en revanche, est plus problématique. S'il peut être amené à payer la dette principale, ou à verser une indemnité qui emporte paiement de cette dette, ce n'est qu'en exécution d'une obligation ayant un objet propre : couvrir un risque et verser une certaine prestation en cas de sinistre. Cela correspond-il encore aux prévisions de l'article 1251 du Code civil ? La réponse est douteuse, mais elle semble franchement négative si l'on considère, à présent, les garanties comportementales. Si le comportement promis n'est pas adopté, une condamnation à des dommages et intérêts pourra être prononcée, susceptible d'éteindre la dette principale en tout ou partie si le juge considère qu'elle est un élément constitutif du préjudice réparable. Il n'est cependant pas possible d'affirmer que le garant était « tenu » du paiement de la dette, un terme qui semble renvoyer à l'engagement initialement souscrit, non à ses éventuelles conséquences secondaires. La subrogation semble alors impossible.

Toutefois, l'interprétation constructive de ce texte qu'a adoptée la Cour de cassation est de nature à modifier la solution. Il a en effet été jugé qu'« il résulte de l'article 1251-3° du Code civil que celui qui s'acquitte d'une dette qui lui est personnelle peut néanmoins prétendre bénéficier de la subrogation s'il a, par son payement, libéré envers leur créancier commun celui sur qui doit peser la charge définitive de la dette »[1618].

La Haute juridiction, qui doit être approuvée, privilégie donc l'effet extinctif du versement effectué par le garant plutôt que l'objet de son obligation[1619]. La même logique a conduit à ouvrir le recours subrogatoire, par une loi de 1972, à l'assureur-crédit : « l'assureur qui paie une indemnité ou un acompte sur indemnité en vertu

[1618] Cass. 1re civ., 23 févr. 1988, pourvoi n° 85-14390 : *Bull. civ.*, I, n° 50 ; *D.*, 1988, IR, p. 69. La solution a été plusieurs fois réaffirmée, par ex. dans Cass. 1re civ., 17 févr. 1998, pourvoi n° 95-20721 : *Bull. civ.*, I, n° 68 ; *JCP G*, 1998, IV, 1814 ; *D.*, 1998, somm., p. 230, obs. H. GROUTEL. Sur les prémices de cette jurisprudence, V. déjà J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, préf. P. KAYSER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 160, 1979, n° 182 s. L'auteur soulignait la « faveur toute particulière » dont la subrogation a toujours joui en droit français (n° 8) et qui poussait à un élargissement, par la loi et la jurisprudence, des conditions de la subrogation légale (n° 85 s.).

[1619] Sur la distinction entre ces deux notions, V. N. RONTCHEVSKY, thèse préc.

d'une police d'assurance crédit est subrogé dans les droits et actions de l'assuré du chef de l'opération ayant fait l'objet d'un paiement »[1620].

Il n'y a donc pas d'obstacle de principe à ce qu'un garant indemnitaire bénéficie d'un recours subrogatoire[1621].

2. Recours personnel

611. Distinction selon la nature des relations garant-débiteur – Plutôt que de venir aux droits du bénéficiaire de la garantie, la caution peut faire usage d'une action nouvelle, propre, dont elle dispose conformément aux dispositions de l'article 2305 du Code civil. La doctrine explique toutefois que le fondement de cette action est différent selon qu'un contrat unit ou non le garant au débiteur principal. La même remarque vaut pour les garanties indemnitaires.

612. Existence d'un contrat entre le garant et le débiteur – S'il existe un contrat par lequel le débiteur a demandé au garant de s'engager envers le bénéficiaire, c'est ce contrat qui prévoira l'existence et aménagera les modalités du recours personnel. Tel sera le cas, en particulier, lorsque le débiteur rémunèrera un professionnel de la garantie.

613. Absence de contrat entre le garant et le débiteur – L'absence de contrat entre garant et débiteur est un cas de figure fréquent, soit que le garant soit un proche qui s'engage spontanément pour augmenter le crédit du débiteur, soit, à l'opposé, que le garant soit un professionnel rémunéré par le créancier pour lui assurer une couverture. Pour expliquer le recours de la caution contre le débiteur principal dans une telle situation, la doctrine a recours à la gestion d'affaires[1622]. Prévu aux articles 1372 et suivants du Code civil, ce quasi-contrat permet à celui qui agit pour autrui, sans en avoir été chargé, de recouvrer auprès du maître de l'affaire les dépenses ainsi exposées. Il est parfaitement utilisable en présence d'une garantie indemnitaire. Ce fondement repose sur l'idée que le garant a agi au mieux des intérêts du débiteur en son absence, et qu'il est normal d'en être, sinon récompensé, en tout cas dédommagé. Il semble incompatible avec l'hypothèse d'école que représente la constitution d'une garantie contre le gré du débiteur[1623]. En revanche, la Cour de cassation voit dans la gestion d'affaires un fondement permettant un recours du garant contre les codébiteurs solidaires du débiteur principal, avec lesquels il n'a aucun lien de droit préalable[1624].

614. Vers une troisième voie ? – Les solutions traditionnelles qui viennent d'être décrites pourraient, dans une certaine mesure, être remises en cause par un nouveau courant jurisprudentiel. En 1990, la Cour de cassation a en effet jugé, de

[1620] Loi n° 72-650 du 11 juillet 1972 portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, art. 22.
[1621] En ce sens : I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-85.
[1622] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 156 ; M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 499 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 15.
[1623] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 562. Mais il y aurait peut-être place, alors, pour un recours fondé sur un autre quasi-contrat : l'enrichissement sans cause (Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1361).
[1624] Cela a été reconnu indirectement mais très clairement par Cass. com., 27 nov. 1978, pourvoi n° 76-14520 : *Bull. civ.*, IV, n° 277 ; *JCP G*, 1979, IV, 44 ; *D.*, 1970, IR, p. 171 ; *Defrénois*, 1970, p. 1230, obs. J.-L. AUBERT.

manière très générale, que : « le tiers qui, sans y être tenu, a payé la dette d'autrui de ses propres deniers, a, bien que non subrogé aux droits du créancier, un recours contre le débiteur »[1625], étant précisé deux ans plus tard « qu'il incombe à celui qui a sciemment acquitté la dette d'autrui, sans être subrogé dans les droits du créancier de démontrer que la cause dont procédait ce paiement impliquait, pour le débiteur, l'obligation de lui rembourser les sommes ainsi versées »[1626]. Ces arrêts ont été interprétés comme fournissant un fondement général au recours personnel du *solvens* ; il deviendrait inutile de distinguer entre contrat, gestion d'affaires et enrichissement sans cause[1627].

Les fondements des recours après paiement du garant ayant été exposés, il faut à présent considérer leurs effets.

B. Effets du recours

615. Des avantages différents selon le type de recours – Chacun des deux types de recours après paiement appelle un régime juridique spécifique, qui comprend des avantages et des inconvénients. Il n'est donc pas possible de désigner, dans l'absolu, l'une des deux possibilités comme étant supérieure à l'autre ; tout dépend du cas d'espèce. Du reste, les deux actions peuvent être exercées simultanément ou successivement[1628]. Les solutions étant bien connues, un bref rappel sera suffisant.

Le recours subrogatoire transmet au garant la créance que possédait le bénéficiaire de la garantie contre le débiteur principal. Dès lors, le caractère civil ou commercial de cette créance reste intact ; le délai de prescription reste le délai initial, qui a d'ores et déjà commencé à courir[1629] ; le débiteur peut opposer au subrogé les mêmes exceptions qu'il pouvait opposer au subrogeant ; le subrogé bénéficie de tous les avantages dont pouvait bénéficier le créancier pour recouvrer son dû : privilèges, sûretés réelles et personnelles[1630]. Ce dernier point est un avantage important du recours subrogatoire, qui peut s'avérer décisif. Mais constitue une faiblesse notable, au contraire, le fait que ce recours ne permet de récupérer que les sommes payées au subrogeant et rien de plus – si ce n'est des intérêts moratoires, dans les conditions de droit commun[1631]. Une autre faiblesse est mise en avant par un auteur : la jurisprudence n'admettrait pas qu'il puisse y avoir subrogation légale si la prestation versée par le garant prenait une autre forme que le versement d'une somme d'argent[1632]. Enfin, en vertu de l'adage selon lequel « on ne peut subroger contre soi-même », le créancier qui n'aurait été désintéressé que partiellement par le

---

[1625] Cass. 1re civ., 15 mai 1990, pourvoi n° 88-17572 : *Bull. civ.*, I, n° 106 ; *D.*, 1991, p. 538, note G. VIRASSAMY ; *RTD. civ.*, 1990, p. 662, obs. J. MESTRE.
[1626] Cass. 1re civ., 2 juin 1992, pourvoi n° 90-19374 : *Bull. civ.*, I, n° 167 ; *D.*, 1992, somm., p. 407, obs. P. DELEBECQUE ; *JCP G*, 1992, I, 3632, n° 6, obs. M. BILLIAU ; *RTD. civ.*, 1993, p. 130, obs. J. MESTRE.
[1627] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 273 ; Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, note n° 3 p. 1309 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 562.
[1628] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 200.
[1629] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1385.
[1630] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 598.
[1631] Cass. 1re civ., 15 févr. 2005, pourvoi n° 03-11141 : *Bull. civ.*, I, n° 87 ; *D.*, 2005, p. 771, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *Defrénois*, 2005, p. 1236, obs. R. LIBCHABER.
[1632] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-85.

garant sera prioritaire s'il est en concours avec lui dans une action contre le débiteur principal[1633].

L'action née du recours personnel est nouvelle : la prescription commence donc à courir à compter du paiement ; sa durée est de cinq ans, conformément au droit commun[1634]. L'avantage le plus remarquable du recours personnel est indiqué à l'article 2305 du Code civil, et doit être reconnu pour tout recours de ce type exercé par un garant personnel quelconque, alors même qu'il s'agit d'un texte relatif au cautionnement[1635] : le garant doit être intégralement dédommagé. Il s'agira tout d'abord du principal, qui doit ici s'entendre comme l'intégralité des sommes versées au bénéficiaire de la garantie[1636] ; il s'agira ensuite des intérêts, correspondants au coût de l'avance de fonds à laquelle le garant a été forcé de procéder ; mais encore des frais, notamment procéduraux, exposés face au bénéficiaire ou face au débiteur principal ; enfin, des dommages et intérêts qui viendront réparer les autres chefs de préjudice subis par le garant, et qui n'auraient pas été réparés au titre des sommes précédemment citées[1637]. Notons qu'un garant professionnel ne devrait rien réclamer qui relève de cette dernière catégorie : le règlement des sinistres faisant partie de ses missions routinières, la mise en œuvre de la garantie ne devrait jamais le mettre en difficulté.

616. Couverture exceptionnelle et recours – Il a été exposé à plusieurs reprises qu'il est possible, en matière de garantie par couverture, de s'engager plus durement que le débiteur principal – ce qui n'est pas envisageable dans la conception actuelle du cautionnement. Cela ne sera évidemment pas sans incidence sur les possibilités de recours après paiement. Que se passe-t-il si le garant a accepté de couvrir le risque résultant d'un cas de force majeure qui libère le débiteur principal, ou s'il a contracté une garantie comportementale assortie d'une forte clause pénale ?

En de telles hypothèses, le recours subrogatoire est évidemment fermé. Il consiste en effet à exercer, à l'identique, les droits que possédait le bénéficiaire de la garantie contre le débiteur. Or, l'hypothèse que nous examinons implique que le débiteur principal n'était pas tenu aussi durement que le garant.

Qu'en est-il du recours personnel ? S'il n'existe pas de convention entre le débiteur principal et le garant, l'action sera fermée. En effet, raisonner sur le terrain classiquement utilisé dans une telle configuration, celui de la gestion d'affaires, révèle que la gestion n'a pas été utile au maître de l'affaire, ce qui est une condition expresse de l'indemnisation du gérant[1638]. En revanche, si une convention existe entre le débiteur principal et le garant, rien n'interdit d'y prévoir que le second pourra récupérer au premier toute somme payée au titre de la garantie, y compris lorsqu'elle n'était pas due au titre du contrat de base : tel est précisément le cas en matière de garanties autonomes, le banquier bénéficiant d'un recours personnel

[1633] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 207. Cette règle est consacrée à l'article 1252 du Code civil. Elle n'est pas applicable au recours personnel, qui n'est pas basé sur la subrogation.
[1634] *Ibid.*, n° 202.
[1635] En ce sens, P. SIMLER, *op. cit.*, n° 987, qui applique ces solutions aux garanties autonomes.
[1636] Ce qui comprend donc les intérêts, frais et accessoires que le bénéficiaire lui-même était en droit de réclamer : P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 205.
[1637] Les exemples suivants sont cités : pertes de biens saisis par le créancier, impossibilité pour le garant d'exécuter ses propres engagements, procédure collective ouverte contre lui... (*ibid.*).
[1638] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1041.

complet contre le donneur d'ordres[1639]. Mais la même logique ne se retrouve pas dans les garanties indemnitaires. En pratique, le créancier qui veut bénéficier d'une couverture exceptionnelle la souscrira probablement lui-même auprès d'un garant professionnel, et la financera grâce aux gains réalisés dans le cadre du contrat de base. Il n'y aura donc pas de convention entre le garant et le débiteur. Le garant professionnel sait que, si le cas de force majeure couvert se réalise, par exemple, il devra indemniser le bénéficiaire de manière définitive sur ses propres deniers. Dans sa thèse, M. Ancel avait souligné que l'absence de caractère accessoire d'une sûreté personnelle pouvait, parfois, se traduire par une contribution à la dette de la part du garant[1640]. Cela n'est pas gênant pour le garant professionnel qui, lors du calcul de son risque, tiendra compte du fait qu'il entraîne nécessairement une perte sèche et définitive – alors que la couverture d'un simple risque d'inexécution d'une créance valable permet d'exercer un recours, et de récupérer, peut-être, tout ou partie de ses deniers. La prime à verser en contrepartie sera d'autant plus élevée.

L'existence d'une contribution à la dette du garant indemnitaire dans certains cas pose problème si l'on considère la question récurrente de la définition des sûretés personnelles. Il est manifeste que les définitions proposées sont avant tout étudiées pour décrire le cautionnement. Ainsi, il est habituellement affirmé que ne peut être qualifié de sûreté le mécanisme qui aboutit à une contribution du garant à la dette[1641]. Mais alors, par exemple, lorsqu'un garant comportemental est condamné à payer des dommages et intérêts à hauteur de la dette principale et qu'il parvient à récupérer ses débours auprès du débiteur principal, il s'agirait d'une sûreté ; tandis que le seul ajout d'une clause pénale entraînerait l'exclusion du mécanisme de cette catégorie, exclusion dont l'intérêt reste à démontrer. Si la définition de la sûreté personnelle est simplement centrée autour de l'adjonction d'un second patrimoine au service de la créance[1642], le problème disparaît.

617. Incidence du devoir de bonne foi du bénéficiaire envers le garant – À plusieurs reprises, lors des développements précédents, il s'est avéré que le devoir de bonne foi, issu du droit commun des obligations, produit des effets vigoureux en matière de contrat de garantie : il oblige le bénéficiaire à tenir un certain compte des intérêts du garant, lors de la conclusion puis de l'exécution du contrat. Ce devoir se manifestera dans des situations telles que l'octroi au débiteur principal d'un crédit excédant ses facultés ; la perte, par le créancier, de droits préférentiels dont le garant aurait pu profiter par subrogation ; la mise en place d'une garantie disproportionnée par rapport aux patrimoine et revenus du garant. Dans toutes ces hypothèses, le créancier devrait être condamné à payer des dommages et intérêts à l'exacte hauteur du préjudice subi par le garant. Telle était d'ailleurs la solution retenue par la jurisprudence à l'appui du contrôle de proportion qu'elle avait initié, avant que le législateur n'intervienne lui-même[1643].

[1639] P. ANCEL, thèse préc., n° 238.
[1640] P. ANCEL, thèse préc. L'idée est mise en valeur tout au long de son étude. Sur la question des recours, V. p. 179 s.
[1641] V. par ex. M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 25.
[1642] V. par ex. M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 13, ou la définition proposée par P. CROCQ, *supra*, n° 7.
[1643] V. *supra*, n° 504 s.

Mais cette sanction, qui paraissait alors la plus adéquate, révèle un défaut non négligeable au moment du recours après paiement du garant *solvens* contre le débiteur principal. La situation s'analyse comme suit : les dommages et intérêts dus par le créancier se compensent, en tout ou partie, avec la somme qui lui était due au titre de la sûreté. Le garant étant réputé avoir payé, il peut ensuite se retourner contre le débiteur principal et réclamer remboursement ; son paiement est pourtant virtuel, il n'a rien déboursé[1644]. S'il parvient à récupérer les sommes – après tout, le recours personnel n'est prescrit que cinq ans après le paiement du créancier, et le débiteur insolvable peut revenir à meilleure fortune –, il y aura alors enrichissement du garant ; peut-être pas sur le plan juridique, mais sur le plan économique tout du moins. Cette solution n'est évidemment pas satisfaisante.

Si nous nous prononcions pour les dommages-intérêts comme sanction du devoir de bonne foi, c'est que la déchéance légale, telle qu'elle est conçue actuellement en matière de contrôle de proportion par exemple, aboutit à un système du tout ou rien : le bénéficiaire perd ses droits ou les conserve entièrement[1645]. Certains ont proposé, dans certains cas, de rester dans le cadre de la responsabilité civile, mais de considérer que le préjudice réparé est en réalité celui causé au débiteur principal, de sorte que c'est la créance garantie elle-même qui serait éteinte par les dommages et intérêts versés[1646]. Cette solution semble parfaitement s'adapter, par exemple, à l'hypothèse du crédit excédant les facultés du débiteur principal[1647] ; en revanche, elle n'est pas pertinente dans un cas tel que celui de la perte, par le créancier, d'un recours utile au garant subrogé.

La meilleure solution semble avoir été retenue dans l'avant-projet de réforme du droit du cautionnement[1648]. La sanction retenue à l'article 2305 en cas de disproportion de la garantie par rapport aux revenus et au patrimoine de la caution est la réduction. Il s'agit finalement d'une solution hybride entre la déchéance et la responsabilité civile, ce qui apparaît encore plus clairement à l'article 2322, relatif au bénéfice de subrogation : « Lorsque la subrogation aux droits du créancier ne peut plus, par le fait de celui-ci, s'opérer en sa faveur, la caution est libérée à concurrence du préjudice qu'elle subit de ce fait [...] »[1649]. Cette solution de la déchéance à hauteur du préjudice subi mériterait d'être reprise de manière générale, comme sanction des violations du devoir de bonne foi par le bénéficiaire.

Si le garant *solvens* a des droits contre le débiteur, il a également quelques devoirs à son endroit. Voyons à présent en quoi ils consistent.

[1644] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 761 ; Y. PICOD, « Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe », art. préc., n° 37.
[1645] V. *supra*, n° 510.
[1646] P. SIMLER, *loc. cit.*, *in fine*.
[1647] Il a d'ailleurs été jugé, alors que c'était le débiteur principal qui avait obtenu une condamnation du créancier pour manquement à son devoir de mise en garde, que les cautions pouvaient se prévaloir de l'extinction de la dette principale (Cass. com., 17 nov. 2009, pourvoi n° 08-70197, en attente de publication). Il est indispensable que, si la condamnation est obtenue par le garant, le débiteur principal puisse symétriquement arguer de l'extinction de la dette principale pour refuser de payer à ce garant une somme équivalente aux dommages et intérêts dus par le créancier.
[1648] Précité.
[1649] Souligné par nous.

II. Devoirs du garant

618. La perte des recours en matière de cautionnement – L'article 2308 du Code civil prive la caution de ses recours après paiement dans deux cas : si elle a payé le bénéficiaire de la garantie sans en avertir le débiteur principal, qui paie une deuxième fois ; si elle a payé sans être poursuivie et sans avertir le débiteur principal, alors qu'il existait des moyens pour faire déclarer la dette éteinte. Dans les deux cas, le texte réserve la possibilité d'une action en répétition, que la caution devra mener contre le créancier si elle veut récupérer les sommes inutilement versées.

Plusieurs devoirs pèsent sur le bénéficiaire d'une garantie, dont la position de bénéficiaire unilatéral du contrat doit être tempérée par une prise en compte minimum des intérêts du garant. Une fois que le garant a payé, c'est en quelque sorte lui qui devient l'homme fort de la relation qui l'unit au débiteur principal. Il est à son tour en position d'exiger un paiement, mais il va devoir à son tour veiller, dans une certaine mesure, à respecter les intérêts de son vis-à-vis.

Ici encore, il faudra prendre la mesure exacte de ce qu'apporte un texte spécifique au cautionnement par rapport au droit commun, avant de se demander si ces aspects originaux méritent d'être transposés aux garanties indemnitaires. Pour cela, les deux situations réglées par l'article 2307 du Code civil seront envisagées successivement.

619. Situation de double paiement – Dans l'hypothèse visée par le texte, au moment où le garant paie, la dette est valable et non encore éteinte. Ce n'est qu'ensuite qu'intervient le second paiement, versé par le débiteur principal. Il est flagrant que la personne dont le comportement a été le plus critiquable est le créancier : des trois acteurs impliqués, il était le seul à bénéficier d'une vision complète de la situation ; il savait que le second paiement était indu, et il l'a accepté malgré tout, frauduleusement. Le droit commun voudrait que l'action en répétition de l'indu soit exercée par le débiteur, car le paiement effectué par le garant l'a été contre une véritable contrepartie. À l'inverse, si le débiteur avait payé en premier, cela aurait été au garant d'agir. La personne qui agit en répétition de l'indu peut également demander la condamnation du créancier, fautif, à des dommages et intérêts qui viendront compenser les frais de l'instance, et les éventuels préjudices supplémentaires causés par son comportement.

En somme, si le créancier est solvable, l'application du droit commun aboutit déjà à un résultat satisfaisant. Le débiteur paie le garant, une deuxième fois certes, mais il se retourne ensuite contre le véritable responsable de la situation, et il est alors entièrement dédommagé. Si ce double paiement le met en difficulté, il peut par exemple demander à bénéficier de délais de grâce face au garant, dans les conditions de droit commun[1650]. Entre-temps, il aura agi contre le créancier.

Que se passe-t-il, en revanche, si le créancier est totalement ou partiellement insolvable ? On peut cette fois-ci rechercher une faute dans le comportement du garant. S'il avait conclu un contrat avec le débiteur, la faute sera de nature contractuelle. Après avoir payé, le garant disposait d'une information pertinente pour le débiteur, que ce dernier pouvait légitimement ignorer : les conditions pour

[1650] V. l'art. 1244-1 C. civ.

qu'il soit débiteur d'une obligation d'information sont réunies[1651]. S'il n'existait aucun contrat entre le débiteur et le garant, la situation doit être examinée à travers le prisme de la responsabilité civile délictuelle. Il est probable que les juges estiment qu'en s'abstenant d'informer le débiteur principal de son paiement, le garant a agi avec une légèreté fautive, qui justifie qu'il soit condamné à réparer le préjudice causé au débiteur, sur le fondement de l'article 1383 du Code civil.

L'action du débiteur principal contre le garant devra donc succéder à une action infructueuse contre le créancier, insolvable. Si le recours du garant avait déjà eu lieu, elle permettra de récupérer tout ou partie des sommes qui lui avaient été versées. Si le recours du garant n'a lieu qu'après ce constat de l'insolvabilité du créancier, le débiteur principal pourra former une demande reconventionnelle permettant l'extinction de sa dette vis-à-vis du garant, en tout ou partie, par compensation.

Les résultats obtenus sur le fondement du droit commun paraissent donc satisfaisants. Bien sûr, il appartient au législateur d'estimer éventuellement que, pour des raisons d'équité, il est préférable de faire immédiatement supporter les risques d'une action contre le créancier par le garant, comme il est prévu à l'article 2308 du Code civil. Il faudrait alors élargir le champ d'application du texte aux garanties indemnitaires. Il est également possible de disposer que cette solution ne s'appliquera qu'en présence d'un garant professionnel, non d'un profane.

620. Paiement au mépris des moyens de défense du débiteur – Que se passe-t-il, selon le droit commun, si le garant a payé alors que le débiteur disposait d'un moyen de faire déclarer sa dette éteinte, et ce alors même qu'il n'était pas poursuivi ? La voie de la subrogation lui est évidemment fermée : puisqu'il exerce les droits mêmes du créancier, le débiteur va lui opposer ce fameux argument dont il disposait pour refuser de payer. Reste le recours personnel ; si aucun contrat n'a été passé entre le garant et le débiteur, il est traditionnellement fondé sur la gestion d'affaires. Or, il a été rappelé que l'utilité de la gestion est une condition du remboursement du gérant par le maître de l'affaire[1652]. Il est évident qu'en payant sans qu'on lui ait rien demandé, et alors même qu'il existait des arguments pour faire déclarer la dette éteinte, le garant doit voir sa gestion qualifiée, si ce n'est de nuisible, en tout cas d'inutile, et il ne pourra recourir contre le débiteur principal. Dans toutes ces situations, il appartient au garant *solvens* d'agir contre le bénéficiaire en répétition de l'indu[1653]. Le droit commun permet donc d'aboutir au même résultat que l'article 2308 alinéa 2 du Code civil.

Reste donc l'hypothèse d'un recours personnel fondé sur un contrat passé entre le débiteur et le garant. Raisonnant sur le terrain du cautionnement, un auteur effectue une distinction : lorsque les prévisions du texte ont été respectées, et notamment que la caution n'avait pas été poursuivie, elle doit perdre ses recours ; en revanche, estime-t-il, « si la caution poursuivie a payé sans en avertir le débiteur et dans l'ignorance des causes d'extinction de l'obligation garantie, rien ne peut

[1651] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 259.
[1652] *Ibid.*, n° 1041.
[1653] Sauf, bien entendu, s'il avait choisi de couvrir la situation dont le débiteur pouvait, lui, se prévaloir pour refuser de payer. Mais, dans ce cas, il n'a, *ab initio*, aucun recours contre le débiteur principal si le risque exceptionnel se produit : V. *supra*, n° 616.

justifier qu'elle fût privée de son recours personnel contre le débiteur »[1654]. La question appelle donc des réponses subtiles. Pourquoi ne pas l'abandonner aux parties, qui peuvent aménager comme elles le souhaitent les conditions du recours personnel dans le contrat qui, par hypothèse, a été conclu ? La solution énoncée par l'article 2308 alinéa 2 du Code civil pourrait alors être énoncée à titre simplement supplétif, avec ses conditions actuelles – y compris l'absence de poursuite du garant – ce qui aboutirait à un résultat satisfaisant.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Le devoir de bonne foi produisait déjà des conséquences lors de la formation du contrat : il pouvait alors donner naissance, d'une manière finalement assez classique dans son principe – mais vigoureuse dans son étendue–, à des obligations précontractuelles d'information. D'autres obligations d'information existent au stade de l'exécution du contrat : à ce titre, il est urgent de suivre les recommandations du groupe de travail sur la réforme des sûretés, en remplaçant l'actuel maelström de dispositions spéciales, dans lequel se noient praticiens et théoriciens, par quelques textes à vocation très générale. Ensuite, il a été proposé de rattacher la question du bénéfice de subrogation au devoir de bonne foi, plus précisément à l'une de ses conséquences encore mal connue en droit français, inspirée du *duty of mitigation* de *Common Law*. Il s'agit du devoir de modérer les dommages qui devront être pris en charge par son partenaire contractuel, lorsque cela est possible par l'emploi de moyens raisonnables.

Quant aux devoirs du garant envers le bénéficiaire au stade de l'exécution, ils varient profondément selon que la garantie considérée est basée sur une obligation de couverture, ou sur un engagement comportemental. Les premières consistent à couvrir des risques puis à indemniser des sinistres. Elles offrent des moyens de défense efficaces tenant, non pas au caractère accessoire renforcé, mais à deux arguments principaux : l'absence de réalisation du risque, et l'existence du principe indemnitaire – qui interdit au bénéficiaire de s'enrichir grâce à la sûreté. Les promesses comportementales, quant à elles, n'ouvrent aucune action contre le garant qui a adopté l'attitude promise ; même s'il n'a pas tenu parole, il lui restera souvent la possibilité de nier tout lien de causalité entre cette faute et les préjudices allégués par le bénéficiaire. Il se peut toutefois qu'une clause pénale ait été stipulée : toute inexécution de son obligation l'amènera alors à payer le forfait prévu.

De la question des recours, il faut retenir que l'application du droit commun des obligations permet, bien souvent, d'arriver à un résultat pratique satisfaisant. Toutefois, si l'on souhaite appliquer aux garants indemnitaires certaines solutions dérogatoires, qui visent aujourd'hui les seules cautions – recours avant paiement, perte des recours après paiement –, les textes concernés devront voir leur champ d'application étendu.

Il est temps d'examiner le dernier stade de la vie contractuelle : l'extinction de la convention.

[1654] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 608. L'auteur précise que, *a fortiori*, la caution conserve son recours si elle a averti le débiteur et que celui-ci a gardé le silence sur les moyens dont il disposait pour faire déclarer la dette éteinte.

CHAPITRE III

EXTINCTION

621. Plan – Étudier la manière dont s'éteignent les garanties par couverture et les garanties comportementales donne une nouvelle occasion de constater la différence profonde de nature entre ces deux catégories d'engagements, qui ne doivent pas être confondues. En effet, si les garanties fondées sur la prise en charge d'un risque obéissent parfaitement à la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement (section 1), tel n'est pas le cas des garanties comportementales (section 2).

La théorie de l'accessoire renforcé ne trouvant pas à s'appliquer s'agissant des garanties indemnitaires, l'extinction se produira toujours à titre principal, jamais par voie accessoire.

SECTION 1
GARANTIES PAR COUVERTURE

622. Plan – Il n'y aura pas besoin de revenir longuement sur les solutions découlant de la distinction entre couverture et règlement, qui sont bien connues depuis la thèse de Christian Mouly[1655]. C'est précisément en poussant jusqu'au bout l'étude de ce qu'est la couverture, obligation partagée par le droit des sûretés et celui des assurances, qu'une nouvelle conception de l'engagement de la caution a pu être proposée, détachée de la théorie de l'accessoire renforcé[1656]. En quelque sorte, elle revient à faire jouer un rôle à cette distinction dès la naissance, et durant la vie de la sûreté. Ses conséquences en matière d'extinction sont, elles, déjà admises par tous. L'idée principale est la suivante : l'extinction de l'obligation de couverture (I) et des obligations de règlement (II) sont indépendantes l'une de l'autre.

I. Extinction de l'obligation de couverture

623. Plan – L'obligation de couverture prend fin par l'arrivée du terme (A), la résiliation d'une garantie à durée indéterminée (B), l'atteinte à son caractère intuitu personæ (C), ou la disparition du risque (D).

A. Survenance du terme

624. Terme certain – La situation la plus simple est celle dans laquelle un terme certain a été stipulé. Il peut s'agir d'une durée fixe équivalente à celle du

[1655] Précitée.
[1656] V. not. *supra*, n° 404 s.

contrat principal – s'il en comporte une –, ou d'une durée fixée indépendamment du contrat principal – notamment s'il est à durée indéterminée.

625. Terme incertain – Il peut encore s'agir d'un terme incertain. Le terme incertain est bien un terme, c'est-à-dire un événement qui se produira nécessairement dans l'avenir, mais à une date qui n'est pas encore connue[1657]. Un exemple type, en la matière, consiste en la garantie, par un dirigeant, des dettes de sa société, jusqu'à la cessation de ses fonctions[1658]. Certains auteurs estiment qu'il faut reconnaître, dans certaines situations, l'existence d'un terme implicite, par exemple, précisément, la fin des fonctions de direction qui ont motivé l'engagement[1659] ; cet argument semble en tout cas plus solide que celui tenant à la disparition de la cause de la garantie[1660]. Il est toutefois fermement rejeté par la Cour de cassation[1661]. Mais n'est-il pas à double tranchant ? Il ferait perdre aux garants les possibilités ouvertes par la souscription d'un engagement à durée indéterminée, qu'il s'agit d'examiner à présent.

B. Résiliation d'une garantie à durée indéterminée

626. Prohibition des engagements perpétuels – Les engagements perpétuels étant prohibés en droit français, tout contrat à durée indéterminée doit pouvoir être résilié unilatéralement[1662]. Cette faculté, en matière de cautionnement comme ailleurs, a été considérée comme relevant de l'ordre public : elle ne peut être écartée par une clause du contrat[1663]. Certains textes obligent même le créancier d'un cautionnement à durée indéterminée à rappeler cette faculté au garant[1664]. Lorsqu'un préavis a été contractuellement prévu, il doit bien entendu être respecté[1665]. Les obligations de règlement relatives à la période antérieure à la résiliation subsistent.

627. Résiliation et compte courant – Le compte courant est un « compte usité dans les relations commerciales et financières représentant les rapports existant

---

[1657] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1200. La certitude de la production de l'événement distingue le terme de la condition.
[1658] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 257.
[1659] *Ibid.* ; C. MOULY, thèse préc., n° 270 s. ; avec prudence, M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 220.
[1660] V. *supra*, n° 517.
[1661] Est souvent cité l'arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation, du 17 décembre 1974, pourvoi n° 73-13239 : *Bull. civ.*, IV, n° 330. Pourtant, la Cour de cassation y renvoie à « l'appréciation souveraine de la volonté des parties » par les juges du fond. La solution est cependant devenue tout à fait claire dans un arrêt rendu par la même Chambre, le 24 avril 1990, pourvoi n° 88-13991 : *Bull. civ.*, IV, n° 117 ; *D.*, 1991, p. 177, note P. MORVAN.
[1662] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 479. Cette règle a valeur constitutionnelle : Cons. const., 9 nov. 1999 : *RTD. civ.*, 2000, p. 109, obs. J. MESTRE.
[1663] Cass. 1re civ., 7 mars 2006, pourvoi n° 04-12914 : *Bull. civ.*, I, n° 132 ; *D.*, 2006, IR, p. 981 ; *JCP G*, 2006, IV, 1730 ; *RDBF* mai-juin 2006, n° 97, obs. D. LEGEAIS.
[1664] Art. L. 313-22 CMF, qui concerne « les établissements de crédit ayant accordé un concours financier à une entreprise, sous la condition du cautionnement par une personne physique ou une personne morale » ; art. L. 341-6 C. conso, qui concerne le créancier professionnel garanti par une caution personne physique. Il serait possible de se contenter d'un unique texte, bénéficiant à tout *garant profane* d'un créancier professionnel : les garants professionnels n'ont pas besoin d'un tel rappel, en raison de leur compétence indiscutable.
[1665] Les établissements de crédit créanciers ont l'habitude de stipuler un délai de préavis de 90 jours : M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 361.

entre deux personnes qui, effectuant l'une avec l'autre des opérations réciproques, conviennent de fusionner les créances et les dettes résultant de ces opérations en un solde au régime unitaire »[1666]. Seul le solde du compte est exigible et donne lieu à un paiement effectif, lors de sa clôture[1667].

Ce fonctionnement très particulier du compte courant a suscité des difficultés lorsque le paiement du solde était garanti par un cautionnement à durée indéterminée, que le garant décidait de résilier. Aucune somme ne peut être immédiatement réclamée à la caution si, à ce moment, le compte est toujours en fonctionnement. Mais il faut pourtant tenir compte de ce qu'elle a mis fin à son engagement prématurément dans le calcul du solde qui lui sera réclamé ultérieurement. C'est pourquoi, depuis 1972, la Cour de cassation juge que le solde provisoire au jour de la résiliation – net des opérations en cours, qui peuvent mettre un certain temps à être liquidées – est « gelé », puis amputé des remises ultérieures au crédit du compte par le débiteur garanti[1668].

La conséquence de cette solution est que la sûreté du banquier s'évapore au fur et à mesure que le débiteur procède à des remises sur le compte, alors même qu'elles peuvent être plus que compensées par des débits importants, laissant subsister une dette conséquente à la clôture. C'est pourquoi les créanciers ont songé à un certain nombre de parades[1669], dont l'une mérite d'être spécialement mentionnée ici. Elle consiste à rendre immédiatement exigible à l'égard de la caution le solde débiteur existant au moment de la résiliation. Toutefois, une telle solution est contraire au caractère accessoire renforcé du cautionnement[1670]. La Cour de cassation semble pourtant avoir admis le principe d'une telle clause[1671]. Condamnable en matière de cautionnement, cette pratique semble en revanche admissible en matière de garanties par couverture, puisqu'il devrait être possible, notamment aux professionnels de la garantie, de s'engager plus durement que le débiteur principal s'ils le souhaitent.

C. Atteinte au caractère intuitu personae *de la couverture*

628. Disparition du créancier ou du débiteur – « Tout comme elle apprécie les risques au regard des qualités personnelles du débiteur, la caution attache parfois du prix à certaines qualités du créancier. S'il est un technicien des affaires, s'il est réputé pour sa sévérité dans l'octroi des crédits, s'il a des relations personnelles avec la caution, le créancier peut inspirer une confiance personnelle à la caution qui a tout lieu de penser que le passif ne sera pas gonflé exagérément »[1672]. À la lecture de ces quelques phrases de Christian Mouly, il est

---

[1666] *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Compte courant ».
[1667] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1390.
[1668] Cass. com., 22 nov. 1972, pourvoi n° 71-10745 : *Bull. civ.*, IV, n° 298 ; *D.*, 1973, IR, p. 2 ; *Gaz. Pal.*, 1, p. 213, note D. MARTIN ; *RTD. com.*, 1973, p. 309, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.
[1669] Pour une étude détaillée, V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 782 s.
[1670] *Ibid.*, n° 785.
[1671] L'approbation n'est qu'indirecte, mais relativement claire : la Cour reproche aux juges du fond d'avoir admis l'action contre la caution, sans démontrer qu'elle s'était « *personnellement engagée à régler un tel solde provisoire* ». Il s'agit de Cass. com., 25 nov. 1974, pourvoi n° 73-12702 : *Bull. civ.*, IV, n° 298 ; *JCP G*, 1975, IV, 15 ; *D.*, 1975, IR, p. 29 ; *RTD. com.*, 1975, p. 572, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.
[1672] C. MOULY, thèse préc., n° 333.

facile de mesurer l'importance de la personne du créancier, aussi bien que de la personne du débiteur, aux yeux du garant. Dès lors, le décès de l'un quelconque de ces deux acteurs provoque la fin de l'obligation de couverture d'un ensemble indéterminé de dettes[1673]. Ce qui est valable pour les personnes physiques l'est aussi pour les personnes morales : la couverture s'éteint si la société créancière ou débitrice fusionne avec une tierce société ou fait l'objet d'une scission, mais non si c'est elle qui absorbe une autre société, car cela ne la fera pas disparaître[1674].

629. Disparition du garant – La disparition du troisième acteur de l'opération, le garant lui-même, a posé davantage de problèmes en matière de cautionnement. L'article 2294 du Code civil dispose en effet que : « Les engagements des cautions passent à leurs héritiers, à l'exception de la contrainte judiciaire, si l'engagement était tel que la caution y fût obligée ». Les héritiers d'une caution personne physique sont-ils tenus des dettes nées après son décès ? À cette question, la jurisprudence apporta longtemps une réponse positive[1675]. Christian Mouly prit fermement position contre cette solution, qui aboutissait à des résultats inéquitables, voire dramatiques[1676]. Un revirement eut lieu peu après : les héritiers n'ont l'obligation de répondre que des dettes entrant dans le cadre de la couverture antérieure au décès du de cujus[1677]. La Cour ajoute même qu'une clause contraire doit être interdite comme constituant un pacte sur succession future[1678].

Un moyen de contourner cette interdiction a été suggéré par Mme Béhar-Touchais: « [..] la caution ne pourrait-elle pas, en se portant fort que son héritier cautionnera les dettes nées postérieurement à son décès, lui imposer indirectement le poids de ses dettes ? »[1679]. Cette idée a été commentée par des auteurs dans les termes suivants : « On a fait observer […] qu'un engagement de porte-fort pris par la caution pourrait permettre de contourner l'obstacle [tenant à la prohibition des pactes sur succession future], les héritiers n'ayant d'autre choix que d'exécuter cet engagement ou de renoncer à la succession »[1680]. Ce disant, ils semblent souscrire à la position défendue par certains auteurs, et autrefois adoptée par la Cour de cassation selon laquelle, si un porte-fort a promis la ratification de son héritier, et qu'il décède, l'héritier est forcé de ratifier le contrat[1681]. Un porte-fort de ratification classique, fondé sur l'article 1120 du Code civil, donne pourtant lieu à une prestation purement indemnitaire, y compris dans le chef de l'héritier : la Cour de

[1673] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 701.
[1674] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 242.
[1675] V. encore Cass. com., 14 nov. 1980, pourvoi n° 78-14125 : *Bull. civ.*, IV, n° 371 ; *D.*, 1981, IR, p. 350, obs. M. VASSEUR ; *JCP G*, 1981, II, 19577, note M. RÈMOND-GOUILLOUD.
[1676] C. MOULY, thèse préc., n° 350 s.
[1677] Cass. com., 29 juin 1982, pourvoi n° 80-14160 : *Bull. civ.*, IV, n° 258 ; *D.*, 1983, p. 360, note C. MOULY ; *Defrénois*, 1983, p. 393, obs. J.-L. AUBERT ; *Rev. sociétés*, 1983, p. 86, note M. CABRILLAC ; *JCP G*, 1984, II, 20148, note P. BOUTEILLER ; *RTD. civ.*, 1983, p. 364, note P. RÉMY.
[1678] Cass. com., 13 janv. 1987, pourvoi n° 84-14146 : *Bull. civ.*, IV, n° 9 ; *D.*, 1987, somm., p. 453, obs. L. AYNÈS ; *JCP E* , 1987, II, 15054, note M. BÉHAR-TOUCHAIS. La prohibition des successions futures est issue de l'article 1130 alinéa 2 du Code civil.
[1679] M. BÉHAR-TOUCHAIS, note préc., p. 584.
[1680] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, note n° 3 p. 232, *in fine*.
[1681] V. les réf. doctrinales et jurisprudentielles citées par M. STORCK, « Article 1120 », art. préc., n° 42 s.

cassation a jugé très clairement en ce sens[1682]. Mais le résultat pratique est identique si l'on considère, comme Mme Béhar-Touchais, que le créancier pourrait demander l'indemnisation d'un préjudice comprenant rien de moins que les sommes qui auraient été garanties si la ratification avait été consentie[1683]. Cette position se heurte à une première objection : il n'est pas du tout certain que l'indemnité due par un porte-fort de ratification soit, si le risque se réalise, équivalente aux avantages attendus du contrat s'il avait été parfait[1684]. Mais le problème le plus important n'est pas là.

Le porte-fort envisagé contient une contradiction interne insurmontable. Le promettant ne verra jamais peser sur sa propre tête, pas même un instant de raison, le risque tenant à l'absence de ratification par ses héritiers d'un cautionnement de dettes nées... après son décès ! Ce risque ne pourra se réaliser, par définition, qu'après sa disparition, de sorte que seule la succession pourra être tenue de l'indemnité due en cas de sinistre. Or, c'est précisément la définition du pacte sur succession future : une convention ne créant d'obligation « qu'à la charge de la succession, sans imposer au stipulant aucune obligation dont la succession n'aurait été tenue que par voie de conséquence »[1685]. Avec ce faux remède du porte-fort, on ne fait que tomber de Charybde en Scylla.

La solution consistant en l'extinction de l'obligation de couverture au décès du garant conserve donc toute sa force. Il en va de même, pour une société, en cas de scission, ou de fusion avec une tierce société[1686].

D. Disparition du risque

630. Caducité de la garantie – Même si le contrat de garantie est à durée indéterminée et qu'il n'est pas résilié par les parties, il pourrait s'éteindre, lorsque la créance couverte cesse de constituer un risque, soit qu'elle ait été payée soit, au contraire, qu'elle soit devenue inefficace, par exemple en raison de la prescription. Il n'est pas nécessaire de faire appel au caractère accessoire renforcé du cautionnement pour justifier cette extinction. Le risque étant un élément nécessaire à l'existence d'un contrat de couverture[1687], la disparition du premier provoque la fin du second[1688]. Si une prime a été versée par avance à un professionnel de la couverture, elle doit être remboursée au prorata de la durée restant à courir[1689]. Il s'agit tout simplement d'une forme de caducité.

[1682] Cass. 1re civ., 26 nov. 1975, pourvoi n° 74-10356 : *Bull. civ.*, I, n° 351 ; *JCP G*, 1976, II, 18500, note F. MONEGER ; *D.*, 1976, jur., p. 353, note C. LARROUMET ; *RTD. civ.* 1976, p. 575, obs. G. CORNU ; *RTD. civ.*, 1977, p. 117, obs. Y. LOUSSOUARN ; *Defrénois*, 1976, p. 1425, note J.-L. AUBERT. Cela est d'ailleurs relevé par Mme BÉHAR-TOUCHAIS (*loc. cit.*).

[1683] *loc. cit.*

[1684] V. *supra*, n° 139.

[1685] Cass. 1re civ., 13 juin 1979, pourvoi n° 78-12037 : *Bull. civ.*, I, n° 180 ; *Defrénois*, 1980, p. 613, obs. G. CHAMPENOIS ; *RTD. civ.*, 1981, p 659, obs. J. PATARIN.

[1686] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 252.

[1687] V. *supra*, n° 489 s.

[1688] En matière d'assurances, V. J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », art. préc., n° 124 s.

[1689] Comp. art. L. 121-9 C. assur. : « En cas de perte totale de la chose assurée résultant d'un événement non prévu par la police, l'assurance prend fin de plein droit et l'assureur doit restituer à l'assuré la portion de la prime payée d'avance et afférente au temps pour lequel le risque n'est plus couru ». Ce texte s'accommode bien de l'hypothèse d'une créance principale prescrite, par exemple. Mais le même raisonnement doit être tenu dans le cas d'un paiement, situation qui ne peut être envisagée par une

Bien entendu, la disparition du risque entraîne également la fin prématurée d'un contrat de garantie à durée déterminée, si elle se produit avant le terme.

L'extinction pour disparition du risque ne peut se produire, en revanche, si la couverture n'est pas adossée à une créance particulière, mais couvre un ensemble de dettes simplement déterminables.

II. Extinction de l'obligation de règlement

631. Articulation entre couverture et règlement – Dans toutes les hypothèses, qui viennent d'être relevées, d'extinction non-rétroactive de l'obligation de couverture, les obligations de règlement relatives à la période antérieure subsistent, si des sinistres se sont produits. Il faut souligner que, si la créance est née à une date antérieure à l'extinction de la couverture, mais qu'elle continue à produire ses effets ultérieurement, la garantie lui restera attachée : ainsi des loyers restant à courir d'un contrat de bail[1690].

632. Causes d'extinction de droit commun – Le garant amené à payer le bénéficiaire est un débiteur comme les autres. S'agissant de la caution, cette vérité première est rappelée par l'article 2311 du Code civil : « L'obligation [comprendre : l'obligation de règlement] qui résulte du cautionnement, s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations ». Ces causes sont très classiques, qu'elles soient satisfactoires pour le bénéficiaire, comme le paiement, ou qu'elles ne le soient pas, comme la remise de dette, la prescription, la novation ou la confusion. Les quelques particularismes que présentent ces questions en matière de cautionnement se retrouvent à l'identique pour les garanties par couverture : il n'est donc pas nécessaire, pour l'essentiel, d'y revenir[1691].

633. Cas particulier de la compensation – Il faut tout de même dire un mot de l'extinction de la dette du garant par compensation avec une créance détenue contre le bénéficiaire. L'intérêt de cette question avait crû sensiblement depuis que la jurisprudence avait sanctionné certains manquements du créancier au devoir de bonne foi par une condamnation à verser des dommages et intérêts au garant[1692]. Cette solution présentait toutefois des effets pervers au moment du recours contre le débiteur principal, de sorte qu'il a fallu préconiser son remplacement par un autre mécanisme : le créancier est déchu de ses droits issus de la sûreté à hauteur du préjudice subi par le garant[1693].

---

disposition conçue autour de l'assurance de biens corporels, pour lesquels il n'y a généralement pas d'heureuse disparition.

[1690] Par exemple : « 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 ». Cass. com., 11 mai 1993, pourvoi n° 90-19932 : *Bull. civ.*, IV, n° 178 ; *JCP E*, 1993, II, 503, note P. DELEBECQUE.

[1691] Pour une étude détaillée, V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 736 s.

[1692] V. par ex., à propos du contrôle de la proportion de l'engagement du garant par rapport à son patrimoine et à ses revenus, *supra*, n° 504 s.

[1693] V. *supra*, n° 617. On rattachera à la même sanction la question du bénéfice de subrogation, parfois traité comme une cause autonome d'extinction de l'obligation de règlement, spéciale au droit des sûretés (V. par ex. M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 627 s.), que

SECTION 2
GARANTIES COMPORTEMENTALES

634. Absence de distinction entre couverture et règlement – La distinction entre couverture et règlement n'est pertinente que dans le cas d'un contrat de garantie reposant sur la prise en charge d'un risque. Les sûretés reposant sur un engagement présent et inconditionnel d'adopter un comportement y sont hermétiques. Il n'est pas non plus nécessaire de les adosser à des créances définies : si la promesse est violée, il faudra discuter *a posteriori* de la question de savoir quelles sont les créances dont le recouvrement auprès du débiteur principal a été compromis, en tout ou partie[1694].

635. Terme ou résiliation – Si la référence à un contrat principal garanti n'est pas nécessaire, elle n'est cependant pas interdite. Il est donc possible d'indexer la durée de la garantie comportementale sur la durée d'une obligation principale. Mais il est également possible d'opter pour une durée abstraitement définie, hors de toute référence à un contrat de base. Enfin, les parties peuvent conclure une garantie comportementale à durée indéterminée, qui sera dès lors nécessairement résiliable, moyennant un préavis qu'il serait bon de prévoir dans la convention.

636. Recherche d'un lien de causalité – Si la promesse est tenue, aucune indemnité ne peut être réclamée au garant. Si elle ne l'est pas, une action en responsabilité contractuelle est envisageable. La question à se poser sera alors celle-ci : le fait que le comportement promis n'ait pas été adopté a-t-il eu un impact négatif sur l'exécution de la dette restée impayée ? La violation peut très bien développer des effets néfastes longtemps après la période qui était supposée voir le comportement adopté. Si une société mère, qui avait promis de surveiller de près la gestion de sa filiale durant l'exercice N, laisse s'y développer d'importantes manipulations comptables, cela peut avoir un impact direct sur des impayés constatés en N+1, +3 ou +5, y compris même si ces dettes sont nées après l'année N, le bénéficiaire de la garantie ayant été incité à accorder de nouveaux crédits sur la foi de résultats anormalement flatteurs. Seule compte la démonstration d'un lien de causalité[1695].

Les principes à mettre en œuvre sont donc bien différents de ceux qui prévalent en matière de garanties par couverture.

Ce constat permet de clore les développements consacrés à l'extinction des garanties indemnitaires.

---

nous avons analysée comme une manifestation du devoir de bonne foi du bénéficiaire : V. *supra*, n° 546 s.

[1694] V. *supra*, n° 485.

[1695] Rappelons tout de même que le dommage contractuel, pour être réparé, devra avoir été prévisible.

CONCLUSION DU CHAPITRE III

La question centrale qui anime les développements consacrés à l'extinction est celle de la distinction entre couverture et règlement. Mise en évidence par les travaux de Christian Mouly, elle a été bien intégrée par la pratique et la jurisprudence.

L'approche en termes de garantie par couverture n'est toutefois pas exclusive de quelques changements. Ainsi, la jurisprudence adopte aujourd'hui, en matière de cautionnement de compte courant, une solution de nature à affaiblir très largement le créancier. La pratique y a répondu par une clause permettant de réclamer à une caution un solde provisoire du compte ; or, seul le solde définitif est exigible, dans les relations du créancier avec le débiteur principal, ce qui signifie qu'une telle clause est directement contraire au caractère accessoire renforcé. Elle semble à l'inverse compatible avec les garanties par couverture, obligations nouvelles et indépendantes, qui n'ont pas à être nécessairement moulées sur l'obligation principale.

Les garanties comportementales, quant à elles, reposent sur une obligation de faire ou de ne pas faire, et sont donc insensibles à la distinction entre couverture et règlement. La seule question qui se pose, les concernant, est celle du lien de causalité entre le manquement à la promesse, et le préjudice que le bénéficiaire prétend avoir subi. Ainsi une créance inexécutée, même née après la période durant laquelle le comportement devait être adoptée, peut-elle être concernée, s'il existe un lien de causalité suffisant.

CONCLUSION DU TITRE I

Le régime des garanties indemnitaires s'est largement prêté à une analyse menée sur la base du droit commun des contrats. Certes, les règles classiques du droit des obligations prennent une coloration spécifique en fonction du contrat spécial qu'on leur demande d'irriguer, mais un tel phénomène n'a, dans son principe, rien de surprenant. En l'occurrence, le principe de bonne foi dans l'exécution et la formation des contrats fait preuve d'une particulière vigueur. Sans lui, le bénéficiaire se soucierait uniquement de contracter la sûreté personnelle la plus rigoureuse possible, puis de l'exécuter d'une manière égoïste et implacable. Grâce à lui, il doit parfois délivrer certaines informations au garant lors de la conclusion puis de l'exécution du contrat, s'assurer au préalable que les conséquences de la sûreté ne seront pas écrasantes, tenir compte de ce que le garant recueillera peut-être ses droits et actions par voie de subrogation.

Sur certains points, le droit commun semble toutefois avoir vieilli, et appeler une modernisation, que l'étude des garanties indemnitaires ne fait que révéler. Faut-il continuer à ne rédiger les contrats unilatéraux qu'en un exemplaire, à une époque où l'établissement d'un double n'aurait quasiment aucun coût ni en temps, ni en argent ? N'est-il pas nécessaire, pour qui souhaite le maintenir dans notre droit,

d'adapter le concept de cause à la situation de contrats interdépendants ? À ces questions et à d'autres, le législateur aura bientôt la possibilité d'apporter des réponses, à l'occasion de la réforme du droit des obligations.

Enfin, le droit commun doit parfois tout simplement céder la place à un véritable droit spécial. Il permet de tenir compte du caractère anormal – au sens le plus neutre de ce terme – et dangereux de la souscription d'un engagement de garant personnel. Plusieurs textes entourent ainsi la mise en place d'un cautionnement de précautions, puis cherchent à rendre son exécution moins pénible. Il a semblé que, bien souvent, priver les garants indemnitaires – particulièrement les profanes – du bénéfice de ces dispositions serait inopportun.

Pour cette étude du régime des garanties indemnitaires, il a fallu recourir à un certain nombre de distinctions binaires, dont il peut être utile de rappeler rétrospectivement le rôle qu'elles ont joué. La *summa divisio* est celle des garanties par couverture et des garanties comportementales. Les premières gravitent autour d'un risque et d'une prestation, due en cas de sinistre ; les moyens de défense du garant tiennent principalement à l'absence de réalisation véritable du risque en question, et au principe indemnitaire. Les secondes consistent en la promesse de faire ou de ne pas faire, en un mot d'adopter une certaine attitude ; le meilleur moyen, pour le garant, d'éviter d'être sollicité, consiste tout simplement à tenir son engagement. Mais, s'il manque à sa parole, il pourra tenter d'affirmer que cela n'a causé aucun préjudice au bénéficiaire.

La distinction entre garant intégré et non intégré à l'opération principale a également été utilisée. Ce critère permet de savoir si le garant mérite de bénéficier de certaines informations, tenant notamment à la solvabilité du débiteur principal au moment de la mise en place de la sûreté.

La distinction entre garant averti et non averti, quant à elle, permet de savoir, face à un créancier professionnel, s'il existe un différentiel de compétence justifiant que le bénéficiaire de la garantie réalise certaines études prospectives pour le garant. Si tel est le cas, il devra notamment s'assurer que le crédit sollicité par le débiteur principal n'est pas inopportun ou excessif, et que la sûreté est proportionnée au patrimoine et revenus du garant.

Enfin, la distinction entre garants profanes et garants professionnels s'est révélée d'une grande importance. Le garant professionnel est un garant compétent, et cette compétence n'est pas révélée par un contrôle concret réalisé *a posteriori* : elle est certaine dès le départ. Cela permet l'adoption de mesures qui ne pourraient pas être adoptées face à un garant dont la compétence n'est constatée qu'à l'issue d'un débat judiciaire : par exemple, les priver sans hésitation de toute mention d'avertissement, dont ils n'auraient que faire. Leur expertise est telle qu'il peut être envisagé, par exemple, de les soumettre à un système d'éclairage de leur consentement complètement dérogatoire au droit commun : celui de l'information provoquée. C'est même plutôt le consentement du bénéficiaire qui doit être protégé : il est nécessaire de s'assurer que la garantie, rémunérée, n'est pas vidée de sa substance par des exclusions subreptices. La qualité de professionnel implique encore une certaine solidité financière, de sorte qu'il est inutile de vérifier si leur engagement est proportionné à leur patrimoine.

Le régime de base des garanties indemnitaires étant construit, il devient possible de le mobiliser dans le cadre d'applications concrètes. Cette étude s'achèvera donc par quelques exemples.

TITRE II

APPLICATIONS

637. Diminution du nombre de garanties accessibles aux profanes – Adopter un comportement, couvrir un risque : ces deux catégories d'engagements comportent des éléments modulables, et sont susceptibles de se décliner en une infinité de contrats de sûreté personnelle[1696]. Cela n'est-il pas suffisant pour répondre à la plupart des besoins ? Avant de se demander ce que permettent de faire, concrètement, les garanties indemnitaires, il faut se demander ce qu'elles permettraient, éventuellement, de ne plus faire à l'avenir.

Cela, au moins, pour une catégorie de garants : ceux qui ne font pas profession de conforter le crédit d'autrui, les profanes. Leur statut particulier doit être pris en compte. Il justifie peut-être que l'ampleur des risques qu'ils sont autorisés à couvrir soit restreinte[1697] ; il déclenche le jeu de nombreux mécanismes protecteurs, à commencer par des obligations précontractuelles d'information[1698].

Mais tout cela a-t-il un sens, s'il est ensuite permis aux créanciers de contourner le corpus protecteur par le recours aux garanties autonomes ? Car c'est au premier chef à ce mécanisme que chacun songera ici.

638. Garanties autonomes en droit interne – La possibilité d'une utilisation des garanties autonomes, sûreté inventée pour la garantie des marchés de travaux internationaux, sur la scène intérieure française, a été remarquée il y a longtemps[1699]. L'engagement consiste, le plus souvent sur simple demande du bénéficiaire ou sur simple fourniture d'un document, à payer une somme définie *a priori* et de manière abstraite, sans discussion[1700].

Faut-il permettre que tout individu puisse souscrire cette sûreté ? On souligne habituellement qu'elle est le fruit de la liberté contractuelle[1701]. Mais certains auteurs trouvaient problématique que l'on puisse y recourir dans les situations soumises à une législation particulière, protectrice du consommateur[1702], ce qui pourrait s'analyser en une fraude à la loi[1703]. Si ce raisonnement devait être suivi aujourd'hui,

---

[1696] Il est en effet impossible d'aboutir à une liste limitative des comportements que l'on peut promettre ou des libellés de risque envisageables.
[1697] V. *supra*, n° 493.
[1698] V. *supra*, n° 530 s.
[1699] V. not. P. DELEBECQUE, « Les garanties autonomes en droit interne (brèves remarques) », *Bull. Joly Soc.*, 1992, p. 374 ; C. MOULY, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français », art. préc.
[1700] V. *supra*, n° 167.
[1701] F. JACOB, « Garanties autonomes », *in Lamy Droit des sûretés*, sept. 2007, n° 135-21 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 905, qui relève que la Cour de cassation vise souvent l'article 1134 du Code civil dans ses arrêts relatifs aux garanties autonomes.
[1702] V. par ex. P. DELEBECQUE, art. préc.
[1703] L'argument est examiné par F. JACOB, « Garanties autonomes », art. préc., n° 135-23.

il aurait un impact considérable, car les articles L. 341-2 et suivants du Code de la consommation protègent à présent toute caution personne physique s'engageant envers un créancier professionnel.

Ces arguments ne sont pas sans rappeler ceux qui ont été opposés au porte-fort d'exécution : certains estimaient de la même manière qu'il représentait une menace de contournement des dispositions protectrices des cautions ; mais il a été démontré que la plupart d'entre elles étaient transposables à d'autres sûretés personnelles[1704]. De plus, les analyses de M. Terré ont révélé que, s'agissant de contrats innommés[1705], plus l'originalité est grande, et plus il est difficile de refuser l'éclosion de la figure nouvelle[1706]. Or, l'originalité des garanties autonomes par rapport au cautionnement est indéniable.

Le meilleur argument reste donc probablement celui qui fut utilisé pour proposer une limite au libre jeu des garanties par couverture[1707] : cela peut être un choix opportun de politique législative, tout simplement.

C'est peut-être l'idée qui a animé les rédacteurs de l'ordonnance de 2006 portant réforme du droit des sûretés : ce texte a assorti l'introduction de la garantie autonome, au sein du Code civil, de deux dispositions spéciales. L'une prohibe son usage en matière de crédit à la consommation[1708], l'autre en matière de baux d'habitation, excepté lorsqu'il s'agit de remplacer le dépôt de garantie pouvant être exigé lors de la conclusion du contrat[1709].

Peut-être faut-il aller plus loin dans cette démarche d'interdiction assortie d'exceptions. Il ne semble pas possible, en effet, de réglementer la question d'une manière satisfaisante en un seul article, qui ouvre la pratique des garanties autonomes à une catégorie homogène d'utilisateurs. Le garant étant presque toujours un établissement bancaire, c'est la personne du débiteur principal, donneur d'ordres, qu'il convient d'analyser. Ouvrir le recours aux garanties autonomes aux donneurs d'ordres agissant dans le cadre de leur activité professionnelle semble bien trop large. Même la catégorie des personnes morales n'est pas satisfaisante : est-il bon qu'une telle garantie puisse être réclamée à une petite société familiale ? Ce qui justifie le recours aux garanties autonomes, y compris en droit interne, c'est qu'elle est pertinente pour le type d'opération considéré. Dès lors, pourquoi ne pas imaginer un principe d'interdiction générale, assorti d'une liste d'exceptions[1710] ? Un renvoi à un décret permettrait davantage de souplesse dans l'ajout de nouvelles utilisations autorisées. Les professionnels des quelques secteurs pouvant faire un usage adéquat des garanties autonomes internes pourraient ainsi obtenir du gouvernement, rapidement, une modification de la liste si un besoin apparaît.

[1704] V. *supra*, n° 171 s.
[1705] Ce que fut longtemps la garantie autonome, mais qu'elle n'est plus, nous y viendrons.
[1706] V. *supra* n° 169.
[1707] V. *supra*, n° 493.
[1708] Article L. 313-10-1 C. conso.
[1709] Article 22-1-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986 : « La garantie autonome prévue à l'article 2321 du code civil ne peut être souscrite qu'en lieu et place du dépôt de garantie prévu à l'article 22 et que dans la limite du montant résultant des dispositions du premier alinéa de cet article ». Le montant dudit dépôt a été ramené de deux mois de loyer à un seul depuis la loi n° 2008-111 du 8 février 2008 pour le pouvoir d'achat.
[1710] Le fait qu'il s'agisse d'exceptions ne les condamne pas nécessairement à avoir un champ d'application étroit. Il peut être aussi large que l'on souhaite.

Dans la plupart des cas, le créancier devrait pouvoir se satisfaire d'une garantie indemnitaire, et notamment, si ses attentes sont élevées, d'une garantie professionnelle par couverture, comportant un risque libellé selon ses besoins.

Mais la garantie autonome n'est pas le seul mécanisme à soulever des difficultés.

639. Délégation-sûreté – La délégation est « l'opération juridique par laquelle une personne – le délégué – s'oblige, sur instruction d'une autre personne – le délégant –, envers une troisième – le délégataire »[1711]. Dans le schéma le plus classique, le délégué est préalablement débiteur du délégant. Le délégataire reçoit donc paiement du débiteur de son débiteur. Si telle est la volonté des parties, il se produit une novation, aboutissant à la libération du délégant ; on parle de délégation parfaite, ou novatoire[1712]. Dans le cas contraire, le délégataire voit un second débiteur s'ajouter à celui qu'il possédait jusqu'alors, ce qui produit un effet de sûreté personnelle ; la délégation est alors dite imparfaite, ou simple[1713].

L'intérêt de la délégation comme technique de garantie est notablement renforcé par le fait que la jurisprudence n'exige pas que le délégué soit véritablement le débiteur du délégant ; il peut s'engager envers le délégataire alors qu'il ne lui devait rien[1714]. Un auteur avait cependant plaidé pour la solution contraire[1715].

Il faut encore préciser que la délégation peut être « certaine » ou « incertaine ». Dans ce dernier cas, il est fait référence, dans le contrat de délégation, au contrat de base entre le délégant et le délégataire, ce qui ouvre au délégué la possibilité de se prévaloir des exceptions tirées de ce rapport : le résultat est très proche d'un cautionnement[1716]. Puisque, dans notre nouveau panorama des sûretés personnelles, le cautionnement devrait être absorbé par les garanties par couverture[1717], il devrait en être de même de la délégation-sûreté incertaine. Quant à la délégation certaine, elle consiste à prendre un engagement abstraitement défini, qui ne fait référence ni aux relations existant entre le délégant et le délégataire – c'est-à-dire au contrat de base –, ni à celles du délégant et du délégué. Cette fois-ci, la délégation évoque fortement les garanties autonomes[1718]. Dès lors, il ne servirait à rien de restreindre le recours à celles-ci, si l'on ne se préoccupait pas également de réglementer celle-là.

[1711] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1439.
[1712] *Ibid.*, n° 1441.
[1713] *Ibid.* ; C. LACHIÈZE, « La délégation-sûreté », *D.*, 2006, chron., p. 234.
[1714] Cass. com., 21 juin 1994, pourvoi n° 91-19281 : *Bull. civ.*, IV, n° 225 ; *D.*, 1995, somm., p. 91, obs. L. AYNÈS ; *JCP G*, 1994, I, 3803, n° 10, obs. M. BILLIAU ; *Defrénois*, 1994, p. 1468, obs. D. MAZEAUD ; *RTD. civ.*, 1995, p. 113, obs. J. MESTRE.
[1715] M. BILLIAU, *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1989. L'une des propositions finales de l'auteur consistait à modifier l'article 1275 du Code civil, en remplaçant notamment : « La délégation par laquelle un débiteur donne au créancier **un autre débiteur** [...] » par « La délégation par laquelle un créancier donne à son créancier **l'un de ses débiteurs** [...] » (n° 478, souligné par nous).
[1716] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 550 ; P. DUPICHOT, thèse préc., n° 368, qui assimile entièrement les deux mécanismes. *Contra* C. LACHIÈZE, art. préc., n° 11 s., spéc. n° 15 s.
[1717] V. *supra*, n° 407 s.
[1718] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 549 s. ; P. DUPICHOT, thèse préc., n° 367. Comp. P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 351 : « sans remettre en cause cette parenté, qui est indéniable, on peut cependant relever quelques différences ».

640. Solidarité passive – La solidarité passive est elle aussi une technique du droit des obligations dont l'usage a été renouvelé – ou détourné, diront les sceptiques[1719] – de manière à obtenir une garantie personnelle. Il s'agit de « la situation dans laquelle plusieurs débiteurs sont tenus à titre principal pour la totalité d'une même dette »[1720]. L'idée est la suivante : une personne va artificiellement se constituer codébiteur solidaire, alors même qu'elle n'a pas d'intérêt au contrat, uniquement pour augmenter la confiance du créancier dans les véritables débiteurs[1721].

Le résultat obtenu, pour être proche du cautionnement solidaire, n'en présentait pas moins quelques différences de régime notables. L'affirmation se conjugue à l'imparfait, car il s'agissait des exceptions personnelles au débiteur principal, dont une caution pouvait se prévaloir, tandis que le codébiteur solidaire ne disposait que des exceptions inhérentes à la dette[1722] : or, il a été exposé que la Cour de cassation, dans un arrêt critiqué, mais doté d'une autorité importante, a décidé que la caution ne peut plus se prévaloir des exceptions personnelles au débiteur principal[1723]. Dans notre nouveau panorama des sûretés personnelles, l'engagement de codébiteur solidaire devrait donc connaître le même destin que la délégation incertaine et le cautionnement : disparaître pour être remplacé par des engagements de garantie par couverture. Du reste, ceux-ci fournissent une souplesse suffisante pour ajuster le risque à la volonté des parties.

641. Garanties comportementales – Après avoir jeté un bref regard en arrière, en montrant ce que les garanties indemnitaires permettraient de ne plus faire, il faut à présent aborder, positivement, leurs applications concrètes.

L'engagement d'adopter un certain comportement, d'action ou d'abstention, susceptible d'augmenter les chances d'exécution d'un contrat principal, se rencontre à l'heure actuelle en matière de lettres d'intention[1724]. Le schéma habituel est celui d'une société mère confortant les engagements d'une filiale, mais d'autres configurations sont envisageables. Pour prospérer, le mécanisme a besoin d'un terreau particulier : une relation d'influence entre le confortant et le conforté. Celle-ci peut se retrouver, par exemple, entre des sociétés n'ayant aucun lien en capital, mais faisant partie du même réseau de distribution, ou unis par des contrats de sous-traitance. Il est même possible d'envisager que des personnes physiques, dotées de

---

[1719] Parmi lesquels L. AYNÈS, « Problèmes actuels des sûretés personnelles, rapport français », art. préc., V. p. 384 ; P. DUPICHOT, thèse préc., n° 369 s.

[1720] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit*., n° 341.

[1721] V. not. M. OURY-BRULÉ, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette. Article 1216 du Code civil*, préf. C. FERRY, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 372, 2002.

[1722] *Ibid.*, n° 343. D'autres différences subsistent, d'après ces auteurs (n° 344 s.), mais l'originalité du concept est devenue tellement faible que la différence avec le régime du cautionnement n'est plus justifiée par une différence de nature.

[1723] Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, pourvoi n° 03-15602 : *Bull. ch. mixte*, n° 5 ; *JCP G*, 2007, II, 10138, note P. SIMLER ; *JCP N*, 2007, p. 1226, note S. PIEDELIÈVRE ; *D*., 2007, p. 1782, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *D*., 2007, p. 2201, note D. HOUTCIEFF ; *RDBF*, juill.-août 2007, n° 145, obs. A. CERLES ; *RTD. com.*, 2007, p. 585, obs. D. LEGEAIS ; *RDC*, avr. 2007, p. 1226, obs. D. HOUTCIEFF ; *RDC*, 2008, p. 702, obs. C. GRIMALDI ; *RTD. civ.*, 2008, p. 331; obs. P. CROCQ ; *CCC*, nov. 2007, p. 17, note L. LEVENEUR. V. *supra*, n° 577.

[1724] L'étude de ces documents a été conduite *supra*, n° 61 s.

positions d'influence, soient amenées à promettre un comportement à un créancier[1725].

La balle est donc dans le camp des praticiens, qui développeront sans doute les usages de ce type de sûreté personnelle, dont le fonctionnement est assez simple. Aucune difficulté particulière ne semble devoir être anticipée. Cette question ne sera donc pas développée davantage ; ce sont les applications du concept de garantie par couverture qui retiendront notre attention.

642. Plan – À l'étude d'un mécanisme à vocation générale, la garantie professionnelle du risque de crédit (chapitre I), succédera celle des mécanismes spécifiquement dédiés à certaines situations ou créances (chapitre II).

[1725] Les règles propres à certains domaines peuvent cependant limiter les possibilités, par exemple, en droit des sociétés, le principe de liberté de vote : V. *supra*, n° 383.

CHAPITRE I

MÉCANISME À VOCATION GÉNÉRALE : LA GARANTIE PROFESSIONNELLE DU RISQUE DE CRÉDIT

643. Garanties professionnelles par couverture : homogénéité ou hétérogénéité ? – Pour l'heure, les garanties professionnelles du risque de crédit ne sont pas reconnues en tant que mécanisme général, mais au contraire scindées en deux univers présentés comme relativement hermétiques l'un à l'autre : celui des assurances et celui des sûretés[1726]. Nous avons pourtant mis en évidence l'identité du service qu'ils fournissent : une couverture[1727]. L'arbitrage Renaudin, censé démontrer leurs différences irréductibles, s'était avéré décevant[1728]. Par conséquent, il faut revenir un peu plus longuement sur les critères de distinction proposés par la doctrine.

644. Critère fondé sur la personne du garant – Au terme d'une longue étude, M. Percerou pensait pouvoir résoudre le problème « en posant en principe que les contrats de garantie des risques inhérents à une créance de crédit doivent être regardés, *a priori*, comme des contrats d'assurance lorsqu'ils sont passés avec une entreprise d'assurance dans la perspective d'une mise en œuvre de la technique des assurances ; mais ne peuvent par contre, être qualifiés d'assurances si le prestataire de garantie n'est pas une entreprise d'assurance bénéficiant de l'agrément de l'État »[1729]. Ce critère est l'un des moins convaincants : toutes choses égales par ailleurs, comment une convention pourrait-elle changer de qualification uniquement en fonction de la personne qui délivre le service[1730] ? Quant à l'idée, qui se retrouvera chez d'autres auteurs, selon laquelle le critère superficiel avancé n'est que la partie immergée de l'iceberg, le modeste révélateur d'une véritable différence de

---

[1726] Sur le cautionnement délivré par les établissements de crédit, V. not. A. CERLES, *Le cautionnement et la banque*, éd. Revue Banque, 2e éd., 2008.
[1727] V. *supra*, première partie, titre 2.
[1728] V. *supra*, n° 343 s.
[1729] R. PERCEROU, « La nature juridique de l'assurance crédit. Contrat d'assurance ou contrat crédit ? », *RGAT*, 1970, p. 350, n° 71.
[1730] L'auteur avait d'ailleurs anticipé les critiques auxquelles il s'exposait : « Nous admettrons volontiers […] que, dans l'abstrait, la nature juridique d'un contrat doit être fonction de son contenu ; dépendre de sa conformité à un modèle type, à un schéma idéal des rapports de droits et obligations noués entre les parties, au regard desquels la qualité des contractants et les techniques d'exécution du contrat sont sans influence » (*ibid*., n° 64). Mais il expose ensuite que « cette façon de poser dans l'abstrait, hors du temps et de l'espace, le problème de la définition des éléments essentiels d'un contrat – ou d'une technique juridique quelconque du reste – est sans intérêt pratique et absolument nocive » (n° 65). Pourtant, comment chercher à organiser le réel en catégories, par exemple en catégories juridiques, sans raisonner au moins initialement « dans l'abstrait » ?

philosophie sous-jacente, elle ne fait que déplacer le problème. Ladite philosophie doit être décrite et mise à l'épreuve. M. Percerou suggère que « l'assureur garantit un risque de perte ou de non-paiement immédiat d'une créance envisagée en tant que telle, abstraitement pourrait-on dire, en tant que valeur économique, dépersonnalisée [...] », tandis que le banquier « garantit essentiellement une personne, le débiteur, la confiance qu'il a dans la fidélité de celui-ci à ses engagements étant un élément essentiel de sa décision »[1731]. L'idée est intéressante, mais n'est en rien démontrée. Au-delà des éventuelles différences de pratique, conjoncturelles, qui pourraient exister entre les couvertures octroyées par les banques et les assurances, rien ne semble impliquer cette différence dans la structure juridique même de leurs contrats.

Il faut donc considérer d'autres critères de distinction.

645. Critère fondé sur les techniques employées – M. Percerou avance encore l'idée que la personne du garant implique, outre une différence de philosophie qui peine à emporter la conviction, le recours à certaines techniques : certaines seraient propres au domaine des assurances[1732]. M. Fontaine a cependant démontré que l'image d'Épinal du « cautionnement isolé » face à « l'assurance organisée » ne correspond à aucune réalité, si l'on veut bien se concentrer sur le cautionnement bancaire[1733]. Il faut garder à l'esprit, d'une part, que le recours aux techniques actuarielles et à la mutualisation des risques n'a pas toujours existé dans l'assurance elle-même[1734] ; d'autre part, et parallèlement, que les banques n'ont aucune raison de se priver de ces techniques, qui peuvent leur être aussi précieuses qu'aux assureurs. Ce critère doit donc être écarté.

646. Critère fondé sur le moment de l'intervention du garant – Y aurait-il, comme le suggère par exemple M. Simler, une différence dans le moment auquel le garant est appelé à offrir sa garantie ? « Le cautionnement, en tant qu'instrument de crédit, joue un rôle moteur direct dans l'activité économique, alors que l'assurance-crédit n'est que le transfert à son assureur d'un risque déjà né »[1735]. Mais rien ne justifie véritablement une telle affirmation : pourquoi ne serait-il pas possible de mettre en place, au moment de la conclusion du contrat de base, une couverture fournie par un assureur ?

Une fois la garantie conclue, y a-t-il une différence dans le moment auquel le garant délivre sa prestation ? M. Fontaine relevait, à juste titre, que l'assureur comme le garant peuvent intervenir dès le défaut de paiement, mais aussi plus tard, à des conditions plus strictes[1736].

647. Critère fondé sur le caractère synallagmatique ou unilatéral – La véritable clé de la distinction entre cautionnement et assurance, c'est dans le caractère unilatéral ou synallagmatique du contrat que M. Fontaine pense la trouver. « La caution s'oblige sans contrepartie, l'assureur s'engage en échange d'une

[1731] *Ibid.*, n° 53.
[1732] Art. préc., n° 71. Dans le même sens : G. FERREIRA, thèse préc., n° 95.
[1733] M. FONTAINE, thèse préc., n° 104.
[1734] V. la brève histoire des assurances esquissée *supra*, n° 318 s.
[1735] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 26.
[1736] M. FONTAINE, thèse préc., n° 105 s.

prime »[1737]. Mais, se demande-t-il, cet argument est-il toujours valable en présence d'un cautionnement bancaire, rémunéré par le débiteur ? La réponse est d'après lui positive, car le contrat synallagmatique éventuellement conclu entre le débiteur principal et la caution professionnelle ne change rien à la nature du contrat, unilatéral, qui est ensuite conclu entre cette caution et le bénéficiaire.

Que se passe-t-il, toutefois, si un créancier va voir une caution bancaire, et lui demande directement une couverture ? À l'instar des auteurs classiques, M. Fontaine répond que la caution cesse d'en être une, et qu'il s'agit à la vérité d'un contrat d'assurance[1738]. « Tous les éléments du contrat d'assurance-crédit sont en effet présents : le créancier s'oblige à une prestation envers la "caution", c'est-à-dire l'assureur, en échange de laquelle celle-ci s'engage à l'indemniser en cas de réalisation d'un risque (le non-paiement à l'échéance ou l'insolvabilité du débiteur) affectant l'intérêt assuré (le lien économique qui unit le créancier à la créance). Il s'agit bien d'un contrat d'assurance »[1739]. Mais cette description du contrat obtenu est tout à fait compatible avec la vision renouvelée que nous proposons du cautionnement, inclus dans l'ensemble des garanties par couverture.

Un autre moyen de perturber cette grille de qualification peut être envisagé : cette fois-ci, c'est un débiteur qui va trouver un assureur, et le rémunère en lui demandant d'aller accorder sa couverture au créancier, dans le cadre d'un second contrat, unilatéral, conclu avec lui[1740]. On devine quelle sera la réponse : l'assureur se métamorphose en caution[1741]. Cette analyse se retrouve sous de nombreuses plumes[1742].

L'économie connaît les « prophéties auto-réalisatrices », ne sommes-nous pas en face d'une qualification auto-réalisatrice ? Pour que cette démonstration soit convaincante, il faudrait qu'elle s'appuie sur un élément extérieur à ce système dont les dénominations sont modifiées à la volée. Un seul est avancé : lorsque la caution est rémunérée par le débiteur, elle ne peut se prévaloir de ce qu'elle n'a pas été payée pour refuser sa prestation au bénéficiaire. Il est mis en avant par plusieurs auteurs[1743]. Or, dans le véritable contrat d'assurance-crédit – conclu directement entre un assureur et un créancier –, le non-paiement des primes, soulignent-ils, peut justifier un refus de garantie.

[1737] *Ibid.*, n° 112.

[1738] *Ibid.*, n° 113. V. déjà l'analyse de TROPLONG : que le créancier rémunère la caution « et vous aurez à l'instant un contrat d'assurance proprement dit », *supra*, n° 340.

[1739] M. FONTAINE, *loc. cit.*

[1740] Voire sans qu'un second contrat soit conclu, le premier déployant ses effets sous forme de stipulation pour autrui : V. *infra*, n° 653 s.

[1741] L'assurance-crédit contractée par le débiteur est d'ailleurs souvent dénommée « assurance-cautionnement », par opposition à la couverture souscrite par le créancier pour lui-même, désignée par la pratique comme une « *assurance-insolvabilité* » (S. CABRILLAC, « Assurance-crédit », *in Lamy Droit des sûretés*, fasc. 155, mars 2008, n° 155-5).

[1742] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 242 ; S. CABRILLAC, « Assurance-crédit » art. préc., n° 155-73 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 19 ; P. DUPICHOT, thèse préc., n° 427 ; M. DENIS-LINTON, *L'assurance crédit en droit interne*, Service de reproduction des thèses de l'Université des sciences sociales de Grenoble, 1978, 152 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 26.

[1743] M. FONTAINE, thèse préc., n° 112, qui s'appuie sur de nombreuses références tirées de la doctrine belge ; P. SIMLER, *loc. cit* ; qui cite un exemple d'engagement pris par une compagnie d'assurance, mais qualifié de cautionnement par une cour d'appel, ce qui permet de refuser à ce garant le moyen de défense tenant à l'absence de paiement, par le débiteur, de sa rémunération (CA Paris, 18 oct. 1991 : Juris-Data n° 024193).

La comparaison n'est cependant pas pertinente. Elle mélange deux types de données : la nature du contrat, et son mode de souscription. Il n'est pas possible de comparer terme à terme un cautionnement et une assurance conclues entre le créancier et le garant, puisqu'il a été posé en principe qu'un tel contrat est nécessairement une assurance, et rien d'autre ; il n'est pas possible non plus de comparer un cautionnement et une assurance conclues par le débiteur au bénéfice du créancier, puisqu'il a été décidé par avance qu'il s'agissait toujours d'un cautionnement.

Or, le mode de souscription d'un contrat de couverture a une influence sur son régime. Le fait que le service soit offert par un banquier ou un assureur, en revanche, ne change rien.

648. Plan – Nous allons donc constater que la question du mode de souscription d'une garantie professionnelle est homogène, qu'elle soit délivrée par un établissement de crédit, d'assurances, une société de caution mutuelle ou par toute autre forme d'organisation (section 1). Cela aura permis, négativement, de rejeter le dernier argument en faveur d'une dissociation de l'assurance et du cautionnement des créances, et, positivement, de commencer à élaborer une substance commune. À l'étude des modalités de souscription, succédera l'étude des modalités pratiques de garantie (section 2).

SECTION 1
MODALITÉS DE SOUSCRIPTION

649. Plan – La garantie professionnelle d'un risque de crédit peut être souscrite aussi bien par celui-là même qui sera amené à en bénéficier (I) que par le débiteur principal, pour son créancier (II).

I. Par le bénéficiaire

650. Une couverture pour soi-même – Ici, une personne occupant une position de créancier dans un contrat principal va « acheter » pour elle-même, auprès d'un garant professionnel, la prise en charge de son risque de crédit.

Certes, le garant mettra probablement en place des techniques telles que l'évaluation et la mutualisation des risques endossés, mais il le fera également lorsque la couverture sera accordée sur demande du débiteur.

Certes encore, le contrat étant synallagmatique, le garant professionnel pourra par exemple reprocher au bénéficiaire de ne pas lui avoir versé ses primes. Mais nous verrons qu'il pourra tout aussi bien reprocher au débiteur, s'il est rémunéré par lui, de ne pas avoir payé[1744]. Dans quel curieux système les garants professionnels devraient-ils couvrir des risques, et éventuellement indemniser des sinistres, sans pouvoir réclamer leur prime en contrepartie ?

651. Concurrence entre banques et assureurs – Il est normal que l'on se soit demandé, bien souvent, si la garantie des créances par un professionnel était une

[1744] V. *infra*, n° 660 et 666 s.

opération de crédit, ou une opération d'assurance[1745]. Car la couverture d'un risque de crédit touche... à la couverture de risque, et au crédit. Elle est située à l'intersection des deux, et relève par excellence du phénomène dit de « bancassurance »[1746]. Le garant, par sa signature, renforce le crédit que peut avoir le créancier dans la solvabilité du débiteur. Il s'agit incontestablement d'une opération de crédit, obéissant à la définition posée à l'article L. 313-1 du CMF : « Constitue une opération de crédit tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement, ou une garantie ». Pour cette raison, les banques ne devraient pas être écartées de l'octroi d'une telle couverture, même si elle est rémunérée directement par le créancier. Simultanément, comment nier que l'opération répond parfaitement à la définition juridique du contrat d'assurance – « une convention par laquelle, en contrepartie d'une prime, l'assureur s'engage à garantir le souscripteur en cas de réalisation d'un risque »[1747] – aussi bien qu'à sa définition technique – « l'assurance est l'opération par laquelle un assureur organise en mutualité une multitude d'assurés exposés à la réalisation de certains risques et indemnise ceux d'entre eux qui subissent un sinistre grâce à la masse commune des primes collectées »[1748] ?

Aussi étonnant que cela puisse paraître, il s'agit donc à la fois d'une opération d'assurance et de crédit.

652. Risques exceptionnels – Si reconnaître aux assureurs et aux banques une sorte de « cogestion » du domaine du risque « normal » de crédit semble donc souhaitable, un problème est susceptible de se poser s'agissant des risques « exceptionnels ». Se référant à la classification établie à l'article R321-1 du Code des assurances, un auteur remarque que les assureurs-crédit sont nécessairement agréés pour les branches numéros 14, « crédit »[1749], et 15, « caution »[1750], ce qui peut s'avérer insuffisant pour couvrir certains risques. « […] à l'occasion des pertes subies du fait de la défaillance de leur locataire, les propriétaires voudraient se voir indemniser de la perte des loyers qu'ils subiraient si par suite de la défaillance de paiement de leur locataire, leur immeuble restait vide. Sauf dans l'hypothèse où cette perte est couverte par un engagement de paiement d'une indemnité locative généralement forfaitaire, qui est parfaitement assurable, les pertes relatives à un

[1745] V. not. C. GAVALDA, « L'assurance-crédit interne, un aspect de la concurrence et/ou de la complémentarité du secteur des banques et des assurances », art. préc. ; R. PERCEROU, « La nature juridique de l'assurance crédit. Contrat d'assurance ou contrat crédit ? », art. préc. *Adde* les développements consacrés à l'arbitrage Renaudin, *supra*, n° 343 s.

[1746] Ce mouvement de convergence entre les deux secteurs trouve sans doute une nouvelle illustration avec l'ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance. V. A. ASTAIX, « Banque-assurance : une nouvelle autorité de contrôle », *D.*, 2010, p. 196, et les obs. critiques de J. BIGOT, « La nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspects structurels », *JCP G*, 2010, 364.

[1747] Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 33.

[1748] *Ibid.*, n° 36.

[1749] Selon le texte, cette branche recouvre les risques suivants : « insolvabilité générale ; crédit à l'exportation ; vente à tempérament ; crédit hypothécaire ; crédit agricole ».

[1750] Ce qui regroupe, d'après le texte, la caution « directe » comme « indirecte ».

immeuble resté vide sont un risque de perte financière »[1751]. Couvrir de tels risques nécessite d'être agréé dans la branche 16, « pertes pécuniaires diverses »[1752].

Il n'est pas besoin d'aller jusqu'à un exemple aussi marqué du sceau de l'assurance que celui cité par cet auteur : la simple garantie d'un risque exceptionnel touchant à la créance, comme celui du non-paiement en raison d'un cas de force majeure libérant le débiteur principal, conviendrait également. S'il devient possible d'assumer de tels risques grâce au recours au concept de garantie par couverture[1753], encore faut-il s'assurer que le garant est suffisamment solide, organisé et solvable pour assumer une telle prestation. En matière d'assurances, cela se traduit par un agrément délivré pour la branche 16, qui implique des conditions et une surveillance particulière de la part des autorités de tutelle.

Derrière cette considération, se cache l'idée qu'on se trouve au-delà du domaine commun aux banques et aux assurances, du moins telles que ces activités sont traditionnellement conçues. Le risque de perte de la valeur de la créance, pour un motif qui permettait valablement au débiteur de ne pas payer, comme la force majeure, semble s'éloigner de l'opération de crédit, et toucher nettement à l'opération d'assurance. La balance entre les deux domaines n'est plus à l'équilibre, mais penche d'un côté.

Une garantie professionnelle du risque de crédit peut donc être souscrite par le créancier pour lui-même. Mais ce n'est pas la seule possibilité.

II. Par le débiteur principal

653. Plan – La garantie professionnelle peut fort bien être souscrite par le débiteur, au bénéfice de son créancier. Deux formules sont alors envisageables : un seul contrat peut être conclu entre le débiteur et le garant, qui produira cependant des effets au bénéfice du créancier, ou deux contrats peuvent être conclus successivement. Dans le premier cas, il s'agirait, pour user d'expressions imagées, d'un contrat de garantie sous forme « ramassée » (A), dans le second cas, sous forme « éclatée » (B).

A. Forme ramassée

654. Plan – L'étude des rapports entre le garant et le débiteur principal est souvent négligée par la doctrine et par la jurisprudence[1754]. Leurs liens sont cependant mis en valeur, lorsque la garantie résulte d'un unique contrat conclu entre eux. La qualification d'un tel contrat doit être recherchée (1), puis des conséquences doivent en être déduites (2).

1. Qualification

655. Stipulation pour autrui – Le débiteur et le garant vont passer un contrat, auquel le créancier ne sera pas partie, mais dont il tirera le plus grand

[1751] J. BASTIN, *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, LGDJ, 2e éd., 1993, p. 64.
[1752] Y. MERCHIERS, « L'assurance-crédit, rapport général », art. préc., p. 515 s.
[1753] V. *supra*, spéc. n° 492.
[1754] Un constat que l'on trouvait déjà en 1977 sous la plume de M. RÈMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », art. préc.

bénéfice. La qualification de stipulation pour autrui vient donc immédiatement à l'esprit. « Il y a stipulation pour autrui lorsque, dans un contrat, une des parties, appelée le stipulant, obtient de l'autre, appelée le promettant, l'engagement qu'elle donnera ou fera quelque chose au profit d'un tiers étranger, le bénéficiaire, qui devient ainsi créancier sans avoir été partie au contrat »[1755].

La stipulation pour autrui est prévue à l'article 1121 du Code civil, qui semble la présenter comme une exception au principe posé à l'article 1119, selon lequel : « On ne peut, en général, s'engager, ni stipuler en son propre nom, que pour soi-même ». Cette présentation est obsolète ; elle n'est qu'une réminiscence d'une formalisme romain, comme cela était apparu lors de l'étude du porte-fort, prévu quant à lui à l'article 1120[1756]. Il ne faut donc pas s'y tromper : aujourd'hui, ce mécanisme est très largement répandu, et sa validité de principe ne rencontre aucun obstacle.

656. « Cautionnement pour compte » – Une telle analyse a été admise en matière de cautionnement. Un auteur estime ainsi que le contrat passé entre la caution et le débiteur est « un contrat autonome et définitif, assorti d'effets propres, et qui oblige la caution même en l'absence d'un nouvel accord entre elle et le créancier. La caution, en effet, se sera engagée envers le débiteur à le garantir envers tel créancier pour telle dette ou tel ensemble de dettes. Cet accord renferme tous les éléments constitutifs d'une stipulation pour autrui, dont le créancier désigné est le bénéficiaire. Sauf révocation antérieure à son acceptation, celui-ci peut utilement s'en prévaloir »[1757].

La Cour de cassation a également rendu quelques décisions en ce sens[1758]. Il n'est pas étonnant qu'elles soient si peu nombreuses : bien souvent, c'est la forme « éclatée » du contrat de garantie conclu par le débiteur qui se retrouve en pratique. Dans ce cas, le recours à une analyse en termes de stipulation pour autrui est inutile[1759].

À propos du mécanisme figurant dans ces quelques décisions, on peut cependant parler de « cautionnement pour compte », par analogie avec la dénomination adoptée en matière d'assurance.

657. Assurance pour compte – L'article L. 112-1 alinéa 2 du Code des assurances dispose en effet que : « L'assurance peut aussi être contractée pour le compte de qui il appartiendra. La clause vaut, tant comme assurance au profit du souscripteur du contrat que comme stipulation pour autrui au profit du bénéficiaire connu ou éventuel de ladite clause »[1760]. Par commodité, ce mécanisme

---

[1755] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 511.
[1756] V. *supra*, spéc. n° 31 et 45.
[1757] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 14.
[1758] Cass. com., 25 mai 1965 : *Bull. civ.*, III, n° 332. Cass. com., 23 févr. 1993, pourvoi n° 89-17670 : *Bull. civ.*, IV, n° 69 ; *JCP G*, 1993, I, 3717, n° 4, obs. P. SIMLER ; *D.*, 1993, somm., p. 313, obs. L. AYNÈS. Cass. com., 23 nov. 1999, pourvoi n° 96-16257, inédit, dans lequel on peut lire : « les parties s'accordaient pour analyser l'acte du 14 mars 1990 en une stipulation pour autrui, conférant de ce fait des droits directs aux bénéficiaires du cautionnement indépendamment de toute acceptation de leur part ».
[1759] V. *infra*, n° 663 s.
[1760] Sur ce mécanisme, V. J. KULLMANN, « Le contrat d'assurance », art. préc., n° 35 s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 198 s. ; H. MONTCHARMONT, *L'assurance pour compte en matière terrestre*, LGDJ, 1930.

d'« assurance pour compte de qui il appartiendra » est souvent appelé « assurance pour compte ». Le texte évoque le cas dans lequel le souscripteur et le tiers ont simultanément la qualité d'assuré, mais il est admis, et fréquent, que seul le tiers bénéficie d'une couverture[1761].

Mme Cabrillac estime précisément que le contrat d'assurance-cautionnement, qui est celui souscrit par le débiteur principal au profit de son créancier, est une forme d'assurance pour compte[1762]. Ce parallèle doit être approuvé.

658. Qualification retenue – Que ce soit en droit des assurances ou en droit du cautionnement, le contrat de garantie conclu par le débiteur au profit du créancier peut donc être qualifié de garantie pour compte, qui n'est qu'une application d'un mécanisme de droit commun des obligations bien connu : la stipulation pour autrui. Il devrait donc être facile d'identifier les conséquences de cette qualification.

2. Conséquences

659. Régime applicable – Le régime d'un contrat de garantie stipulé uniquement entre un garant et le débiteur principal, au bénéfice du créancier, obéit à deux idées fondamentales : le bénéficiaire tire ses droits de la stipulation, et va donc pâtir des vicissitudes affectant la relation entre stipulant et promettant ; mais le bénéficiaire n'est pas le stipulant, ce qui devrait interdire au promettant de se prévaloir de certains arguments pour refuser de payer.

660. Le bénéficiaire tire ses droits de la stipulation – Le bénéficiaire de la stipulation pour autrui va profiter d'un contrat auquel il est étranger ; encore faut-il que ce contrat soit valable, et que le stipulant tienne ses engagements envers le promettant. Le droit commun de la stipulation pour autrui permet donc au promettant de se prévaloir, contre le bénéficiaire, des exceptions qu'il pouvait faire valoir contre le stipulant[1763]. Cette solution a été expressément reprise, s'agissant de l'assurance pour compte, à l'article L. 112-1 alinéa 3 C. assur. : « Le souscripteur d'une assurance contractée pour le compte de qui il appartiendra est seul tenu au paiement de la prime envers l'assureur ; les exceptions que l'assureur pourrait lui opposer sont également opposables au bénéficiaire du contrat, quel qu'il soit ».

D'aucuns y voient un obstacle rédhibitoire à l'utilisation d'une garantie personnelle sous forme d'une stipulation pour autrui : cela affaiblirait par trop la position du créancier, à la merci du comportement adopté par le débiteur principal dans ses relations avec le garant[1764].

Ces problèmes ne doivent pas être surestimés. Quels sont les risques, pour le bénéficiaire ? Tout d'abord, que le contrat de garantie soit annulé. S'agissant d'un professionnel de la garantie, il ne pourra y avoir de problème de juste proportion de

[1761] S. CABRILLAC, *Les garanties financières professionnelles*, préf. P. PÉTEL, Litec, 2000, n° 416 ; J. KULLMANN, art. préc., n° 35, c). Cela est conforme au droit commun de la stipulation pour autrui, qui veut qu'un intérêt même simplement moral du stipulant suffise pour la validité de l'opération (Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 525). Ici, le débiteur principal ne reçoit rien en vertu du contrat de garantie, mais il a évidemment un intérêt à sa conclusion.
[1762] S. CABRILLAC, « Assurance-crédit », art. préc., n° 155-69.
[1763] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 526.
[1764] J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.*, 2001, chron., p. 2580, V. p. 2585

la sûreté par rapport à son patrimoine, de capacité ou de pouvoir, de manque de compétence nécessitant un conseil de la part du bénéficiaire professionnel du crédit, de mention manuscrite. Le principal risque d'annulation tient aux vices du consentement, erreur ou dol. Pour le contrecarrer, il faut tout d'abord opter pour un système d'information provoquée[1765]. S'il répond correctement au questionnaire qui lui est soumis, le souscripteur écarte tout risque de nullité sur ce fondement. Pour éviter une réticence, voire un mensonge dans les réponses fournies, le garant pourra exiger un certain nombre de pièces à l'appui des déclarations : déclaration de revenus, comptes de la société débitrice par exemple. Enfin, si le bénéficiaire est un établissement de crédit, il pourra être amené à fournir les informations dont il dispose sur la solvabilité du débiteur : une dérogation au principe du secret bancaire l'autorise[1766].

Une fois les risques de nullité écartés, il faut considérer le problème du non-paiement des primes par le débiteur. Certes, il ressort de l'article L. 112-1 alinéa 3 C. assur. que « le souscripteur est seul tenu au paiement de la prime ». Mais cela signifie seulement que l'assuré ne peut être forcé à payer les primes[1767]. On ne voit pas pourquoi, si l'assuré apprend que l'efficacité du contrat est en péril pour cette raison, il ne pourrait payer les primes lui-même ; il serait alors subrogé dans les droits du garant contre le souscripteur[1768]. Ensuite, et surtout, le paiement des primes d'un tel contrat de couverture peut se faire à l'avance. Dès lors, il est tout à fait possible de stipuler, dans le contrat principal, que le débiteur doit régulièrement fournir au créancier une preuve de ce que la garantie professionnelle a été payée pour la période à venir et que, s'il manque à cette obligation, cela constituera un motif de résolution ou de résiliation de plein droit. Encore cela est-il valable pour un contrat principal échelonné dans la durée ; s'il s'agit d'une unique opération, le prix de la couverture peut être versé comptant au garant professionnel dès l'origine. Enfin, il pourrait être opportun d'appliquer en la matière les règles de droit des assurances en cas de non-paiement des primes : elles empêchent que la garantie soit suspendue immédiatement selon le droit commun de l'exception d'inexécution, et retardent également la possibilité de résiliation[1769].

Une dernière série de difficultés est susceptible d'affaiblir la couverture dont bénéficie le créancier : il s'agit des obligations qui naissent au moment du sinistre. En droit des assurances, il a ainsi été jugé que l'assuré peut se voir opposer la

---

[1765] V. *supra*, n° 460 s.

[1766] V. *supra*, n° 463.

[1767] Cass. 1re civ., 18 juill. 1977, pourvoi n° 76-11119 : *Bull. civ.*, I, n° 334 ; *RGAT*, 1978, p. 367, note J. BIGOT. Les juges du fond avaient condamné *l'assuré* à payer. La Cour de cassation censure cette décision, dont « le fondement juridique » n'est, selon elle, pas indiqué.

[1768] S'il est ensuite indemnisé par le garant après réalisation du sinistre, il ne pourra évidemment pas réclamer que les dommages et intérêts couvrent le montant des primes ainsi versées Les primes ne font pas partie du risque couvert, mais sont au contraire le prix de ce risque.

[1769] Ces règles sont décrites à l'article L. 113-3 C. assur. Il est disposé, à l'alinéa 2, que : « À défaut de paiement d'une prime, ou d'une fraction de prime, dans les dix jours de son échéance, et indépendamment du droit pour l'assureur de poursuivre l'exécution du contrat en justice, la garantie ne peut être suspendue que trente jours après la mise en demeure de l'assuré. Au cas où la prime annuelle a été fractionnée, la suspension de la garantie, intervenue en cas de non-paiement d'une des fractions de prime, produit ses effets jusqu'à l'expiration de la période annuelle considérée. La prime ou fraction de prime est portable dans tous les cas, après la mise en demeure de l'assuré ». Quant à l'alinéa 3, il est ainsi libellé : « L'assureur a le droit de résilier le contrat dix jours après l'expiration du délai de trente jours mentionné au deuxième alinéa du présent article ».

déchéance de ses droits en raison d'une déclaration de sinistre par le souscripteur, surévaluant volontairement les pertes[1770], ou intervenue tardivement[1771]. Cette difficulté peut être contournée très simplement, en convenant que c'est le bénéficiaire qui déclarera le sinistre. Cette solution, s'agissant de la couverture d'un risque de crédit, est d'ailleurs la plus logique.

661. Le bénéficiaire n'est pas le stipulant – Certes, le bénéficiaire tire ses droits de la stipulation. Mais il ne faudrait pas croire que la dissociation des qualités de souscripteur et d'assuré est sans conséquence : le bénéficiaire n'est pas le stipulant.

La Cour de cassation semble l'avoir perdu de vue, lorsqu'elle a jugé qu'un tiers bénéficiaire d'une garantie d'assurance peut se voir opposer la faute intentionnelle du souscripteur[1772]. Cette position a été critiquée, à juste titre[1773]. La faute intentionnelle de l'assuré est contraire au mécanisme de la couverture, en ce qu'elle détruit l'aléa[1774]. Lorsque le souscripteur d'une assurance pour compte, n'ayant pas la qualité d'assuré, se rend coupable d'une faute intentionnelle, il ne tirera aucun bénéfice de la garantie – sauf l'hypothèse, qu'il faut évidemment réserver, d'une collusion avec l'assuré.

Même si la notion de faute intentionnelle est appréciée de manière extrêmement restrictive[1775], la solution retenue actuellement en jurisprudence fait donc planer une ombre sur l'efficacité d'une garantie souscrite par le débiteur pour le compte du créancier. Elle n'est pourtant pas justifiée, et doit être abandonnée.

De la dissociation des qualités de souscripteur et d'assuré, il faut encore déduire que la règle selon laquelle l'assureur n'a pas de recours contre son assuré[1776] ne l'empêche pas de recourir contre le débiteur principal, souscripteur[1777].

662. Devoir de bonne foi du bénéficiaire – Un auteur a soulevé une autre objection contre l'emploi d'un tel système : « […] la loi charge [le créancier] de différentes obligations d'information envers la caution, ce qui s'explique fort bien dans l'analyse classique du cautionnement. Ces obligations légales procèdent d'une

---

[1770] Cass. 1re civ., 4 juin 1996, pourvoi n° 94-13614, inédit : *RGDA*, 1996, p. 578, note L. MAYAUX.

[1771] Cass. 1re civ., 7 mars 1989, pourvoi n° 86-13563 : *Bull. civ.*, I, n° 103 ; *RGAT*, 1989, p. 517, note J. LANDEL et H. MARGEAT.

[1772] Cass. 1re civ., 11 déc. 1990, pourvoi n° 88-19614, inédit : *RGAT*, 1991, p. 55, note J. LANDEL et H. MARGEAT. Cass. 1re civ., 20 juill. 1994, pourvoi n° 90-21054, inédit : *RGAT*, 1994, p. 1118, note L. MAYAUX : « […] cette faute intentionnelle du représentant de cette société, souscripteur du contrat d'assurance conclu pour le compte du propriétaire des locaux, faisait obstacle, en vertu de l'article L. 113-1, alinéa 2, du Code des assurances, à la garantie de l'assureur, cette exclusion étant opposable, par application de l'article L. 112-1, alinéa 3, du même code, au bénéficiaire de l'assurance ». On a cependant fait remarquer que, dans ces décisions, le souscripteur avait lui aussi la qualité d'assuré (J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1122 ; S. CABRILLAC, thèse préc., n° 434), ce qui ne serait pas le cas dans le cadre de la garantie d'un risque de crédit.

[1773] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1121 s. ; S. CABRILLAC, thèse préc., n° 432 s. *Contra* H. MONTCHARMONT, thèse préc., p. 212.

[1774] V. *supra*, n° 496.

[1775] *Ibid.*

[1776] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1660.

[1777] S. CABRILLAC, « Assurance-crédit », art. préc., n° 155-81. Cette situation ne doit pas être confondue avec celle dans laquelle un emprunteur souscrit une protection contre les risques de chômage, d'incapacité ou de décès. Bien qu'elles soient souvent réclamées par l'établissement prêteur, ces garanties constituent de purs contrats d'assurance, dont le bénéficiaire est le débiteur lui-même. Il ne pourrait donc être question d'un recours de l'assureur contre lui.

greffe impérative sur le contrat unissant le créancier à la caution. En revanche, leur existence est incompatible avec la figure du cautionnement relayé par une stipulation pour autrui. Le créancier, s'il n'est que tiers bénéficiaire, ne saurait se voir imposer des obligations rattachées à un contrat de cautionnement précisément conclu en-dehors de lui. Dans le même sens, il ne saurait être question d'exiger qu'il exécute le contrat de bonne foi »[1778]. En vérité, la seconde partie de la remarque englobe la première, pour qui considère que les obligations d'information ne sont que des manifestations du devoir de bonne foi[1779].

S'il est vrai que la stipulation pour autrui ne peut mettre à la charge du bénéficiaire aucune obligation[1780], ce terme doit être pris dans son sens technique : il ne peut se voir réclamer l'accomplissement d'aucune prestation. Or, le principe de bonne foi dans la conclusion et dans l'exécution des contrats pourrait être qualifié, de manière plus neutre, de « devoir » ; il est en tout cas certain qu'il ne s'agit pas d'une obligation au sens qui vient d'être décrit, mais bien plutôt d'un « effet non obligationnel » du contrat[1781]. La preuve en est que le contrat de cautionnement dans sa configuration classique, passé entre le créancier et un garant non rémunéré, est considéré comme un contrat unilatéral[1782]. Ce serait avoir une vision bien réductrice du devoir de bonne foi que de considérer qu'il n'est pas applicable au bénéficiaire d'une stipulation pour autrui : il dispose d'une créance de nature contractuelle, et doit exercer ses droits conformément à l'article 1134 alinéa 3 du Code civil.

De tout ce qui précède, il ressort que la garantie octroyée par voie de stipulation pour autrui n'a pas la fragilité qu'on lui prête parfois. Les parties pourraient cependant préférer opter pour une garantie souscrite par le débiteur, mais qui prendra la forme de deux contrats successifs. Les résultats obtenus sont en effet un peu différents.

B. Forme éclatée

663. Plan – Quelle est la qualification juridique qui correspond à la situation dans laquelle deux contrats sont passés successivement, d'abord entre le débiteur principal et le garant, puis entre le garant et le bénéficiaire ? De la réponse à cette question (1) découleront certaines conséquences (2).

1. Qualification

664. Une « stipulation de contrat pour autrui ? » – Cherchant à dépasser la qualification de stipulation pour autrui, qui lui paraissait inadéquate – c'est pourtant la qualification pertinente lorsqu'un seul contrat a été passé, entre le

[1778] J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », art. préc., p. 2585.
[1779] Sur ces obligations, V. *supra*, n° 543 s.
[1780] Cass. 3e civ., 10 avr. 1973, pourvoi n° 71-12719 : *Bull. civ.*, III, n° 273 ; *D.*, 1974, jur., p. 21, note C. LARROUMET. La Cour de cassation approuve les juges d'appel, qui avaient affirmé « qu'aux termes des articles 1119 et suivants du Code civil, une stipulation pour autrui ne saurait faire naître qu'un droit au profit d'un tiers et non mettre à sa charge une obligation stipulée en-dehors de lui ». C'est la raison pour laquelle J. FRANÇOIS (art. préc.), propose de recourir au mécanisme dénommé « stipulation de contrat pour autrui », qui sera examiné *infra*, n° 664. En réalité, ce dernier n'est utile que si l'on souhaite mettre à la charge du bénéficiaire une obligation au sens technique du terme, une prestation.
[1781] Sur ces théories, que l'on doit principalement P. ANCEL, V. *supra*, n° 355 s.
[1782] V. *supra*, n° 422.

débiteur principal et le garant –, un auteur a proposé d'appliquer au cautionnement la qualification de « stipulation de contrat pour autrui »[1783]. Cette notion, inconnue du Code civil, avait été proposée auparavant sous une autre plume : elle aurait pour effet « d'offrir au tiers désigné la faculté de conclure [un] contrat d'application aux conditions de la convention cadre, négociées par le stipulant et promises, à tous les bénéficiaires convenus, par la partie commune aux deux actes »[1784].

Un exemple permettra de mieux comprendre : celui des assurances collectives[1785]. Un employeur passe avec un assureur un contrat qui permettra à ses salariés de se couvrir contre certains risques – par exemple la maladie – auprès de l'assureur. Le contrat principal contient une stipulation pour autrui qui donne à chaque bénéficiaire la possibilité, s'il le souhaite, de conclure un autre contrat, le liant directement à l'assureur, mais aux conditions qui auront été négociées par l'employeur. Le salarié se placera donc dans les liens d'un contrat synallagmatique d'apparence classique, mais dont le contenu aura été prédéterminé, d'une manière avantageuse. Le droit de conclure cette convention privilégiée ne peut lui être refusé par l'assureur, s'il entre bien dans le cercle des bénéficiaires du contrat principal.

Mais cette analyse ne semble utile que lorsque les conventions secondaires sont proposées à un ensemble de bénéficiaires, dont on ne sait pas à l'avance lesquels seront véritablement intéressés, et demanderont à bénéficier du droit qui leur est octroyé par la convention principale. Lorsque le bénéficiaire est déjà bien identifié, comme ce sera souvent le cas dans la situation qui nous occupe, il suffit de dire que le contrat conclu entre le garant et le bénéficiaire l'est en exécution du contrat préalablement passé entre le débiteur principal et ledit garant. Cela suffit à créer un lien entre eux, dont la nature doit être éclaircie.

665. Des contrats indivisibles – Lorsque, à l'occasion de l'étude du régime général des garanties indemnitaires, nous avions envisagé la cause de l'obligation du garant professionnel, il était apparu que celle-ci consistait dans la rémunération perçue[1786]. Lorsque la garantie est rémunérée par le débiteur, et octroyée sous forme « éclatée », le résultat est même le suivant : la cause de l'obligation du garant envers le bénéficiaire, la raison pour laquelle il s'engage, c'est le contrat préalablement conclu avec le débiteur principal, qui lui en donne l'ordre et lui promet une rémunération. Cela avait été l'occasion de souligner à quel point le concept de cause est aujourd'hui mal adapté à la situation des contrats indivisibles[1787].

C'est bien d'indivisibilité qu'il s'agit, et non d'accessoriété : cette dernière suppose « un rapport hiérarchique et une dépendance unilatérale », alors que « l'indivisibilité suppose une interdépendance de contrats mis sur un pied d'égalité »[1788]. Le contrat par lequel le débiteur ordonne au garant de couvrir et lui promet paiement, d'une part, et le contrat par lequel le garant s'exécute et promet au bénéficiaire de le couvrir, d'autre part, ne peuvent fonctionner l'un sans l'autre : la dépendance est réciproque. En revanche, entre la garantie ainsi mise en place et le

[1783] J. FRANÇOIS, art. préc., p. 2586.
[1784] D. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.*, 1994, chron., p. 145, V. p. 147.
[1785] Sur ce type de contrat et sur sa formation, V. O. BOITTE, J.-A. CHABANNES et N. EYMARD-GAUCLIN, « Les assurances de personnes » *in Lamy Assurances 2009*, n° 4012 s., spéc. n° 4014 s.
[1786] V. *supra*, n° 519.
[1787] V. *supra*, n° 520.
[1788] S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », art. préc., n° 2.

contrat principal, existe un lien d'accessoire : il peut se concevoir que le second continue à fonctionner sans la première[1789].

En étudiant la cause du contrat de garantie par couverture, nous avions rappelé que la jurisprudence a parfois usé de ce concept pour justifier l'anéantissement en cascade de contrats formant un ensemble indivisible[1790]. Ce fondement s'avère insuffisant et inadéquat : la cause est un concept qui joue, selon les conceptions classiques, uniquement au moment de la naissance des contrats ; elle ne permet d'aboutir qu'à une nullité rétroactive de l'ensemble[1791]. C'est pourquoi un auteur a raison de proposer d'ériger l'indivisibilité en notion juridique autonome, dotée d'un champ d'application et de sanction propres[1792].

Le projet de réforme du droit des obligations étudié par la Chancellerie[1793] fait quelques pas dans cette direction. Préférant recourir à la notion d'« interdépendance » plutôt qu'à celle d'« indivisibilité »[1794], il comporte notamment un article 13, libellé comme suit : « Sont interdépendants les contrats concomitants ou successifs dont l'exécution est nécessaire à la réalisation de l'opération d'ensemble à laquelle ils appartiennent ». Les contrats considérés tombent parfaitement sous cette définition.

Doit donc être rejetée la thèse des auteurs classiques, selon laquelle le contrat passé entre le débiteur principal et le garant est un mandat[1795]. Certains n'ont pas manqué de remarquer que, dans ce cas, le contrat de cautionnement engagerait le débiteur principal et pas la caution[1796]. Il s'agit d'un contrat de garantie par couverture, mais conclu en deux étapes, un contrat d'ordre et un contrat d'exécution, qui forment un ensemble indivisible[1797].

Quelles sont les conséquences d'une telle qualification ?

2. *Conséquences*

666. Autonomie ou dépendance ? – À propos du lien, « évident », qui se forme entre le contrat d'ordre de garantie et le contrat d'exécution, un auteur écrit :

[1789] Les parties peuvent cependant décider du contraire, et établir un lien qui ne serait pas né de lui-même. Ainsi, il a été suggéré un peu plus haut que les parties à un contrat principal érigent en cause de résolution de plein droit l'absence de paiement de la garantie par le débiteur principal pour la période à venir : V. *supra*, n° 660.

[1790] V. *supra*, n° 520.

[1791] S. AMRANI-MEKKI, art. préc., n° 16 s. V. cep. H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, *op. cit.*, n° 121 s., pour qui la cause est amenée à jouer un rôle tout au long de la vie du contrat.

[1792] S. AMRANI-MEKKI, art. préc., n° 23 s.

[1793] Précité.

[1794] Un auteur avait précisément tenté de démontrer que la notion d'indivisibilité entre contrats était erronée, et qu'il fallait lui préférer celle d'interdépendance : S. PELLÉ, *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préf. M.-L. DEMEESTER et J. FOYER, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 64, 2007, spéc. n° 112 s.

[1795] Par ex. R.-T. TROPLONG, *op. cit.*, n° 17.

[1796] P. SIMLER, *op. cit.*, n° 13 ; V. surtout J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », art. préc., n° 4, qui réfute également la qualification de contrat de commission : « Le contrat de cautionnement n'a aucunement vocation à produire ses effets dans le patrimoine du débiteur principal, prétendu représenté, mais bien dans celui de la caution, prétendue représentante ».

[1797] Cette qualification est évidemment compatible avec l'idée selon laquelle le premier contrat, entre le débiteur et le garant professionnel est un crédit par signature : P. SIMLER, *op. cit.*, n° 13. Cela est exact, mais insuffisant pour prendre ensuite la mesure des liens qu'entretient ce contrat avec celui passé entre le garant et le bénéficiaire.

« Il importe d'éviter à la fois l'amalgame, source de confusions, et le cloisonnement hermétique, non conforme à la réalité et donc source d'arbitraire. La difficulté réside dans la mesure de ce qui relève de l'autonomie et de ce qui est tributaire de la connexité »[1798]. Malheureusement, cette question a été très peu étudiée[1799]. À la lumière de la qualification de contrats indivisibles, il est possible de formuler quelques propositions.

667. L'indivisibilité dans le projet de réforme de la Chancellerie – Le projet de réforme du droit des obligations, à l'étude à la Chancellerie, comporte, ainsi qu'il a été exposé, une définition des contrats qu'elle appelle « interdépendants ». À cette définition, est adossé un régime juridique, décrit à l'article 100 du projet : « Lorsque l'un des contrats interdépendants est atteint de nullité, les parties aux autres contrats du même ensemble peuvent se prévaloir de leur caducité si la nullité rend leur exécution impossible ou prive le contrat de tout intérêt pour l'une des parties ».

La nullité du contrat d'ordre, en privant le garant professionnel de sa rémunération, prive le contrat d'exécution de tout intérêt pour lui. Une telle nullité devrait donc, sous l'empire de ce texte, entraîner la caducité du contrat d'exécution[1800].

Mais, à l'évidence, il manque quelque chose à cette réglementation : seule l'hypothèse d'une nullité de l'un des contrats est envisagée. Que faire en cas de résolution ou de résiliation[1801] ?

668. L'indivisibilité en droit positif – Un auteur a tenté de réaliser une synthèse des solutions retenues en droit positif. Elles manquent d'homogénéité : « la nullité d'un contrat entraîne soit la nullité, soit la caducité de l'autre contrat ; la résolution d'un contrat provoque soit la résolution de l'autre contrat, soit sa résiliation ou encore sa caducité ; la résiliation d'un contrat emporte soit la résiliation, soit la caducité de l'autre »[1802].

La caducité semble pouvoir être retenue comme une sanction commune aux différentes situations. La solution serait en harmonie avec celle – encore incomplète – figurant dans le projet de réforme de la Chancellerie. Elle pourrait être, selon les cas, rétroactive ou non – elle ne devrait pas l'être, par exemple, si devait sanctionner la résiliation d'un autre contrat de l'ensemble considéré.

669. Une dépendance par défaut ? – Les deux contrats de garantie, le contrat d'ordre et le contrat d'exécution, semblent donc ne pas pouvoir survivre l'un sans l'autre. Cela n'étonnera pas, puisqu'ils ne sont qu'une forme étendue, développée, du contrat de garantie conclu uniquement entre le débiteur principal et le garant. Là, le recours à la stipulation pour autrui rendait manifeste la dépendance des droits du bénéficiaire par rapport à la validité du rapport qui les fait naître. Mais cette dépendance ne disparaît pas comme par enchantement si l'on a recours à deux

[1798] *Ibid.*, n° 16.
[1799] V. cependant les articles précités de J. FRANÇOIS et M. RÈMOND-GOUILLOUD.
[1800] Le projet contient une disposition générale relative à la caducité, l'article 101 : « Le contrat valablement formé devient caduc par la disparition de l'un de ses éléments constitutifs ou la défaillance d'un élément extrinsèque auquel était subordonnée son efficacité. (Al. 2) Sauf exception, la caducité ne produit effet que pour l'avenir ». La caducité peut donc, dans certains cas, produire un effet rétroactif.
[1801] S. BROS, « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », art. préc., p. 964.
[1802] *Ibid.*, p. 961.

contrats successifs. Ils restent marqués du sceau de leur appartenance à une même opération économique et juridique.

Une question vient évidemment à l'esprit : si les parties entendent conférer une plus grande sécurité au bénéficiaire, est-il possible qu'elles stipulent, dans le contrat d'exécution de la garantie, une clause de divisibilité, qui mettrait fin à sa dépendance par rapport au contrat d'ordre ? La Cour de cassation a rendu, en 2000, une décision qui appelle une réponse prudente[1803]. Un pharmacien s'était engagé à diffuser, dans son officine, des images publicitaires, sur du matériel financé par crédit-bail[1804]. La société publicitaire avec laquelle le pharmacien avait contracté ayant cessé ses activités, il devint impossible de rémunérer le crédit-bailleur à l'aide des redevances publicitaires. Les juges du fond décidèrent de prononcer la résiliation du contrat de location. Le pourvoi leur reprocha de l'avoir fait, nonobstant la clause selon laquelle le locataire était « tenu de régler les loyers jusqu'au terme de la convention, même au cas où le contrat d'exploitation conclu par ailleurs avec la société de publicité ne serait pas exécuté ou serait résilié ou annulé ». Mais la Cour de cassation approuva les juges du fond, et affirma que « le texte de la clause invoquée était en contradiction avec l'économie générale du contrat »[1805].

Il ne faut probablement pas en conclure qu'il est impossible, de manière générale, d'écarter par une clause la dépendance entre plusieurs contrats formant une opération économique globale. S'il y avait quelque chose d'éminemment artificiel à laisser le pharmacien payer, sur ses propres deniers, la décoration de son officine par plusieurs écrans plasma éteints, il ne semble pas qu'un contrat de garantie fractionné doive subir le même sort. Il n'est pas contraire à l'économie globale d'une opération de garantie que l'on veuille renforcer la solidité du contrat passé entre le garant professionnel et le bénéficiaire. Une clause de divisibilité devrait donc être admise à produire ses effets.

670. Différences entre garantie « ramassée » et « éclatée » – La conclusion de la garantie rémunérée par le débiteur sous forme de deux contrats plutôt que d'un seul devrait donc avoir pour avantage la possibilité de stipuler, dans le contrat d'exécution, une clause établissant que sa validité ne dépend pas du contrat d'ordre.

Un autre avantage du recours à cette formule, moins important sans doute, tient à la règle selon laquelle il est possible de révoquer une stipulation pour autrui tant qu'elle n'a pas été acceptée par le bénéficiaire[1806]. En matière de contrat de garantie, il semble cependant peu probable que cela se produise. Le créancier, qui aura exigé du débiteur principal une couverture, attendra, pour signer le contrat de base, que le garant lui notifie la prise en charge du risque. À ce moment, il prendra soin d'accepter. Ou bien le contrat de base aura été conclu, mais la fourniture

[1803] Cass. com., 15 févr. 2000, pourvoi n° 97-19793 : *Bull. civ.*, IV, n° 29 ; *D.*, 2000, somm., p. 364, obs. P. DELEBECQUE ; *RTD. civ.*, 2000, p. 325, obs. B. FAGES et J. MESTRE ; *JCP G*, 2000, I, 272, obs. A. CONSTANTIN ; *JCP E*, 2001, p. 320, obs. J.-B. SEUBE ; *Defrénois*, 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD.

[1804] Ce montage est régulièrement soumis aux tribunaux : V. S. BROS, art. préc., p. 960, et les réf. citées.

[1805] Il eût été plus pertinent de se référer à l'économie générale de l'opération, d'après P. DELEBECQUE, obs. préc. Pour une étude critique du concept d'économie du contrat, V. J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.*, chron., p. 382. Sur celui d'économie générale de l'opération, V. not. S. PELLÉ, thèse préc., n° 256 s.

[1806] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 528.

effective d'une garantie aura été prise en compte, sous forme d'obligation faite au débiteur et sanctionnée par une clause résolutoire de plein droit, ou sous forme de condition suspensive ou résolutoire.

L'exposé des différentes modalités de souscription envisageables pour une couverture professionnelle de risque de crédit étant achevé, il faut à présent décrire les modalités de garantie elles-mêmes.

SECTION 2
MODALITÉS DE GARANTIE

671. Plan – Si elles peuvent être rattachées à la même figure juridique, les garanties professionnelles du risque de crédit interviendront selon des modalités quelque peu différentes sur le marché interne (I) et sur le marché international (II).

I. Garantie interne

672. Plan – Le professionnel de la garantie doit accorder sa couverture avec parcimonie. Conforter n'importe quelle créance serait évidemment catastrophique pour lui, car il finirait par s'écrouler sous le poids des sinistres. Mais cela serait également mauvais pour le système économique en général : susciter une confiance artificielle dans la solidité de certains débiteurs conforte indirectement de mauvais choix économiques et commerciaux[1807].

Le garant fera donc nécessairement preuve de prudence. Cela se manifestera à tous les stades de son activité : sélection des risques en amont (A), définition rigoureuse des prestations délivrées (B), et redistribution éventuelle des risques à d'autres garants (C).

L'étude sera donc conduite du point de vue du garant. Mais, en creux, apparaîtront également les possibilités qui s'offrent à ses clients et bénéficiaires.

A. Sélection des risques

673. Un large champ d'intervention – La garantie professionnelle a vocation à couvrir quasiment tout risque de crédit. On songe immédiatement au marché des relations entre professionnels, notamment entre commerçants, mais il ne faudrait pas oublier les créances contre des particuliers : le secteur est doté d'un potentiel considérable[1808].

La garantie professionnelle jouit donc d'un champ d'intervention extrêmement vaste, mais qui connaît tout de même quelques limites.

674. Exclusion des risques politiques et catastrophiques – Les garants professionnels intervenant sur le marché interne ne prennent en charge ni les risques résultant de catastrophes naturelles, ni les risques politiques – guerres, émeutes,

[1807] Bien évidemment, il y a des situations que l'on peut souhaiter faire échapper à une logique de marché. Des débiteurs en situation de faiblesse doivent alors être assistés, pour des raisons sociales. V. l'exemple de certains preneurs, en matière de baux d'habitation, *infra*, n° 732 s.

[1808] J. BASTIN, *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, *op. cit.*, p. 75.

expropriations politiques[1809]. Non pas que ces derniers ne puissent se produire en France : comme les premiers, ils peuvent survenir, mais à une échéance et dans des proportions qu'il est impossible de prévoir. Cela empêche une opération fondamentale en matière de couverture du risque : le calcul actuariel. « Si, par exemple, la ville de Nice se trouve dans une zone sismique où la période de retour d'un séisme d'une intensité de VIII sur l'échelle MSK entraînant des destructions importantes est évaluée entre 100 et 250 ans, il ne s'agit là que d'une probabilité, un sinistre majeur pouvant survenir dans un laps de temps beaucoup plus bref ou, au contraire, beaucoup plus éloigné »[1810].

L'absence de prise en charge de tels risques ne résulte donc pas du principe même du contrat de garantie par couverture, mais de l'impossibilité technique d'effectuer des projections statistiques. Il est donc possible de prendre en charge la défaillance du débiteur pour certains cas de force majeure, mais pas tous : par exemple, l'incendie causé par une défaillance des installations électriques peut être pris en charge, mais non l'incendie résultant d'une éruption volcanique[1811]. La logique est la même pour les risques politiques.

Ce qui est vrai sur le marché interne ne l'est pas nécessairement sur le marché international, ainsi qu'il sera exposé ultérieurement[1812].

675. Le danger de l'asymétrie d'information – En matière de couverture de risque, le nerf de la guerre, c'est l'information. Le garant professionnel en est bien conscient.

Ainsi, il est possible qu'un créancier cherche à profiter des informations privilégiées dont il dispose sur son portefeuille de clients, pour ne faire garantir que les plus galeuses de ses brebis. Ce phénomène, bien connu des assureurs, est dénommé « anti-sélection des risques »[1813]. La parade consiste à demander au créancier de s'assurer pour l'ensemble, ou une catégorie entière, de ses clients[1814]. Les bons et les mauvais risques seront mêlés, et la compensation pourra s'opérer normalement.

Le garant a également la possibilité de procéder à un examen individuel de situation. Ce sera le cas lorsque la couverture est demandée par le débiteur au bénéfice de son créancier, car il n'y a que deux parties en présence, sur lesquelles il convient de se renseigner au mieux. Mais même lorsqu'un créancier souhaite couvrir les risques nés d'un portefeuille de clients, cela passera par un examen du créancier lui-même et de ses pratiques de gestion[1815], et par un examen individuel – une

[1809] S. CABRILLAC, « Assurance-crédit », art. préc., n° 155-49.
[1810] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1098.
[1811] Art. L. 122-6 C. assur. : « Sauf convention contraire, l'assurance ne couvre pas les incendies directement occasionnés par les éruptions de volcan, les tremblements de terre et autres cataclysmes ». Le fait que l'on réserve la convention contraire démontre qu'il s'agit d'une bonne pratique, et non d'une impossibilité juridique.
[1812] V. *infra*, n° 681 s.
[1813] Pour une description de ce phénomène, V. J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1075 s. Selon ces auteurs, la question va encore au-delà de celle de l'information.
[1814] J. BIGOT, « L'assurance-crédit, rapport français » *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998, p. 617, V. p. 620 ; S. CABRILLAC, « Assurance-crédit », art. préc., n° 155-17 ; Y. MERCHIERS, « L'assurance crédit, rapport général », art. préc., p. 514.
[1815] C. THURET et F. VINCENT, « Les assurances des biens de l'entreprise » *in Lamy Assurances 2009*, n° 1724.

procédure dite d'« agrément » – de certains clients, parce que le montant de leur dette est supérieur à un certain plafond[1816].

M. Bastin décrit à là la fois l'importance vitale de l'information, et son coût : à propos de l'assureur-crédit, il estime qu'il y va « de la sauvegarde de ses intérêts autant que de son prestige vis-à-vis de sa clientèle, et de la confiance qu'il inspire lors de chacune de ces décisions. Pour y arriver, il faut que les informations sur lesquelles sont basés les arbitrages soient prises à sources sûres, nombreuses, variées, contrôlées, rapidement reçues, correctement classées et interprétées. Le coût de leur usage est tellement élevé que les assureurs sont obligés de prélever à cet effet une quotité importante de la prime [...] »[1817].

Il convient de souligner que le travail ainsi effectué constitue un rôle majeur du garant professionnel. Ses études peuvent éclairer un créancier sur la qualité de son portefeuille de clients. Au niveau macroéconomique, les renseignements rassemblés permettent de prendre le pouls de secteurs entiers de l'industrie ou des services.

Le garant professionnel aura donc circonscrit, en amont de la conclusion du contrat, les situations qu'il accepte de couvrir, selon les principes qui viennent d'être décrits. Mais il reste à décider quels seront les contours exacts de la prestation de garantie.

B. Définition des prestations

676. Définition de l'insolvabilité – Le terme « risque » revêt plusieurs significations différentes[1818]. Nous venons de voir comment le garant opère une « sélection des risques », c'est-à-dire quelles sont les créances qu'il acceptait de considérer comme des objets potentiels de garantie. Encore faut-il définir le « libellé du risque », c'est-à-dire l'événement qui, s'il se produit, devra être considéré comme un sinistre appelant le versement de la prestation. Plusieurs possibilités s'offrent aux parties.

La plus radicale consiste à considérer le risque comme réalisé en cas d'insolvabilité « de droit », comme certains l'appellent, c'est-à-dire en cas d'ouverture d'une procédure collective de règlement des difficultés du débiteur principal[1819].

Sans aller aussi loin, il est possible de stipuler que le bénéficiaire devra mettre en œuvre certaines voies d'exécution, comme des saisies, avant que l'on considère qu'il y a sinistre[1820].

Plus confortable encore pour le bénéficiaire : la possibilité d'être indemnisé à l'issue d'un simple délai de carence, dont la durée est variable ; on se contente donc d'une insolvabilité « de fait », voire d'une insolvabilité « présumée »[1821].

[1816] *Ibid.*, n° 1725 ; S. CABRILLAC, art. préc., n° 155-33. Les clients sont alors dits « dénommés », par opposition aux clients « non dénommés ».

[1817] J. BASTIN, *op. cit.*, p. 151 s. Ces propos sont placés en tête d'une description des sources utilisées en pratique.

[1818] Sur lesquelles V. J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 54 s.

[1819] C. THURET et F. VINCENT, art. préc., n° 1722 ; S. CABRILLAC, art. préc., n° 155-17 ; M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 448. Ces derniers auteurs tempèrent l'idée qu'il s'agit de la situation la moins favorable au bénéficiaire de la garantie, en soulignant que « la facilité d'obtention d'un redressement judiciaire rend aujourd'hui l'insolvabilité de droit aussi fréquente que les difficultés de trésorerie ! » (note n° 17 p. 292).

[1820] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 449.

Il est bien sûr envisageable qu'un garant professionnel s'engage à payer, comme une caution solidaire, dès que la créance est devenue exigible et qu'on le lui demande[1822]. En pratique, il entend être véritablement considéré comme un débiteur de second niveau, n'ayant vocation à intervenir qu'en cas de difficultés avérées.

677. Risques exceptionnels – Il a été souligné à plusieurs reprises qu'il est possible de s'engager à couvrir un risque allant au-delà de la simple insolvabilité du débiteur : par exemple, le risque d'une inexécution consécutive à un cas de force majeure, ou à une nullité dans laquelle le bénéficiaire n'est pour rien. Il n'est donc pas nécessaire de revenir sur le principe même d'une telle couverture[1823]. Rien n'interdit, juridiquement, qu'une telle garantie soit conclue et rémunérée pour le débiteur au profit de son créancier. Mais en pratique, le créancier qui veut bénéficier d'un tel niveau de protection conclura plus vraisemblablement un contrat de couverture pour lui-même, dont il financera la prime grâce aux revenus que lui procurera le contrat de base conclu avec le débiteur. Du point de vue économique, le résultat sera le même.

678. Indemnisation – Le risque ayant été défini par les parties, il reste à décider à quelle hauteur le bénéficiaire sera indemnisé en cas de sinistre. Il ne le sera pas en totalité, car une franchise sera généralement stipulée[1824]. Il est de plus interdit de faire assurer ailleurs le reste à charge[1825]. Cette règle, qui peut sembler étrange à première vue, vise à éviter que le bénéficiaire ne se désintéresse du recouvrement de sa créance, ce qui risquerait de se produire en cas d'indemnisation totale[1826].

679. Montant des primes – La définition des prestations réciproques que se doivent les parties au contrat de garantie professionnelle passe aussi, bien évidemment, par la fixation du montant de la prime. Des chiffres allant de 0,4 à 8 % du montant de la créance sont évoqués[1827], en fonction du risque, dont l'intensité sera connue, notamment, par le recours à un questionnaire[1828]. Des informations nombreuses et précises devront être fournies par le bénéficiaire. Lorsqu'il s'agit d'un créancier souhaitant assurer un portefeuille de créances clients, il s'agira par exemple de son ancienneté dans l'activité concernée, du chiffre d'affaires réalisé les

---

[1821] C. THURET et F. VINCENT, *loc. cit.* Ces auteurs indiquent que le délai de carence le plus couramment retenu est de neuf mois.
[1822] La définition du sinistre comme un non-paiement à l'échéance a d'ailleurs été pratiquée, mais elle s'est avérée trop coûteuse pour les compagnies d'assurance : J. BIGOT, « L'assurance-crédit, rapport français », art. préc., p. 627.
[1823] V. *supra*, n° 492.
[1824] C. THURET et F. VINCENT (art. préc., n° 1729) exposent que cette franchise varie selon que le client est agréé ou non (sur l'agrément, V. *supra*, n° 675). S. CABRILLAC, art. préc., n° 155-25, indique que la franchise peut aller jusqu'à 40 % dans les contrats proposés par la Société Française d'Assurance-Crédit (SFAC).
[1825] C. THURET et F. VINCENT, *loc. cit.*
[1826] Pour des développements relatifs à cette problématique générale de droit des assurances, V. J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1542 s. Il semble que, s'agissant d'une somme destinée à moraliser la relation d'assurance en évitant les sinistres volontaires ou par négligence, somme qu'il est interdit de faire prendre en charge par un autre assureur, la pratique préfère l'expression de « découvert obligatoire » à celle de « franchise ».
[1827] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 444.
[1828] Sur ce système de questionnaire, dit aussi de « l'information provoquée », V. *supra*, n° 460 s.

années précédentes, des données concernant les pertes antérieures, de la durée du crédit, de la politique de gestion des retards de paiement[1829].

Une fois le contrat conclu, le garant n'a-t-il plus rien à faire qu'attendre le dénouement ? Non : il lui est possible de procéder à la redistribution de ses risques.

C. Redistribution des risques

680. Réassurance – Mutualiser les risques à l'échelle d'une banque ou d'une compagnie d'assurances peut ne pas être suffisant. Il est alors possible de procéder à une opération de garantie conjointe ou, plus fréquemment dans le domaine qui nous intéresse, de réassurance : « La hauteur considérable des engagements que peut prendre en charge une compagnie sur une seule signature, le caractère cyclique des récessions économiques, les crises politiques qui peuvent frapper tel pays, ou d'autres crises de nature structurelle qui ravagent tel secteur de l'économie et qui provoquent des afflux parfois brusques ou considérables de sinistres, invitent l'assureur-crédit autant que l'assureur de cautionnement, à recourir intensément à la réassurance, plus ou tout autant en tout cas, que leurs confrères dans les autres branches »[1830].

Comment faut-il analyser juridiquement l'opération de réassurance ? Elle semble consister elle aussi en une garantie par couverture, qui ajoute un maillon supplémentaire à la chaîne de transmission du risque. Pothier, on s'en souvient, considérait que la convention par laquelle le créancier accepte de « reprendre » à la caution le risque de crédit qu'elle s'était engagé à couvrir, est un contrat comparable à l'assurance[1831]. Mais le risque peut également être transmis par le garant à un autre garant : c'est l'opération de réassurance, que la doctrine et la jurisprudence anglo-saxonnes qualifient elle-même d'opération d'assurance[1832]. Il faut plus largement présenter les choses ainsi : la conclusion de plusieurs garanties par couverture successives permet de faire circuler un risque, en tout ou partie, sur la tête de plusieurs personnes successivement. Tout comme il est possible de tenir compte de ce que le garant est un profane ou un professionnel, il est évidemment envisageable de tenir compte, à la marge, dans la réglementation de l'opération de réassurance, du fait qu'elle est conclue entre deux garants professionnels.

À l'étude de la garantie professionnelle du risque de crédit sur le marché interne, doit succéder celle du marché international.

II. Garantie du commerce international

681. Exposition à des risques spécifiques – Il a été exposé que les garants professionnels refusent, sur le marché interne, de prendre à leur charge les risques catastrophiques ou politiques, ceux-ci n'obéissant pas à des projections statistiques fiables[1833]. Or, ces risques sont d'une intensité bien plus grande encore,

[1829] Ces exemples sont tirés de l'étude détaillée consacrée par J. BASTIN à cette question, *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, *op. cit.*, p. 169 s.
[1830] J. BASTIN, *op. cit.*, p. 239. L'auteur évoque ensuite les différentes filières de réassurance accessibles aux compagnies.
[1831] V. *supra*, n° 409.
[1832] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 1, n° 757. Les auteurs de ce traité estiment toutefois, quant à eux, qu'il s'agit d'un contrat *sui generis* (n° 758).
[1833] V. *supra*, n° 674.

singulièrement les risques politiques, si l'opération réalisée à crédit revêt un caractère international. L'importateur ou l'exportateur français, craignant d'essuyer des pertes aussi lourdes qu'imprévisibles, pourrait en être découragé.

682. Plan – La réponse à ces préoccupations passe par la mise en œuvre d'un mécanisme original, qui mérite d'être brièvement présenté (A), puis qualifié (B).

A. Présentation

683. La COFACE – L'article R. 442-1 du Code des assurances dispose : « Dans l'intérêt du commerce extérieur de la France ou en présence d'un intérêt stratégique pour l'économie française, les risques commerciaux, politiques, monétaires, catastrophiques, ainsi que certains risques dits extraordinaires, liés aux échanges internationaux, sont, en application de la loi du 5 juillet 1949 relative à diverses dispositions d'ordre économique et financier, garantis et gérés, pour le compte de l'État et sous son contrôle, par la société anonyme dénommée Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur (Coface) [...] ».

C'est donc l'État qui va prendre en charge une série de risques très particuliers, par l'intermédiaire de son bras armé, la COFACE[1834]. Cette dernière est certes une société anonyme, mais elle ne ressemble en rien aux assureurs et établissements de crédit qui délivrent les garanties professionnelles du crédit sur le marché interne. Elle est en effet soumise au contrôle économique et financier de l'État[1835] mais jouit elle-même de sa garantie[1836] ; deux commissaires du Gouvernement sont dépêchés auprès d'elle pour surveiller ses activités[1837] ; il n'est pas possible de franchir, seul ou de concert, le seuil de 10% de son capital social sans provoquer une délibération du conseil d'administration soumise à l'approbation du ministère de l'Économie, sans quoi la participation acquise est privée de droit de vote et doit être revendue dans les trois mois[1838]. Ce statut exorbitant du droit commun n'est pas conçu pour concurrencer, d'une manière qui serait évidemment inéquitable, les sociétés du secteur privé : « La garantie délivrée pour le compte de l'État ne porte en aucun cas sur les risques qui […] peuvent être couverts par des sociétés, groupements ou organismes quelconques habilités à pratiquer en France l'assurance contre les risques ordinaires ou de guerre »[1839].

684. Homologues étrangers – L'existence de la COFACE n'est pas une spécificité française. Des auteurs exposent en effet qu'un rôle similaire est joué en Allemagne par le consortium *HERMES*, en Belgique par l'*Office national du ducroire*, en Italie par l'*Istituto nazionale delle assicurazioni*, et aux USA par l'*Export-Import Bank*[1840].

[1834] Pour une présentation générale de la COFACE et de ses différents produits, V. par ex. M. J. NOINVILLE, *La COFACE. La garantie des risques à l'exportation*, Dunod, 1993.
[1835] Art. R.442-3 C. assur.
[1836] Art. L. 432-2 C. assur.
[1837] Art. R. 442-4 C. assur.
[1838] Art. R. 442-6.
[1839] Art. R. 442-7-1 C. assur.
[1840] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 444.

685. Garanties à l'exportation – On ressort de la lecture des articles R. 442-8-2 et suivants du Code des assurances avec une image sans doute exagérément pessimiste de ce qu'est la situation d'un exportateur français : il y est question de guerres civiles, d'émeutes, de cyclones, inondations, raz-de-marée, tremblements de terre, éruptions volcaniques. Toutes ces situations risquent d'empêcher le débiteur de régler ses dettes , tout en lui permettant de se réfugier derrière la notion de force majeure. Ces risques peuvent être couverts par la COFACE. L'exportateur peut encore être garanti contre les risques de transfert – « des événements politiques, des difficultés économiques ou la législation du pays de résidence du débiteur empêchent ou retardent le transfert des fonds versés par ce dernier »[1841] – ou de change – « le cours de la monnaie étrangère prévue par le contrat est, le jour de l'encaissement de la créance garantie, inférieur au cours sur la base duquel la garantie est accordée »[1842].

686. Garanties à l'importation – La situation d'un importateur ne semble guère plus enviable. Lui aussi peut être victime de risques politiques – on vise là encore les guerres, révolutions et émeutes, mais aussi l'interdiction d'exportation édictée par les autorités du pays expéditeur, les « capture, arrêt, saisie, réquisition, contrainte, molestation ou détention par un Gouvernement étranger ou une autorité étrangère »[1843] –, de risques catastrophiques ou de risques de change.

687. Exclusion des garanties d'investissement – La COFACE peut également garantir les investissements effectués à l'étranger ; elle indemnise alors l'atteinte aux droits de propriété de l'investisseur en cas de risque politique. Il ne s'agit pas de garantir une créance, et cette couverture se trouve donc hors du champ de la présente étude.

688. Autorisation du ministre – Les demandes de garantie sont certes adressées à la COFACE, mais celle-ci les transmet au ministre de l'économie, qui décidera d'octroyer ou de refuser la couverture[1844]. Cette décision devra donc être attaquée, le cas échéant, devant les juridictions administratives ; en revanche, les relations entre la COFACE et les assurés sont régies par le droit privé, et relèvent des juridictions judiciaires[1845].

689. Risques commerciaux courants – Dans l'octroi des couvertures qui viennent d'être décrites, la COFACE agit pour le compte de l'État. Mais ses interventions en matière de risques commerciaux classiques se font pour compte propre, selon les règles habituelles de l'assurance-crédit[1846]. De même, il est tout à fait possible, pour les acteurs privés classiques, banques et établissements de crédit, d'intervenir pour couvrir les risques commerciaux comme elles le font sur le marché interne, mais dans un contexte international[1847].

[1841] Art. R. 442-8-4 C. assur.
[1842] *Ibid.*
[1843] Art. R. 442-10-2 C. assur.
[1844] Art. R. 442-7-2 C. assur.
[1845] S. CABRILLAC, « Assurance-crédit », art. préc., n° 155-61.
[1846] *Ibid.*
[1847] *Ibid.*, n° 155-65.

Pour en revenir aux activités exceptionnelles de la COFACE, la question se pose de savoir si elles peuvent être rattachées au mécanisme de la garantie indemnitaire par couverture, ou si elles appellent une qualification sui generis.

B. Qualification

690. Critiques du système – Certains auteurs ont porté un regard très critique sur le système organisé autour de la COFACE : « Personne n'est dupe, l'assurance-crédit à l'exportation est un moyen grossièrement déguisé de subventionner les exportateurs »[1848]. « [Ce système] opère une redistribution étatique, maladroite et coûteuse, de profits qui ont été confisqués aux entreprises ; ces mêmes entreprises doivent ensuite remplir formulaires et démarches pour les récupérer sous forme de garantie des exportations. Ne vaudrait-il pas mieux laisser ces profits aux entreprises pour qu'elles puissent être leur propre assureur ? »[1849].

La charge est sévère. Est-elle justifiée ?

691. Des subventions déguisées ? – La question n'est pas récente : un auteur l'avait déjà posée dans un article paru en 1961[1850]. Il remarquait que les contrats proposés par la COFACE présentent « les trois éléments juridiques du contrat d'assurance » – un risque, une prime, et une prestation versée en cas de sinistre –, mais pas « les deux éléments techniques indispensables : le groupement des assurés et une compensation des risques suivant le calcul des probabilités »[1851]. En vérité, l'assurance est née et a fonctionné bien avant que ne soient découvertes les techniques actuarielles et, partant, la compensation des risques à l'échelle de la communauté des assurés[1852].

Il s'agit donc bel et bien d'un contrat de garantie par couverture, dont le financement est toutefois exceptionnel. Cela s'explique par la nature très particulière des risques couverts. Le caractère imprévisible des sinistres, et le montant potentiellement très élevé des préjudices subis ce conjuguent pour rendre très difficile leur prise en charge selon les méthodes habituelles du secteur privé. Il est alors logique que l'État intervienne, via des fonds de garantie[1853] ou, dans l'exemple qui nous intéresse, en accordant sa couverture, par l'intermédiaire de la COFACE[1854]. L'État raisonne à long terme et à grande échelle. Le commerce extérieur français, ainsi encouragé, sera à l'origine de retombées économiques et fiscales qui, sur une longue période, feront plus que compenser les pertes

---

[1848] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 445.
[1849] *Ibid.*, n° 431.
[1850] R. DORAT DES MONTS, « L'assurance-crédit à l'exportation est-elle une opération d'assurance ? », *in Mélanges Hamel*, Dalloz, 1961, p. 525.
[1851] *Ibid.*, p. 529.
[1852] V. la brève histoire des assurances figurant *supra*, n° 318 s., spéc. n° 327.
[1853] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1102. Les article L. 422-1 s. C. assur., par exemple, prévoient la prise en charge, par un fonds de garantie, des dommages consécutifs à des actes de terrorisme.
[1854] R. DORAT DES MONTS concluait de la même manière : « L'intervention de la garantie de l'État est donc parfaitement justifiée et nous pensons qu'il ne faut jamais oublier que la C.O.F.A.C.E. n'est au fond qu'un simple intermédiaire et que c'est l'État qui est en réalité le véritable co-contractant » (art. préc., p. 532).

ponctuellement subies – dont les montants peuvent être, il est vrai, impressionnants[1855].

Est-ce alors, comme certains le prétendent, un moyen déguisé de subventionner les exportateurs français ? Cette affirmation paraît inexacte. S'agissant des garanties étudiées, les sociétés françaises toucheront des indemnités uniquement en cas de sinistre et, en vertu du principe indemnitaire, uniquement dans la limite des pertes subies : aucun enrichissement n'est possible[1856]. Serait-il préférable d'arrêter de « confisquer » les profits des entreprises afin qu'elles deviennent « leur propre assureur »[1857] ? Supposons que les garanties de la COFACE soient supprimées demain, et que l'État décide en conséquence de diminuer les impôts pesant sur les entreprises françaises – la seconde partie de l'hypothèse est audacieuse –, que se passerait-il ? Chacune verrait ses bénéfices après impôt augmenter, d'une manière sans doute à peine perceptible. En revanche, si l'une d'elles perd plusieurs dizaines de millions d'euros à la suite d'une éruption volcanique ou à une guerre civile, elle sera, dans le meilleur des cas, durement touchée ; l'épreuve lui sera peut-être même fatale. Oserait-on contracter avec Haïti, pays qui vient d'être frappé par un terrible séisme, sans ces garanties ? Serait-il raisonnable de vendre au Venezuela, alors qu'une décision politique peut priver la créance de toute valeur le mois suivant ?

L'existence des garanties de la COFACE semble donc opportune. Du point de vue juridique, il s'agit de garanties par couverture, dont seul le financement est exceptionnel, non la nature[1858].

CONCLUSION DU CHAPITRE I

La couverture accordée par un professionnel de la garantie s'est révélée être, à l'étude, un instrument d'une grande plasticité, susceptible d'être utilisé dans de nombreux domaines.

Cette souplesse se manifeste dès la conclusion du contrat, qui peut être aussi bien le fait du créancier que du débiteur principal. Dans tous les cas, les rapports noués entre le souscripteur et le garant auront un impact sur l'efficacité de la garantie. Cela est évident, lorsqu'elle est rémunérée par le créancier pour lui-même. Mais c'est également le cas lorsque la prestation est fournie à l'initiative du débiteur : si un unique contrat est conclu avec le garant, les règles de la stipulation pour autrui feront dépendre les droits du créancier, tiers bénéficiaire, de la validité de cette convention ; si deux contrats successifs sont conclus par le garant, l'un par lequel le débiteur lui ordonne d'accorder sa couverture et le rémunère, l'autre par

[1855] La révolution iranienne aurait ainsi coûté plus d'un milliard et demi de francs à la COFACE, d'après M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, note n° 7, p. 328.
[1856] Sur le principe indemnitaire, V. *supra*, n° 500.
[1857] Il s'agit des propos précités de M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 445.
[1858] *Contra* G. FERREIRA, thèse préc., n° 39. La meilleure preuve est sans doute le fait que les assureurs privés eux-mêmes commencent à s'aventurer – prudemment, et en constituant des groupements de grande taille – sur le terrain de la couverture de risques politiques : J. BIGOT, « L'assurance-crédit, rapport français », art. préc., p. 620 ; Y. MERCHIERS, « L'assurance-crédit, rapport général », art. préc., p. 516 et 519.

lequel le créancier accepte cette protection, ces contrats formeront un ensemble indivisible, qui vacillera si l'un des deux piliers qui le soutiennent s'écroule, sauf à stipuler une clause de divisibilité.

La souplesse de la couverture professionnelle se manifeste, encore, dans les modalités de garantie, qui sont autant de curseurs que les parties peuvent déplacer de manière à aboutir, pour le bénéficiaire, à une protection suffisante ; pour le garant, à un risque maîtrisé. Les grandes lignes des pratiques actuellement en vigueur ont été indiquées.

Une place à part doit être réservée aux garanties accordées par la COFACE aux exportateurs et importateurs français. Non qu'il s'agisse, au fond, de contrats substantiellement différents de ceux qui nous occupaient précédemment. Mais la nature très particulière des risques assumés a été soulignée : les risques politiques et catastrophiques échappent en effet aux possibilités de projection statistiques qui permettraient leur prise en charge par le secteur privé. C'est l'État qui, à travers son bras armé, prend sur lui le poids de ces sinistres exceptionnels. Il s'agit toujours, cependant, de garanties indemnitaires par couverture, dont seul le mode de financement est remarquable : le mécanisme démontre, ici encore, sa grande capacité d'adaptation.

Il faut d'ailleurs se demander, à présent, si ce n'est pas lui qui est à l'œuvre dans l'ombre de certaines garanties, dont la qualification a suscité des difficultés en doctrine comme en jurisprudence.

CHAPITRE II

MÉCANISMES À VOCATION PARTICULIÈRE

692. Plan – Contrairement à la garantie professionnelle du risque de crédit, qui est utilisable au soutien de créances de toute nature et de toute origine, les garanties dont il est question ici ont un domaine d'application bien délimité : elles ne sont employées que pour conforter certains contrats. Est-il possible que, sous cette apparente singularité, ne se cachent que des emplois particuliers de la garantie par couverture ?

Il faudra procéder à l'analyse des garanties financières des professionnels (section 1), des garanties de bonne fin (section 2), du ducroire d'intermédiaire (section 3), et des nouvelles garanties personnelles des baux d'habitation (section 4).

SECTION 1
LES GARANTIES FINANCIÈRES DES PROFESSIONNELS

693. Présentation – La qualification de ce que l'on appelle habituellement les « garanties financières professionnelles » est au centre d'un vaste débat, auquel doctrine et jurisprudence ont apporté de nombreuses contributions. S'il est préférable, dans le cadre de cette étude, d'utiliser plutôt l'appellation « garanties financières des professionnels », c'est pour éviter la confusion avec la couverture octroyée par un professionnel de la garantie[1859]. Il s'agit de « garanties imposées pour l'exercice de certaines professions et faisant bénéficier automatiquement le partenaire du professionnel d'un tiers garant pour la couverture d'un certain type de dettes de ce professionnel à son égard »[1860].

La mise en place de ces garanties est toujours exigée par la loi ou par un règlement[1861]. Le plus souvent, elles sont destinées à couvrir la restitution de fonds détenus pour le compte de la clientèle, mais ce n'est pas toujours le cas : il peut s'agir de garantir des créances de salaires, ou de responsabilité civile[1862].

Le catalogue de ces garanties est un inventaire à la Prévert[1863]. Citons au hasard, parmi des multiples exemples : la garantie des notaires, qui couvre la restitution des sommes d'argent, titres et valeurs reçus par les notaires pour le

---

[1859] Celle-ci a été étudiée, en tant que telle, au chapitre précédent.
[1860] S. CABRILLAC, *Les garanties financières professionnelles*, thèse préc., n° 3.
[1861] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 425.
[1862] *Ibid.*
[1863] Pour une liste des plus importantes, V. P. SIMLER, *op. cit.*, n° 77 ; pour une liste très détaillée, V. M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit*., n° 426 ; pour un historique complet, V. S. CABRILLAC, thèse préc., n° 9 s. *Adde* la compilation de textes applicables en la matière réalisée par A.-S. BRUDY LE ROUX et X. PEQUIN, *Cautionnement et garanties financières professionnelles. Recueil de textes*, éd. Eska, 2007, deuxième partie.

compte de leur client, ainsi que leur responsabilité civile professionnelle ; la garantie des sociétés d'assurances de personnes, qui couvre le paiement des indemnités aux assurés ; la garantie des agences de mannequins, qui couvre le paiement des salaires et indemnités dus aux modèles, dont la notoriété est moindre[1864].

694. Plan – Quelle est la véritable nature de ces garanties ? Les analyses existantes seront exposées (I), puis il faudra trancher (II).

I. Analyses proposées

695. Plan – La jurisprudence (A) et la doctrine (B) ont formulé plusieurs propositions.

A. Par la jurisprudence

696. La Deuxième chambre civile de la Cour de cassation – En 1985, cette formation de la Haute juridiction rendit deux arrêts relatifs à la garantie des agents immobiliers, syndics de propriété et administrateurs de biens[1865]. La décision des juges du fond fut censurée, car elle affirmait le caractère contractuel de l'action du client contre la société de caution mutuelle garante. En effet, d'après la Deuxième chambre civile, le client puisait son droit d'assigner le garant « directement » dans les textes règlementaires instituant une garantie obligatoire pour ces professions.

Dix ans plus tard, à quelques jours près, un arrêt affirma encore plus clairement que le client était titulaire d'une « action directe »[1866].

L'action directe est habituellement définie comme celle qui « permet à un créancier de poursuivre directement, en son propre nom et pour son propre compte, le débiteur de son débiteur »[1867]. L'action directe du sous-traitant impayé contre le maître de l'ouvrage, qui lui permet de s'approprier les sommes dues au maître d'œuvre[1868], ou celle de la victime d'un dommage contre l'assureur d'un responsable[1869] constituent des exemples classiques.

La position de la Deuxième chambre civile de la Cour de cassation pouvait s'appuyer sur plusieurs arguments[1870], dont le plus souvent cité était le caractère légal, commun aux actions directes et aux garanties financières des professionnels[1871]. Mais une objection insurmontable fut soulevée par de nombreux

---

[1864] La longue liste des textes régissant ces quelques garanties est fournie par M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *loc. cit. Adde*, en matière bancaire, le Fonds de Garantie des dépôts présenté *supra*, n° 1.

[1865] Cass. 2e civ., 27 févr. 1985, pourvois n° 83-14833 et 83-14834 : *Bull. civ.*, II, n° 48 ; *JCP G*, 1985, IV, 169.

[1866] Cass. 2e civ., 22 févr. 1995, pourvoi n° 92-10537 : *Bull. civ.*, II, n° 60 ; *RTD. civ.*, 1995, p. 928, obs. M. BANDRAC ; *JCP G*, 1995, I, 3889, obs. P. SIMLER.

[1867] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 1187.

[1868] Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, art. 12.

[1869] Art. L. 124-3 C. assur.

[1870] Ces arguments sont étudiés en détails – puis rejetés – par S. CABRILLAC, thèse préc., n° 190 s.

[1871] On enseigne souvent, en effet, que l'action directe a nécessairement une origine légale. Cette thèse est aujourd'hui contestée, certaines d'entre elles ayant été admises à l'origine sur une base purement prétorienne. V. Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *loc. cit.*

auteurs : le titulaire d'une action directe agit contre le débiteur de son débiteur ; or, le garant n'est pas le débiteur du professionnel insolvable[1872].

697. La Première chambre civile et la Chambre commerciale – Ces deux chambres de la Cour de cassation prirent position sur la question de l'extinction de la garantie, par contrecoup, lorsque la créance principale n'a pas été déclarée à la procédure collective du professionnel[1873]. Hélas, plutôt que de mêler leurs voix en un harmonieux concert, les deux formations donnèrent à entendre une pénible cacophonie.

En juin 1991, la Première chambre civile décida que le défaut de déclaration de la créance à la procédure collective du professionnel n'entraînait pas, pour son client, perte de la garantie[1874]. Il s'agissait, en l'espèce, de la garantie des conseils juridiques, dont la Cour affirma qu'elle « a pour but de mettre ceux de leurs clients qui leur confient des fonds à l'abri de leur insolvabilité, même si rien n'interdit auxdits clients de produire le surplus de leur créance ». Rien ne l'interdit, mais rien le commande. On aurait pu en déduire qu'il ne s'agissait pas d'un cautionnement, sûreté qui ne survivait pas à un tel défaut de déclaration.

Mais quelques mois plus tard, en octobre 1991, la Chambre commerciale prit le contre-pied de ce raisonnement[1875]. L'arrêt affirma en effet, à propos de la même garantie des conseils juridiques, que « l'extinction de la créance en application de l'article 53, alinéa 2, de la loi du 25 janvier 1985 est une exception inhérente à la dette et que, conformément à l'article 2036 du Code civil, la caution peut l'opposer au créancier ». Il s'agissait donc d'un cautionnement, et le défaut de déclaration lui était fatal. Une telle solution était lourde de conséquences pour les clients, souvent mal informés sur les démarches à accomplir en cas de procédure collective du professionnel.

Sans doute consciente du caractère inopportun de sa décision, la Chambre commerciale consentit, deux ans plus tard, à un revirement de jurisprudence dépourvu d'ambiguïté. Sous le visa des textes régissant la garantie des conseils juridiques, toujours la même, un attendu de principe affirma que « la garantie imposée par la loi, et spécialement affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs reçus par les conseils juridiques, ne s'éteint que pour l'une des causes énumérées de manière limitative par le deuxième des textes susvisés et seulement dans les conditions fixées par les trois derniers textes ; que cette garantie ne cesse pas, en cas d'ouverture du redressement judiciaire du conseil juridique, si le client omet de déclarer au passif sa créance de restitution des sommes versées »[1876].

Le régime juridique de ces garanties s'étant affermi, il aurait été possible de mener plus sereinement une réflexion sur la qualification adéquate, si la Première chambre civile, à la surprise générale, n'avait décidé d'abandonner la position

---

[1872] S. CABRILLAC, thèse préc., n° 212 s. ; I. RIASSETTO, « Réflexions sur la nature juridique des garanties professionnelles », *LPA*, 16 déc. 1996, p. 4, V. p. 5 ; P. SIMLER, *op. cit*., n° 14.

[1873] Sur la sanction d'un défaut de déclaration de créance à la procédure collective du débiteur, et son évolution dans le temps, V. *supra*, n° 595 s.

[1874] Cass. 1re civ., 4 juin 1991, pourvoi n° 89-18039 : *Bull. civ.*, I, n° 179.

[1875] Cass. com., 1er oct. 1991, pourvoi n° 90-10567, inédit : *JCP G*, 1993, II, 21990, note M. BÉHAR-TOUCHAIS.

[1876] Cass. com., 5 oct. 1993, pourvoi n° 91-13948 : *Bull. civ.*, IV, n° 311 ; *D.*, 1994, p. 267, note F. DERRIDA et J.-P. SORTAIS ; *JCP E*, 1994, II, 534, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; *JCP E*, 1994, I, 365, n° 9, obs. P. SIMLER ; *RTD. com.*, 1994, p. 122, obs. A. MARTIN-SERF.

qu'elle avait défendue jusqu'alors, et qui avait fini par emporter la conviction de son homologue commerciale : curieux chassé-croisé. Elle décida en effet que « l'action dont dispose le client d'un agent immobilier contre l'organisme assurant la garantie financière de ce dernier n'est pas une action directe ; que les règles spécifiques qui gouvernent l'extinction de cette garantie ne privent pas le garant, tenu dans les termes du droit commun du cautionnement, de la possibilité d'opposer au créancier, conformément à l'article 2036 du Code civil, l'exception, inhérente à la dette, que constitue l'extinction de la créance par application de l'article 53, alinéa 3, de la loi du 25 janvier 1985 ; que la cour d'appel, qui a constaté que Mlle X... n'avait pas déclaré sa créance au passif de la liquidation judiciaire de M. Y..., en a exactement déduit que la Socaf n'était pas tenue à garantie envers elle »[1877]. La solution fut confirmée peu de temps après[1878].

Il n'était guère surprenant que la qualification d'action directe soit rejetée. Mais pourquoi revenir à la celle de cautionnement ? L'entreprise de clarification entamée par la Chambre commerciale était ruinée ; tout était à refaire. Il fallait trancher entre les positions incompatibles des trois chambres.

698. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation – L'arbitrage fut rendu par la formation la plus solennelle de la Haute juridiction : l'Assemblée plénière. Celle-ci décida, en juin 1999, « qu'en raison de son autonomie, la garantie financière exigée des personnes exerçant des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce et affectée au remboursement des fonds, effets ou valeurs qu'elles ont reçus n'est pas éteinte lorsqu'en cas de redressement ou de liquidation judiciaire de l'agent immobilier, le client ne déclare pas au passif sa créance de restitution de la somme versée ; qu'en conséquence, ce client peut assigner directement le garant »[1879].

La position finalement retenue fut donc celle adoptée en premier lieu par la Première chambre civile, et en dernier lieu par la Chambre commerciale. Les garanties financières des professionnels font donc preuve d'une intéressante « autonomie ». Mais après avoir entretenu la confusion durant des années, au détriment des justiciables, la Cour de cassation ne va pas jusqu'à prendre position sur la qualification entraînant cette conséquence. Pour la défense des Hauts magistrats, il faut souligner l'absence tout aussi nette de consensus dans la doctrine. Il est temps, d'ailleurs, d'étudier les propositions formulées par les auteurs.

[1877] Cass. 1re civ., 10 janv. 1995, pourvoi n° 93-10140 : *Bull. civ.*, I, n° 17 ; *D.*, 1995, p. 178, note L. AYNÈS ; *JCP E*, 1995, I, 515, n° 2, obs. P. SIMLER ; *JCP E*, 1995, II, 701, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; *JCP E*, 1995, I, 487, n° 10, obs. P. PÉTEL.

[1878] Cass. 1re civ., 27 juin 1995, pourvoi n° 92-16233 : *Bull. civ.*, I, n° 278 ; *JCP G*, 1995, I, 3889, n° 2, obs. P. SIMLER ; *D.*, 1995, IR, p. 165. On peut lire, dans cette décision, que « les dispositions du décret du 20 juillet 1972, instituant une garantie financière obligatoire pour les personnes exerçant des activités relatives à certaines opérations portant sur les immeubles et les fonds de commerce, consacrent, dans le cas des engagements de caution visés par l'article 17, un cautionnement exclusif de toute action directe ; que c'est donc à bon droit que la cour d'appel a considéré que, faute par M. X... d'avoir déclaré sa créance au passif, celui-ci n'était pas fondé à poursuivre la Socaf ».

[1879] Ass. plén., 4 juin 1999, pourvoi n° 96-18094 : *Bull. Ass. plén.*, n° 4 ; *JCP G*, 1999, II, 10152 ; *JCP E*, 1999, 1294, note M. BÉHAR-TOUCHAIS ; *JCP G*, 2000, I, 209, n° 8, obs. P. SIMLER ; *RTD. civ.*, 1999, p. 664, obs. P. CROCQ.

B. Par la doctrine

699. Thèses en présence – Certains auteurs, à l'instar de la Cour de cassation, évitent tout simplement de se prononcer : « En fait, la qualification d'"autonome" s'explique principalement par des raisons de politique juridique : faire échapper les clients bénéficiaires aux conséquences de l'accessoire, notamment en cas de "faillite" du professionnel (défaut de déclaration par la "victime" de sa créance) »[1880]. Si l'on excepte cette position prudente, les qualifications proposées sont les suivantes : garantie autonome, cautionnement, assurance pour compte et garantie indemnitaire.

700. Une garantie autonome – Dire que les garanties financières des professionnels présentent une certaine « autonomie » signifie-t-elle qu'elles sont des garanties autonomes ? L'idée a été évoquée, sans être approuvée, et avec prudence[1881]. Il s'agit probablement de la confusion dont ont été victimes les garanties indemnitaires elles-mêmes, que certains ont qualifié d'autonomes[1882]. Pour autant, il ne s'agissait pas de « garanties autonomes » ; afin d'éviter toute ambigüité, certains ont alors proposé de créer une improbable troisième catégorie de garanties, ni accessoires, ni autonomes ; il suffisait pourtant de dire que les fameuses « garanties autonomes » présentent une forme très particulière d'autonomie, qui n'est pas la seule concevable[1883]. Nul ne prétendra que les garanties financières des professionnels ont pour objet le paiement d'une somme d'argent, dont le montant est défini *a priori* de manière abstraite, et qui sont payables à première demande ou sur simple présentation d'un document. Au contraire, « ces garanties présentent un caractère subsidiaire très accusé en organisant des procédures de vérification des créances et reléguant l'exécution de la garantie à l'issue d'un délai plus ou moins long »[1884].

La piste des garanties autonomes doit donc être abandonnée.

701. Un cautionnement – Situé, en quelque sorte, à l'autre extrémité de l'échiquier des sûretés personnelles, le cautionnement a également été proposé pour expliquer la nature des garanties financières des professionnels[1885]. Deux précisions s'imposent alors.

Tout d'abord, les futurs bénéficiaires du cautionnement n'étant pas connus au moment où la garantie est mise en place, il est nécessaire de passer par la technique de la stipulation pour autrui[1886]. Il est en effet admis « […] qu'une stipulation pour autrui est valable, à condition que le bénéficiaire, indéterminé au moment de la stipulation, soit déterminable lorsqu'elle doit recevoir effet. Dans cette perspective, il faut, mais il suffit, que le contrat conclu entre le stipulant et le promettant comporte des éléments d'une détermination ultérieure »[1887]. Or, les critères

[1880] L. AYNÈS et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 124.
[1881] M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 870.
[1882] V. *supra*, n° 167.
[1883] V. *supra*, n° 108.
[1884] I. RIASSETTO, « Réflexions sur la nature juridique des garanties professionnelles », art. préc., p. 6.
[1885] P. DUPICHOT, thèse préc., n° 225 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 315 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 78.
[1886] P. SIMLER, *loc. cit.*
[1887] Y. LEQUETTE, P. SIMLER et F. TERRÉ, *op. cit.*, n° 534.

d'identification des bénéficiaires sont fournis par les textes légaux ou réglementaires régissant la garantie du professionnel concerné. Les conditions de validité de la stipulation pour autrui sont donc satisfaites.

Ensuite, la qualification de cautionnement semble à première vue incompatible avec l'« autonomie » reconnue à ces garanties par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation. Mais l'incohérence disparaît dans la mesure où cette doctrine soutient, par ailleurs, que l'extinction de la créance principale pour défaut de déclaration à la procédure collective du débiteur principal ne devait pas entraîner la perte de la sûreté[1888]. De plus, l'extinction des créances pour défaut de déclaration ayant été supprimée depuis 2005[1889], il n'est plus nécessaire de reconnaître une autonomie artificielle aux garanties des professionnels, et il est possible de « revenir à l'orthodoxie »[1890].

À présent que les principales objections ont été écartées, voyons quels arguments les partisans de cette qualification avancent, positivement, à leur soutien. Certains relèvent l'utilisation des mots « cautionnement » ou « caution » dans de nombreux textes régissant les garanties des professionnels[1891]. Mais l'argument le plus simple est celui tenant à l'objet de ces garanties, qui serait « le paiement des dettes d'une certaine nature incombant aux débiteurs garantis », objet présenté comme typique du cautionnement[1892].

Cette qualification a cependant été critiquée.

702. Une assurance pour compte – La position de Mme Cabrillac peut être introduite en ces termes : recourir à la stipulation pour autrui pour expliquer le mécanisme des garanties des professionnels est pertinent, mais incompatible avec la qualification de cautionnement[1893]. Cet auteur rappelle que, aux termes de l'article 2288 du Code civil : « Celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation, si le débiteur n'y satisfait pas lui-même »[1894]. Or, ici, la qualification de cautionnement est accolée à un contrat passé entre le débiteur principal et le garant, qui ne sera suivi d'aucun contrat entre le garant et le bénéficiaire[1895]. Il est possible de reconnaître la pertinence de cet argument, sans approuver les autres critiques de l'auteur, selon lesquelles le bénéficiaire d'un cautionnement pour compte ne serait pas soumis au devoir de

---

[1888] V. not. les propos de P. SIMLER cités *supra*, n° 594.
[1889] V. *supra*, n° 596.
[1890] P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *loc. cit.*
[1891] Cet argument est avancé, par ex., par P. DUPICHOT, *loc. cit.* ; il est mentionné, prudemment, par P. SIMLER, *op. cit.*, n° 78. S. CABRILLAC – qui conclura ensuite,quant à elle, à une autre qualification – relève par exemple que « les dispositions sur la garantie financière des entreprises de travail temporaire emploient neuf fois le mot "caution" pour se référer à la garantie mise en place » (thèse préc., n° 223). Citons encore, au hasard, la garantie des intermédiaires en opérations de banque. L'art. L. 519-4 al. 2 CMF dispose : « Cette garantie ne peut résulter que d'un engagement de caution pris par un établissement de crédit habilité à cet effet ou une entreprise d'assurance ou de capitalisation régie par le code des assurances ».
[1892] P. SIMLER, *loc. cit.*
[1893] S. CABRILLAC, thèse préc., n° 250 s.
[1894] Souligné par nous.
[1895] S. CABRILLAC, thèse préc., n° 257. *Adde* J. FRANÇOIS qui, hors du débat relatif aux garanties financières des professionnels, avait relevé cet argument comme s'opposant à la combinaison du cautionnement et de la stipulation pour autrui : « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », art. préc., n° 13.

bonne foi qui pèse habituellement sur le créancier[1896] : à cela, il a déjà été répondu[1897].

À la recherche d'une analyse mettant en œuvre une stipulation pour autrui, mais délaissant le cautionnement, Mme Cabrillac se tourne vers l'assurance pour compte[1898], mécanisme qui a déjà été présenté[1899].

Avant de discuter du bien-fondé de cette théorie, il faut encore faire état d'une dernière proposition.

703. Une garantie indemnitaire – Dans un article daté de 1996, Mme Riassetto proposait déjà de voir, dans les garanties des professionnels, une forme de garantie indemnitaire[1900]. Il ne s'agissait pas d'user du concept de porte-fort d'exécution tel qu'il était connu en France, reposant sur une action en responsabilité civile contractuelle, mais sur un engagement *ab initio* d'indemniser le bénéficiaire[1901]. Il a été démontré, au cours de cette étude, que le porte-fort d'exécution lui-même doit être conçu ainsi, et relever de ce que l'on peut appeler les garanties par couverture[1902].

Il est temps de se prononcer sur cette théorie, et sur les précédentes.

II. Analyse retenue

704. Une garantie professionnelle par couverture – Il serait présomptueux d'annoncer qu'il est possible de concilier les trois propositions principales qui ont été émises par la doctrine. Mais force est de constater que, dans le paysage des sûretés personnelles qui s'est dessiné au cours de cette étude, le cautionnement, dans une conception renouvelée, et l'assurance des créances, se sont fondus dans cette garantie indemnitaire qu'est la garantie par couverture du risque de crédit.

La couverture accordée par un professionnel de la garantie, souscrite par un débiteur, sans qu'un second contrat ne soit conclu entre le garant et le bénéficiaire, semble correspondre à la situation analysée. Or, pour décrire le fonctionnement d'une telle garantie, il a fallu recourir aux solutions connues en matière d'assurance pour compte[1903]. Mme Cabrillac a donc raison de faire référence à cette figure juridique ; mais cette référence ne devrait pas se limiter à la qualification des garanties financières des professionnels. Toutes les fois qu'un professionnel de la garantie accorde sa couverture, sur demande du débiteur, à un tiers bénéficiaire – identifié ou seulement déterminable –, cette comparaison sera pertinente. Quant à l'analyse de Mme Riassetto, elle était tout aussi pertinente.

Les solutions exposées lors de l'examen du régime général des garanties indemnitaires[1904], et lors de l'étude particulière de la couverture octroyée par un

---

[1896] S. CABRILLAC, *loc. cit.*
[1897] V. *supra*, n° 662.
[1898] S. CABRILLAC, thèse préc., n° 411 s.
[1899] V. *supra*, n° 657.
[1900] I. RIASSETTO, « Réflexions sur la nature juridique des garanties professionnelles », art. préc., spéc. p. 6 s.
[1901] *Ibid.*, p. 7.
[1902] V. le titre second de la première partie.
[1903] Sur ce mode de souscription des garanties proposées par un professionnel, V. *supra*, n° 654 s.
[1904] V. le premier titre de cette seconde partie.

professionnel de la garantie[1905], sont donc applicables ici. L'extinction de la créance principale pour défaut de déclaration à la procédure collective du débiteur, lorsque cette sanction existait encore, ne compromettait pas l'efficacité de la sûreté[1906] ; les textes qui régissent la garantie du professionnel concerné peuvent prévoir la couverture de certains risques exceptionnels[1907] ; la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement est applicable[1908] ; les droits des bénéficiaires sont conditionnés par la validité et la poursuite du contrat entre le débiteur principal et le garant[1909] ; le garant bénéficiera normalement d'un recours subrogatoire et d'un recours personnel contre le débiteur principal, même si le texte légal ou réglementaire régissant la garantie ne le prévoit pas[1910].

Les garanties indemnitaires par couverture ont donc permis une analyse satisfaisante des garanties financières des professionnels. Peuvent-elles être également de quelque utilité, s'agissant d'une autre figure ayant posé des problèmes de qualification : les garanties de bonne fin ?

SECTION 2
LES GARANTIES DE BONNE FIN EN MATIÈRE IMMOBILIÈRE

705. Définition – La « bonne fin » se définit comme « l'exécution complète et correcte des engagements, l'aboutissement satisfaisant d'une opération conduite à son terme ou, par extension, les substituts de cette bonne exécution »[1911]. L'expression « garantie de bonne fin » ne correspond donc à aucune qualification en soi ; elle est utilisée, dans les textes ou dans la pratique, pour désigner plusieurs figures juridiques, en apparence hétérogènes[1912].

706. Rejet de l'étude des garanties de bonne fin en matière boursière – Un auteur a fait appel au concept de garantie indemnitaire dans son analyse de la garantie de bonne fin de la chambre de compensation, en matière boursière[1913]. Aux termes de l'article L. 440-1 du CMF, les chambres de compensation sont des établissements de crédit qui « assurent la surveillance des positions, l'appel des marges et, le cas échéant, la liquidation d'office des positions », sur un marché financier. La chambre de compensation intervenant – entre autres – sur le marché

[1905] V. le chapitre précédent.
[1906] V. *supra*, n° 595 s.
[1907] V. *supra*, n° 492.
[1908] V. *supra*, n° 622 s. En matière de garantie des professionnels, la cessation d'activité est généralement une cause d'extinction de l'obligation de couverture : S. CABRILLAC, thèse préc., n° 495.
[1909] V. *supra*, n° 660. Les textes régissant la garantie des professionnels prévoient souvent expressément que la couverture s'éteint « en raison de la dénonciation du contrat de caution ou de l'expiration du contrat », de « la dénonciation de l'engagement », de « l'expiration du contrat » : V. S. CABRILLAC, thèse préc., n° 496.
[1910] V. *supra*, n° 606 s. Dans ce sens, s'agissant des garanties financières des professionnels, V. S. CABRILLAC, thèse préc., n° 576 s.
[1911] *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*, *op. cit.*, V° « Fin, -(bonne) ».
[1912] I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-29.
[1913] I. RIASSETTO, « Garanties en matière boursière » *in Lamy Droit des sûretés*, fasc. 152, mars 2009, n° 152-126 ; *Les garanties des contrats à terme négociés sur le MATIF*, thèse précitée, n° 1128 s.

français est la SA LCH.Clearnet[1914]. Il est exposé, à l'article 4.5.3.2 des règles régissant la compensation, que : « en cas de défaillance d'un client ou d'un membre négociateur lors de la livraison des instruments financiers compensés, l'adhérent compensateur qui tient ses positions assure l'exécution au titre de la garantie de bonne fin de la livraison dans les conditions fixées par une instruction [...] »[1915].

Mais il n'est pas possible de prendre position dans la controverse relative à la nature juridique de ce mécanisme sans en avoir tranché une autre au préalable : s'agit-il bien d'une sûreté personnelle ? En effet, aux articles 1.3.1.1 et suivants des règles de compensation, la chambre de compensation est décrite comme « contre-partie centrale ». Cela pourrait signifier qu'elle fait plus que garantir une relation qui s'instaurerait entre deux de ses adhérents : elle prendrait, face à chacun d'eux, la place d'un débiteur principal. La question est fort discutée ; il faudrait entrer bien trop loin dans un droit spécial pour prendre position[1916].

707. Étude des garanties de bonne fin en matière immobilière – Telle n'est pas l'ambition de cette étude. Les garanties de bonne fin existant en matière immobilière fourniront donc une base de départ plus accessible au raisonnement.

708. Plan – Ces mécanismes conservent toutefois une complexité suffisante pour justifier qu'une présentation (I) précède l'analyse (II).

I. Présentation

709. Plan – Deux garanties seront décrites : la garantie d'achèvement (A), et la garantie de livraison des maisons individuelles (B).

A. La garantie d'achèvement

710. Importance pratique – Pour l'acheteur, une vente en l'état futur d'achèvement est plus risquée qu'une vente à terme, dans laquelle il ne paie qu'à la livraison. « Au contraire, l'acquéreur en l'état futur qui paie avant l'achèvement court le risque que l'immeuble ne soit jamais achevé, notamment par suite d'une liquidation judiciaire du vendeur ; même s'il n'a payé qu'à mesure de l'avancement des travaux, il subira une perte car l'achèvement de l'immeuble par les soins d'un autre professionnel lui coûtera plus cher que l'exécution normale du contrat primitif »[1917].

[1914] Les règles qui la régissent sont consultables sur www.lchclearnet.com. Son homologue germano-luxembourgeoise, *Clearstream*, est mieux connue du grand public, dans son existence si ce n'est dans son fonctionnement, en raison d'une affaire pénale impliquant d'importants personnages publics, qui lui a emprunté son nom.

[1915] Souligné par nous.

[1916] V. not. A.-C. MULLER, *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, préf. H. SYNVET, Economica, 2007, n° 474 s. ; S. PRAICHEUX, *Les sûretés sur les marchés financiers*, préf. A. GHOZI, *Revue Banque Éditions*, 2004, n° 128 s. ; I. RIASSETTO, « Garanties en matière boursière », art. préc., n° 152-102.

[1917] P. MALINVAUD et P. JESTAZ, *Droit de la promotion immobilière*, Dalloz, 8e édition par P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, 2009, n° 433.

Pour pallier ces inconvénients, la loi dispose depuis 1967 que le vendeur doit fournir une « garantie de l'achèvement de l'immeuble ou du remboursement des versements effectués en cas de résolution du contrat à défaut d'achèvement »[1918].

711. Teneur de la garantie – Par exception, si l'opération présente des caractéristiques telles que le défaut d'achèvement n'est pas à craindre, il n'est pas nécessaire de fournir une véritable garantie financière[1919]. La pratique parle alors de « garantie intrinsèque », par opposition à la garantie financière, dite « extrinsèque »[1920]. C'est cette dernière qu'il faut examiner plus en détails. Elle sera soit d'achèvement, soit de remboursement, mais il est possible de substituer l'une à l'autre dans certaines conditions[1921].

712. Garantie d'achèvement – Cette garantie peut prendre deux formes : « une ouverture de crédit par laquelle celui qui l'a consentie s'oblige à avancer au vendeur ou à payer pour son compte les sommes nécessaires à l'achèvement de l'immeuble », ou bien « une convention de cautionnement aux termes de laquelle la caution s'oblige envers l'acquéreur, solidairement avec le vendeur, à payer les sommes nécessaires à l'achèvement de l'immeuble ». Seule la seconde branche de l'alternative peut être considérée comme une sûreté personnelle[1922], et relève donc de la présente étude.

713. Garantie de remboursement – L'article R. 261-22 du CCH indique que la garantie de remboursement « revêt la forme d'une convention de cautionnement aux termes de laquelle la caution s'oblige envers l'acquéreur, solidairement avec le vendeur, à rembourser les versements effectués par l'acquéreur au cas de résolution amiable ou judiciaire de la vente pour cause de défaut d'achèvement ».

À cette brève description de la garantie d'achèvement doit succéder celle de la garantie de livraison des maisons individuelles.

B. La garantie de livraison des maisons individuelles

714. Originalité – La garantie prévue à l'article L. 231-6 du CCH est atypique – ce qui ne signifie pas qu'il est impossible de la qualifier juridiquement. Son objet, d'après le I de ce texte, est le suivant : elle « couvre le maître de l'ouvrage […] contre les risques d'inexécution ou de mauvaise exécution des travaux prévus au contrat, à prix et délais convenus ». La suite de cette disposition dresse la liste des chefs de préjudice qui devront être indemnisés en cas de défaillance. Il est également précisé que : « La garantie est constituée par une

---

[1918] Art. L. 261-11 CCH.

[1919] Art. R. 261-17 CCH : « La garantie de l'achèvement de l'immeuble résulte **soit de l'existence de conditions propres à l'opération,** soit de l'intervention, dans les conditions prévues ci-après », d'un garant (souligné par nous). Ces conditions sont décrites aux articles suivants.

[1920] P. MALINVAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 435. Relevons que la garantie intrinsèque disparaîtra au 1er janvier 2015. Ainsi en décide l'ordonnance n° 2013-890 du 3 octobre 2013 relative à la garantie financière en cas de vente en l'état futur d'achèvement : V. H. PÉRINET-MARQUET, « La fin de la garantie intrinsèque », Constr.-urb., n° 11, nov. 2013, repère 10.

[1921] Art. R. 261-23 CCH. Cette faculté doit avoir été prévue dans le contrat de vente.

[1922] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 434, *in fine*.

caution solidaire donnée par un établissement de crédit ou une entreprise d'assurance agréés à cet effet ».

L'originalité du mécanisme apparaît au II du même texte : « Dans le cas où le garant constate que le délai de livraison n'est pas respecté ou que les travaux nécessaires à la levée des réserves formulées à la réception ne sont pas réalisés, il met en demeure sans délai le constructeur soit de livrer l'immeuble, soit d'exécuter les travaux [...] ». Puis, le III précise que, si cette mise en demeure reste sans effet, « le garant doit désigner sous sa responsabilité la personne qui terminera les travaux »[1923].

En faisant peser cette obligation de mise en demeure sur le garant, le législateur l'incite implicitement à exercer une surveillance suffisante des travaux[1924]. La Cour de cassation en a tiré toutes les conséquences en estimant que le garant peut se voir réclamer le paiement de pénalités de retard par le maître de l'ouvrage, quand bien même ce dernier ne l'avait à aucun moment informé des difficultés rencontrées[1925].

Surtout, si les choses tournent mal, on attend du garant autre chose qu'une simple indemnisation : il devra désigner, de manière suffisamment diligente, un nouvel entrepreneur ; s'assurer de la reprise effective du chantier ; faire achever la maison dans les délais convenus[1926].

Les banques françaises n'apprécient pas l'idée de se voir confier de tels devoirs, qui peuvent sembler éloignés de leur cœur de métier ; les assureurs américains, en revanche, ont complètement intégré ces fonctions : « parce qu'ils sont susceptibles de prendre la suite de leur assuré, [ils] n'hésitent pas à imposer des contraintes techniques sévères, s'immisçant dans la gestion des sociétés et dans celle des programmes de construction ainsi que dans leur exécution, pour le plus grand bénéfice des acheteurs »[1927]. Par où l'on voit que le métier de banquier ou d'assureur ne devrait pas être considéré comme immuable, ni dans le temps, ni dans l'espace.

Les garanties de bonne fin du droit immobilier soulèvent donc d'intéressants problèmes de qualification, qu'il est temps d'aborder.

II. Analyse

715. Un cautionnement ? – Les garanties de bonne fin qui viennent d'être présentées partagent plusieurs points communs avec les garanties financières des professionnels. Tout d'abord, les textes qui les régissent les qualifient de cautionnements, plus précisément de cautionnements solidaires. Ensuite, l'absence de contrat entre le garant et le bénéficiaire incite à recourir, au cours de l'analyse, au mécanisme de la stipulation pour autrui, dont la compatibilité avec le cautionnement est discutée[1928]. Enfin, la qualification de cautionnement est sérieusement contrariée par la position adoptée par la Cour de cassation face au problème du défaut de déclaration de la créance principale à la procédure collective du débiteur. Pour

[1923] Il est cependant précisé : « Toutefois, et à condition que l'immeuble ait atteint le stade du hors d'eau, le garant peut proposer au maître de l'ouvrage de conclure lui-même des marchés de travaux avec des entreprises qui se chargeront de l'achèvement ».
[1924] P. MALINVAUD et P. JESTAZ, *op. cit*., n° 748.
[1925] Cass. 3e civ., 16 janv. 2008, pourvoi n° 06-21782 : *Bull. civ.*, III, n° 7.
[1926] P. MALINVAUD et P. JESTAZ, *op. cit.*, n° 749.
[1927] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 437.
[1928] V. *supra*, n° 702.

protéger le bénéficiaire, il a fallu juger que : « par la garantie d'achèvement, la banque ou l'entreprise d'assurance agréée à cet effet s'oblige envers l'acquéreur, solidairement avec le vendeur, à rembourser les versements effectués par l'acquéreur en cas de résolution de la vente pour cause de défaut d'achèvement de l'immeuble ; que la cour d'appel a exactement retenu, sans dénaturation, que l'engagement de garantie extrinsèque d'achèvement de l'immeuble, souscrit par [le garant] au profit des acquéreurs de lots, qui faisait naître à la charge de l'organisme agréé une obligation indépendante de celle du débiteur défaillant, constituait une garantie autonome qui ne disparaissait pas du fait du redressement ou de la liquidation judiciaire de ce débiteur »[1929].

Mais les garanties de bonne fin du droit immobilier présentent par ailleurs plusieurs différences avec les garanties financières des professionnels. Tout d'abord, elles sont souscrites pour une opération donnée, et ne sont pas la condition permanente d'exercice d'une profession. Ensuite et surtout, s'il était possible de prétendre, en matière de garanties des professionnels, que le garant se substituait au débiteur principal, il est évident que cela n'est pas le cas en matière de garanties de bonne fin immobilières.

S'agissant de la garantie d'achèvement, l'obligation principale est de faire. Le cautionnement classique d'une telle obligation devrait, si l'on refuse les artifices, amener le garant à exécuter une obligation de faire identique[1930] ; or, il est prévu un dédommagement.

S'agissant de la garantie de livraison des maisons individuelles, il pourrait sembler au contraire qu'il s'agit d'un « véritable » cautionnement d'obligation de faire, puisque la banque ou l'assureur devra terminer le chantier. Formulée ainsi, la proposition n'est cependant pas exacte. Le garant doit exercer une surveillance du débiteur principal et, en cas de mauvaise exécution le mettre en demeure, ce qui constitue, à l'évidence, des obligations nouvelles et propres, qu'il n'emprunte à personne. Ensuite, si cette mise en demeure reste infructueuse, il ne doit pas achever le chantier lui-même mais désigner un nouvel entrepreneur, puis surveiller les travaux. Là encore, il s'agit d'une obligation nouvelle et propre.

716. Une garantie indemnitaire – Une nouvelle fois, la garantie indemnitaire par couverture permet de répondre au cahier des charges, pourtant exigeant, qui vient d'être décrit ; cela, grâce à sa remarquable souplesse[1931].

Il a déjà été relevé, lors de l'étude des garanties financières des professionnels, que la garantie indemnitaire par couverture est compatible avec la stipulation pour autrui, et qu'elle ne souffre pas de l'ancienne sanction du défaut de déclaration des créances à la procédure collective du débiteur principal[1932].

[1929] Cass. 3e civ., 12 mars 1997, pourvoi n° 95-13213 : *Bull. civ.*, III, n° 53. La jurisprudence est restée constante depuis. Un arrêt a certes qualifié une garantie de livraison d'« accessoire » (Cass. 3e civ., 23 juin 2004, pourvoi n° 02-21251 : *Bull. civ.*, III, n° 127), mais il a été relevé à juste titre qu'il s'agissait d'une garantie contractuelle et non légale, la Cour de cassation se réfugiant alors derrière l'interprétation souveraine des stipulations des parties (M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, note n° 7 p. 318).

[1930] V. *supra*, n° 243 s.

[1931] En ce sens, à travers la qualification de porte-fort d'exécution : D. LEGEAIS, *op. cit.,* n° 316 ; I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-29 ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 43.

[1932] V. *supra*, n° 704.

Il faut ici, en sus, insister sur l'indépendance entre le type d'obligation principale constituant le risque couvert, et la nature de la prestation versée par le garant en cas de sinistre[1933]. Elle permet sans difficulté d'assortir une garantie de construction immobilière d'une prestation indemnitaire, ou d'une prestation en nature consistant dans l'organisation d'une reprise du chantier[1934].

Enfin, le vocabulaire employé par l'article L. 231-6 du CCH mérite d'être remarqué : le garant est supposé « couvrir » le maître de l'ouvrage contre les « risques de mauvaise exécution », ce qui est parfaitement conforme à la conception renouvelée du cautionnement proposée dans cette étude[1935].

717. Recours contre le débiteur – La qualification de garantie indemnitaire s'oppose à la solution qui fut un temps retenue par la Cour de cassation en matière de recours du garant *solvens*. Dans une espèce, une garantie de livraison de maison individuelle avait été mise en œuvre, après la liquidation judiciaire du débiteur principal. Les juges du fond avaient accueilli le recours après paiement. La Haute juridiction s'y opposa, relevant que : « la société [garante] avait rempli son obligation personnelle, sans s'acquitter de la dette de la société [débitrice principale], et que dès lors, elle n'était pas fondée à solliciter le remboursement par cette dernière des sommes qu'elle avait dû régler à la suite de la défaillance du constructeur, la cour d'appel a violé [l'article L. 231-6 du CCH] »[1936].

Quelle que soit la qualification retenue, il était impossible d'expliquer cette solution si l'on voulait bien admettre, au moins, qu'il s'agissait d'une sûreté personnelle[1937]. Il est d'ailleurs affirmé partout ailleurs que le garant exécutant une obligation qui lui est propre n'est pas pour autant privé d'un recours, personnel ou subrogatoire, si cela a eu pour effet de libérer le débiteur principal de certaines dettes qui pesaient également sur lui[1938]. Confrontée à cet argument, la Cour de cassation avait pourtant réitéré sa position, en affirmant très clairement que le garant « est tenu de la charge définitive de la dette »[1939]. La doctrine s'était montrée unanime pour le

---

[1933] V. *supra*, n° 499.

[1934] P. MALINVAUD et P. JESTAZ exposent : « en droit commun, la caution n'a d'autre obligation que de payer ; **ici et par dérogation exceptionnelle,** la caution devra le cas échéant adresser une mise en demeure au constructeur défaillant et, si nécessaire, lui désigner un successeur, mais sous sa propre responsabilité et en jouant le rôle de plaque tournante pour ce qui concerne les paiements. Bref, elle doit prendre l'affaire en main et la gérer » (souligné par nous). Ici encore, les résultats qui contrarient l'analyse classique du cautionnement amènent non pas à remettre cette analyse en question, mais à poser une « dérogation exceptionnelle » – une de plus.

[1935] V. *supra*, spéc. n° 407.

[1936] Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, pourvoi n° 05-14674 : *Bull. civ.*, III, n° 188 ; *JCP G*, 2006, I, 195, n° 10, obs. P. SIMLER ; *Defrénois*, 2008, p. 83, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *RDI*, 2007, p. 435, obs. D. TOMASIN ; *LPA*, 16 févr. 2007, p. 10, obs. S. PRIGENT.

[1937] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit.*, n° 439 ; P. SIMLER, *loc. cit.*

[1938] V. *supra*, n° 606 s.

[1939] Cass. 3e civ., 3 déc. 2008 (3 arrêts), pourvois n° 07-20264, 07-20931 et 07-20932 : *Bull. civ.*, III, n° 192 ; *JCP N*, 2009, 1095, note P. SIMLER ; *JCP N*, 2009, 1298, n° 15, obs. P. SIMLER ; *RLDC*, févr. 2008, p. 35, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *RLDC*, mars 2009, p. 19, obs. J.-P. BUGNICOURT ; *Defrénois*, 2009, p. 2083, obs. P. THÉRY ; *Defrénois*, 2010, p. 235, obs. H. PÉRINET-MARQUET ; *RDI*, 2009, p. 179, obs. D. TOMASIN ; *LPA*, 24 mars 2009, p. 9, obs. N. LEBLOND. *Adde* J.-M. BERLY, « La garantie de livraison de l'article L. 231-6 du CCH : de Charybde en Scylla ! », *RDI*, 2009, p. 215.

déplorer. Une loi du 1er juillet 2010 prit cependant l'heureuse initiative de renverser cette jurisprudence[1940].

Après les garanties de bonne fin en matière immobilière, c'est le ducroire des intermédiaires qu'il faut confronter à la qualification de garantie indemnitaire.

SECTION 3
LE DUCROIRE D'INTERMÉDIAIRE

718. Plan – Cette figure juridique sera présentée (I) puis analysée (II).

I. Présentation

719. Définition – Le mot « ducroire » dérive de l'italien *del credere*, de la confiance[1941]. Le ducroire est défini comme « la convention par laquelle une personne, appelée ducroire, se porte garant vis-à-vis de son contractant de la bonne fin d'une opération »[1942]. On se demande alors ce qui le différencie des garanties de bonne fin[1943]. Il faut tout d'abord y voir un signe des imperfections de la terminologie utilisée en droit des sûretés. Mais peut-être est-ce également le signe que cette définition du ducroire est trop large. Ses auteurs mêlent en effet deux types de ducroire, le ducroire de banque et le ducroire d'intermédiaire.

720. Ducroire de banque – L'appellation « ducroire de banque » renvoie à certains procédés de crédit par signature[1944]. En vérité, en tant qu'ils constituent des renonciations à recours, ces mécanismes peuvent être qualifiés de sûretés négatives[1945].

721. Ducroire d'intermédiaire – La notion de ducroire d'intermédiaire renvoie, elle, à une sûreté personnelle, positivement assumée par un garant. C'est cette figure qui mérite d'être étudiée plus longuement ici.

L'utilisation la plus importante de la clause de ducroire d'intermédiaire est, de très loin, celle qui s'appuie sur un contrat de commission. Le commissionnaire est « un commerçant dont la profession est de faire des opérations commerciales pour le

---

[1940] Loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, qui créa les articles L. 313-22-1 du CMF et L. 443-1 C. assur. Ces textes prévoient que les établissements de crédit et les entreprises d'assurance habilitées à pratiquer les opérations de caution « ayant fourni un cautionnement, un aval ou une garantie, que ces derniers soient d'origine légale, réglementaire ou conventionnelle, disposent de plein droit et dans tous les cas d'un recours contre le client donneur d'ordre de l'engagement, ses coobligés et les personnes qui se sont portées caution et, pour les paiements effectués au titre de leur engagement, de la subrogation dans les droits du créancier prévue au 3° de l'article 1251 du Code civil ». La Cour de cassation reconnut logiquement un caractère interprétatif, et donc rétroactif, à ces dispositions (Cass. 3e civ., 12 sept. 2012, n° 11-13309 : Bull. civ., III, n° 118).

[1941] G. RIPERT et R. ROBLOT, *Traité de droit commercial*, LGDJ, t. 2, 17e édition par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, 2004, n° 2652.

[1942] A. ROBIN et M. VIVANT, « Convention de ducroire », *in Juris-classeur contrats-distribution*, fasc. 2940, juin 2005, n° 17.

[1943] V. leur définition *supra*, n° 705, qu'il est bien difficile de démarquer de celle-ci.

[1944] V. not. L. BANCAL et C. LAGELEE-CHARRETTE, « Ducroire de banque », *in Juris-classeur Banque-crédit-bourse*, fasc. 600, 2002.

[1945] I. RIASSETTO, « Du caractère indemnitaire du ducroire de banque et de bourse », *in Mélanges AEDBF-France III*, Banque Éditeur, 2001, p 247, n° 17.

compte d'un autre commerçant, mais en son propre nom »[1946]. En principe, c'est dans le patrimoine du commettant, non du commissionnaire, que doivent se produire les effets des opérations passées pour son compte. D'où l'intérêt de stipuler une clause de ducroire, qui est « celle par laquelle un commissionnaire garantit au commettant l'exécution par la contrepartie du contrat qu'il a passé »[1947].

Mais il ne faudrait pas oublier qu'il est possible de stipuler le ducroire dans un contrat de mandat, ou même de courtage[1948] : là encore, l'intermédiaire promettra à son donneur d'ordres qu'il recevra bien ce qu'il attend de la tierce personne avec laquelle il est entré en relations à la suite de l'intermédiation.

Le ducroire d'intermédiaire a parfois une source légale, comme le ducroire du commissionnaire de transport[1949] ou le ducroire mis à la charge des adhérents de la chambre de compensation, sur les marchés financiers[1950] ; il peut même résulter des usages[1951] ou d'une norme professionnelle[1952] ; mais il trouve son origine, le plus souvent, dans la convention des parties[1953].

722. Régime juridique – La Cour de cassation a très clairement précisé que la garantie du ducroire, au-delà de la seule solvabilité du tiers, porte sur le simple défaut de paiement à l'échéance ; mais cette solution est supplétive de volonté et peut être écartée par une clause contraire[1954].

Une autre question reste quant à elle en suspens, faute de jurisprudence clairement établie : l'intermédiaire ducroire couvre-t-il les cas de force majeure ?

[1946] G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 2632. V. l'article L. 132-1 C. com.

[1947] *Ibid.*, n° 2652.

[1948] A. ROBIN et M. VIVANT, art. préc., n° 7 s. Pour un exemple récent, V. Cass. com., 27 oct. 2009, pourvoi n° 08-10391, inédit : *JCP G*, 2010, p. 163, obs. N. DISSAUX.

[1949] Articles L. 132-4 à L.132-6 du Code de commerce.

[1950] La possibilité de leur imposer d'être ducroire figure à l'article L. 440-5 du CMF. L'AMF a décidé d'exercer cette option, en prévoyant, à l'article 542-1 al. 1 de son règlement général que : « Les règles de fonctionnement des chambres de compensation des marchés réglementés prévoient que les adhérents sont commissionnaires ducroire à l'égard des donneurs d'ordre dont ils tiennent les comptes ». Toujours en matière boursière, il existait auparavant un ducroire des prestataires de services d'investissement, aujourd'hui remplacé par un autre système. Sur ces questions, V. not. I. RIASSETTO, « Garanties boursières », art. préc., n° 152-5 s.

[1951] CA Rennes, 2e ch., 9 juill. 1974 : *JCP G*, 1975, II, 17990, note R. PLAISANT. Il résulte des usages existant en matière de presse que le dépositaire distributeur est un commissionnaire ducroire agissant pour le compte de l'entreprise de presse.

[1952] Ainsi, l'avocat qui commande une consultation à un professeur de droit pour le compte de son client a été qualifié de mandataire ducroire, tenu du paiement des honoraires, sur le fondement de l'article 11-5 du règlement intérieur du barreau de Paris, selon lequel, sauf stipulation contraire : « L'avocat qui, ne se bornant pas à mettre en relation un client avec un autre avocat, confie un dossier à un confrère ou le consulte, est personnellement tenu au paiement des honoraires, frais et débours dus à ce confrère correspondant, au titre des prestations accomplies à sa demande par celui-ci [...] ». Cela a été jugé par le TGI de Versailles, 28 mars 2006 : *D.*, 2006, IR, p. 1631 ; *RTD. civ.*, 2006, p. 576, obs. P.-Y. GAUTIER.

[1953] A. ROBIN et M. VIVANT, art préc., n° 56 s.

[1954] Cass. com., 6 janv. 1981, pourvoi n° 79-11803 : *Bull. civ.*, IV, n° 4 ; *JCP G*, 1982, II, 19829 ; *JCP G,* 1982, II, 13876, note J. HÉMARD. Cass. com., 22 oct. 1996, pourvoi n° 94-20488 : *Bull. civ.*, IV, n° 246 ; *JCP G*, 1997, I, 4033, n° 12, obs. P. SIMLER ; *CCC.*, févr. 1997, n° 21, note L. LEVENEUR ; *RTD. civ.*, 1997, p. 653, obs. J. MESTRE ; *D.*, 1998, p. 511, note D. ARLIE ; *Defrénois*, 1997, p. 330, obs. P. DELEBECQUE. Cet arrêt affirme ainsi : « à défaut de toute stipulation contraire, fût-elle implicite, la clause de ducroire garantit le défaut de paiement à l'échéance par un tiers et non la solvabilité de celui-ci ».

Une opinion décrite comme « massivement dominante » en doctrine répond de manière positive[1955], mais certains auteurs vont en sens contraire[1956].

Il faut enfin préciser que, si l'engagement de ducroire fait habituellement l'objet d'une rémunération, cela n'est pas nécessaire à sa validité[1957].

Afin d'expliquer, et si, nécessaire, de compléter ce régime juridique, plusieurs qualifications ont été proposées.

II. Analyse

723. Un mécanisme *sui generis* ? – Plusieurs auteurs aboutissent à la conclusion que le ducroire d'intermédiaire est un mécanisme *sui generis*, le plus souvent implicitement, faute d'avoir retenu positivement une quelconque qualification[1958]. Faut-il s'y résoudre ?

724. Un cautionnement ? – Comme c'est le cas pour chaque sûreté personnelle dont la qualification fait l'objet d'un débat, certains auteurs ont proposé de voir dans le ducroire une forme de cautionnement[1959]. Il faut dire qu'un arrêt de la Cour de cassation, resté isolé, était en ce sens[1960]. Plusieurs arguments s'opposent pourtant à cette théorie.

En premier lieu, dans le cas d'un commissionnaire ducroire, il n'existe aucune obligation principale entre le bénéficiaire de la garantie et le tiers dont le fait est garanti. Ce dernier ne peut être appelé « débiteur principal », car il n'est pas le débiteur du commettant, seulement du commissionnaire. Or, on ne voit pas comment un cautionnement, dont le caractère accessoire renforcé constitue l'essence, pourrait exister sans reposer sur un contrat principal[1961]. Certains ont relevé que l'argument est valable uniquement pour un commissionnaire, mais pas pour un mandataire ou un courtier ducroire : dans ces cas, en effet, il existe bel et bien un contrat entre le bénéficiaire et le débiteur principal[1962]. Mais de deux choses l'une : soit on considère que le ducroire est une notion unitaire, et le fait que le cautionnement ne permette pas d'expliquer l'une de ses applications empêche d'y voir la juste qualification[1963] ; soit on estime que le ducroire du commissionnaire est un ducroire spécifique, pour lequel le mystère reste entier. Dans tous les cas, il faut poursuivre les recherches.

[1955] A. ROBIN et M. VIVANT, art. préc., n° 94, et les réf. citées.

[1956] V. par ex. G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 2655 : décider que le ducroire couvre la force majeure serait « aller trop loin », car « le commissionnaire ne répond de l'exécution que si celle-ci est légalement due par le tiers contractant ».

[1957] Un courtier ducroire ayant prétendu que son engagement était dépourvu de cause, n'ayant pas été rémunéré, la Cour de cassation répondit qu'il avait un « intérêt personnel [à] soutenir le courant d'affaires » entre les sociétés mises en relation, ce qui constituait une cause suffisante. Il s'agit de Cass. com., 27 oct. 2009, pourvoi n° 08-10391, précité.

[1958] M. CABRILLAC, S. CABRILLAC, C. MOULY et P. PÉTEL, *op. cit*., n° 450 ; P. DUPICHOT, thèse préc., n° 434 ; D. HENNEBELLE, « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *JCP E*, 2000, II, p. 1366, n° 21, qui opte pour une qualification qui n'en est pas une, celle de « sûreté-cadre » ; P. PÉTEL, *Les obligations du mandataire*, préf. M. CABRILLAC, Litec, 1988, n° 259.

[1959] Récemment, V. par ex. S. PRAICHEUX, thèse préc., n° 117 s.

[1960] Cass. req., 6 mars 1935 : *S*., 1935, 1, 210.

[1961] I. RIASSETTO, « Du caractère indemnitaire du ducroire de banque et de bourse », art. préc., n° 25 , G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 2653.

[1962] D. HENNEBELLE, art. préc., n° 15.

[1963] A. ROBIN et M. VIVANT, art. préc., n° 27.

En second lieu, une doctrine majoritaire estime, ou bien que le ducroire couvre par défaut les cas de force majeure, ou au moins qu'il peut choisir de les couvrir par convention expresse[1964]. Or, il est impossible à une caution, de manière générale, d'être tenue plus durement que celui qu'elle garantit, et en particulier de couvrir un cas de force majeure qui n'est pas assumé par le débiteur principal lui-même : la qualification de cautionnement doit donc être rejetée[1965].

725. Un contrat d'assurance ? – Il a été proposé, il y a longtemps déjà, d'analyser le ducroire en une opération d'assurance[1966]. Cette qualification, comme la précédente, a été réfutée à plusieurs reprises, mais les arguments sont cette fois-ci peu convaincants.

Certains prétendent que seule l'insolvabilité définitive pourrait être assurée, alors que le ducroire garantit le paiement à l'échéance[1967]. Cette affirmation est inexacte. L'étude de l'assurance-crédit a montré que la garantie de la seule insolvabilité de droit est une pratique courante, mais pas davantage ; rien n'interdit juridiquement que le risque couvert soit celui du non-paiement à l'échéance, et ce cas de figure se rencontre parfois[1968]. Inversement, si le ducroire garantit par défaut le non-paiement à l'échéance, rien ne lui interdit de définir de manière plus restrictive l'événement qui provoquera son intervention[1969].

Il a également été avancé qu'il n'y a pas, dans le ducroire, de mutualisation des risques, élément qui serait indispensable à la qualification d'assurance[1970]. Mais il doit être remarqué, tout d'abord que nombre d'intermédiaires, singulièrement les commissionnaires, se porteront ducroire de manière répétée, en échange de nombreuses primes, et qu'ils opèrent donc également à l'échelle d'une mutualité[1971]. Il est vrai, cependant, que ce ne sera pas nécessairement le cas, et qu'il est possible de se constituer intermédiaire ducroire ponctuellement. L'argument reste pourtant contestable, car les techniques actuarielles et de mutualisation des risques ne sont que des éléments techniques de l'opération d'assurance telle qu'elle est pratiquée aujourd'hui, et ne procèdent pas de son essence même. Comme cela a déjà été exposé, ces éléments étaient absents des premières opérations d'assurance[1972].

Il est encore relevé que, contrairement à l'assurance, le ducroire peut être gratuit[1973], ce qui n'est effectivement pas le cas de l'assurance. Enfin, il est souligné que l'assureur intervient généralement comme tiers à une opération garantie, à

[1964] V. *supra*, n° 722.
[1965] A. ROBIN et M. VIVANT, art. préc., n° 28.
[1966] V. par ex. C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, p. 676, pour qui la convention *del credere* présente « *les caractères d'un contrat d'assurance* » ; F. GORÉ, « Le commissionnaire ducroire », *in Le contrat de commission, études de droit commercial*, ss. la dir. de J. HAMEL, Dalloz, 1949, p. 281, V. p. 287 : « À vrai dire, par la convention de ducroire, il faut considérer que le créancier prend une assurance contre l'insolvabilité de son débiteur. C'est un contrat synallagmatique, aléatoire, principal, qui réunit tous les éléments du contrat d'assurance : la chose assurée est une créance à terme, le risque est celui de l'insolvabilité du débiteur, la prime est la commission de ducroire, l'indemnité est égale au montant de la créance ».
[1967] P. PÉTEL, thèse préc., n° 258.
[1968] V. *supra*, n° 676.
[1969] La Cour de cassation réserve en effet la stipulation contraire des parties : V. *supra*, n° 722.
[1970] J. HAMEL, A. JAUFFRET et G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. 2, Dalloz, 1966, n° 1205.
[1971] C'est également le cas dans le ducroire de bourse : I. RIASSETTO, art. préc., n° 29.
[1972] V. *supra*, n° 325 s.
[1973] M. DENIS-LINTON, thèse préc., n° 132 ; D. HENNEBELLE, art. préc., n° 8 ; A. ROBIN et M. VIVANT, art. préc., n° 38.

laquelle il reste extérieur ; le ducroire, en revanche, stipule cette clause dans un contrat qu'il passe lui-même, et dans laquelle il joue un rôle actif[1974]. La qualification de garantie indemnitaire se heurte-t-elle aux mêmes obstacles ?

726. Une garantie indemnitaire – Il existe aujourd'hui un véritable courant doctrinal favorable à la qualification de porte-fort d'exécution ou de garantie indemnitaire, pour le ducroire[1975]. Cela est parfaitement compréhensible. Les objections à la qualification de contrat d'assurance disparaissent si l'on remonte au contrat de garantie par couverture, dont il n'est qu'une application particulière. L'obligation de couverture d'un risque peut fort bien prendre la forme d'une clause d'un contrat principal[1976], être rémunérée ou non, faire partie d'une masse plus large d'obligations du même type ou être souscrite de manière isolée.

Le recours à cette notion permet de s'abstraire de la question de l'existence d'un contrat entre le bénéficiaire de la garantie, et le tiers dont le comportement est à l'origine du risque couvert. L'étude du porte-fort suisse l'avait révélé : il est possible de garantir à autrui qu'il recevra une prestation d'un tiers, y compris si le tiers n'était pas engagé envers le bénéficiaire, et même s'il n'a pas vocation à prendre un tel engagement dans l'avenir[1977] : tel est bien le cas du commissionnaire ducroire. Cela permet également de couvrir un risque de force majeure qui n'est pas assumé par le débiteur principal, comme peut le faire un intermédiaire ducroire[1978]. Enfin, la prestation versée en cas de sinistre peut l'être en nature, ou consister en une indemnité, au choix des parties.

Terminons ce tour d'horizon – non exhaustif – des mécanismes pouvant prétendre à la qualification de garantie indemnitaire, en examinant certaines garanties utilisées, depuis peu, pour conforter les baux d'habitation.

SECTION 4
LES NOUVELLES GARANTIES DES BAUX D'HABITATION

727. Limites du cautionnement profane – S'il est un domaine qui contribue, aujourd'hui encore, à la notoriété du cautionnement sous sa forme la plus classique – le cautionnement « de bienfaisance », le cautionnement de 1804 –, c'est bien la garantie des baux d'habitation. C'est une sorte de rite initiatique en matière

---

[1974] D. HENNEBELLE,art. préc., n° 9 ; A. ROBIN et M. VIVANT, art. préc., n° 37.

[1975] P. ANCEL, thèse préc., n° 72 s. ; A.-S. BARTHEZ et D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 262 ; M. BOURASSIN, M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, *op. cit.*, n° 70, et note n° 1, p. 237 ; P. SIMLER et P. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 20 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 316 ; I. RIASSETTO, « Porte-fort d'exécution », art. préc., n° 150-27 ; « Du caractère indemnitaire du ducroire de banque et de bourse », art. préc.; spéc. n° 33 s. ; thèse préc., n° 1163 s. ; P. SIMLER, *op. cit.*, n° 40. Rappr. A. ROBIN et M. VIVANT, art. préc., n° 42, qui rattachent le ducroire à la notion de « contrats de garantie », « dont la théorie générale reste à faire ».

[1976] V. *supra*, n° 384.

[1977] V. *supra*, n° 295, la notion de « *reine Garantie* ». L'argument est mis en avant par I. RIASSETTO, « Du caractère indemnitaire... », art. préc., n° 38 ; thèse préc., n° 1166.

[1978] I. RIASSETTO, *loc. cit.* Il a été exposé que les auteurs sont majoritairement favorables à ce que le ducroire assure une telle couverture, tandis que certains refusent cette possibilité : V. *supra*, n° 722. Une position équilibrée consisterait à poser que cette couverture n'est due que si elle est expressément stipulée, ce qui correspond au régime général de la garantie indemnitaire par couverture : V. *supra*, n° 490 s.

de sûretés : lorsqu'il cherche à louer son premier bien immobilier, tout étudiant ou jeune actif se verra expliquer ce qu'est une sûreté personnelle, et devra rechercher l'appui d'un membre de sa famille, d'un ami. Le système de la « caution parentale » exercice ici une domination que l'on pourrait croire sans partage.

Et pourtant, il présente de nombreux inconvénients, tant pour le débiteur que pour le créancier. Pour le débiteur tout d'abord : face à des locataires aux finances personnelles équivalentes, celui dont la famille sera la plus fortunée sera évidemment préféré. Le résultat est particulièrement pénible dans les zones qui présentent le plus fort déséquilibre entre offre et demande de logement – au premier rang desquelles, bien sûr, la capitale. Les forums internet débordent de témoignages de personnes confrontées, à chaque candidature à la location, à une, voire plusieurs dizaines de concurrents. Issues d'un milieu modeste, elles seront toujours écartées au profit d'un autre, quand bien même elles posséderaient, en tant que débiteur principal, des ressources suffisantes pour faire face au loyer.

Le système de la caution parentale est tout aussi faible du point de vue du créancier. Le garant personne physique a beau présenter une déclaration de revenus séduisante, il est impossible de savoir si ces sommes ne sont pas dilapidées aussitôt perçues : sa solvabilité est loin d'être certaine.

728. Plan – Pour pallier ces inconvénients, une place de plus en plus grande est en train d'être accordée à des garants professionnels. Il convient de tenir compte, dans l'exposé, d'un facteur important : le traitement social de la question du logement, qui conduit l'État à irriguer plusieurs garanties d'un financement extérieur aux parties. Seront tout d'abord examinés les mécanismes envisageables en l'absence d'un tel financement (I), puis ceux qui en bénéficient (II).

I. Garanties sans financement extérieur

729. Mutualisation des risques – Il faut commencer par rappeler une évidence : le droit des sûretés ne permet ni d'augmenter l'offre de logements, insuffisante, ni la solvabilité du locataire, débiteur principal. Mais il peut améliorer la situation décrite quelques lignes plus haut : entre locataires à la solvabilité comparable, ceux bénéficiant de l'entourage familial ou amical le moins fortuné sont systématiquement rejetés en bas de la liste dressée par les propriétaires. Ils pourront donc être candidats dix, quinze ou trente fois, le résultat sera toujours le même.

Or, il est possible de faire en sorte que les locataires également solvables aient la même chance d'être sélectionnés en ayant recours à un système de couverture professionnelle. Mais alors, le problème pourrait rebondir sur la question des contre-garanties.

En effet, si l'on se place dans le cadre d'une couverture souscrite et rémunérée par le bailleur pour lui-même, le garant professionnel calculera la prime en fonction du risque couru. Si le locataire lui fournit une contre-garantie sous la forme d'une confortable caution parentale, le risque de perte sèche pour le garant diminuera, tout comme la prime réclamée au propriétaire. Les bailleurs continueront donc à choisir les locataires dont l'entourage est le plus fortuné, et l'on reviendra à la case-départ – si ce n'est que la sécurité procurée au créancier sera bien meilleure. Mais il est possible de résoudre cet inconvénient.

730. Souscription par le locataire – La situation se présente différemment, en effet, si le système est basé sur une garantie pour compte, souscrite par le locataire. Elle peut prendre la forme classique d'une succession de deux contrats, l'un passé par le locataire avec le garant, l'autre par lequel le garant accorde sa couverture au bailleur ; elle peut l'être également sous la forme d'un unique contrat souscrit par le locataire, le bailleur se voyant seulement notifier son droit à couverture[1979].

Le locataire se présentera auprès du garant professionnel, qui évaluera le risque couru, en tenant compte des éventuelles contre-garanties, et calculera la prime en conséquence. Le bailleur se verra remettre un document attestant de ce que son risque de crédit est couvert. Une attestation du même type est déjà délivrée, en début et en cours de bail, à propos de l'assurance habitation obligatoire[1980]. De la même manière, l'assurance contre le risque de crédit pourrait être réglée d'avance pour une période donnée ; l'attestation devrait être présentée au début de chaque nouvelle période, sous peine de résiliation du bail[1981].

Dans un tel système, la prime étant réglée par le locataire, son montant importe peu au bailleur. Ce dernier n'a donc aucune raison de préférer systématiquement, à solvabilité égale, les débiteurs pouvant fournir la meilleure caution personne physique. Il bénéficie par ailleurs d'une très grande sécurité.

731. Mesures de solidarité envisageables – Si une liberté totale est laissée aux bailleurs et aux locataires dans la mise en place d'une telle couverture professionnelle, il est probable qu'elle sera recherchée uniquement par les locataires les moins à l'aise financièrement. Face à un locataire bénéficiant d'un patrimoine ou d'un revenu très confortable par rapport au loyer, le bailleur pourrait se satisfaire de l'absence de sûreté personnelle ; face à un locataire à la solvabilité normale, mais pouvant présenter une caution familiale ou amicale de bonne qualité, il est probable que les parties s'en contenteront : cela permettra au locataire d'économiser le coût de la garantie professionnelle.

Car une telle garantie a évidemment un coût et, si on laisse ces phénomènes naturels se mettre en place, ce coût sera élevé, car seuls les « moins bons risques » se dirigeront vers elle[1982].

De la même manière, les personnes dont le logement est situé en hauteur auraient une tendance bien compréhensible à ne pas s'assurer contre les inondations[1983]. Mais si seules les personnes fortement exposées s'assurent, la prime sera prohibitive. C'est pourquoi, par exemple, la loi impose, dans les contrats d'assurances de choses, la couverture du risque de catastrophe naturelle[1984].

Si la couverture professionnelle du risque de crédit était rendue obligatoire, pour chaque bail d'habitation, l'ensemble du domaine serait sécurisé, pour un coût

---

[1979] Sur ces deux formes de souscription d'une couverture professionnelle, par le débiteur, pour le compte de son créancier, V. *supra*, n° 653 s.

[1980] Art. 7, g) de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986.

[1981] S'agissant de l'assurance habitation, le texte précité prévoit que : « Toute clause prévoyant la résiliation de plein droit du contrat de location pour défaut d'assurance du locataire ne produit effet qu'un mois après un commandement demeuré infructueux [...] ».

[1982] Sur ce phénomène d'« anti-sélection » V. déjà *supra*, n° 675.

[1983] J. BIGOT, *op. cit.*, t. 3, n° 1075.

[1984] Art. L. 125-1 C. assur.

dont l'évaluation appartient aux actuaires, mais qui serait minimisé[1985]. C'est un principe simple de l'assurance : plus les risques sont étalés sur une vaste communauté, plus le poids des sinistres est facile à supporter. Du point de vue économique, cela revient évidemment à faire financer le système, en partie, par les locataires dont le profil était suffisamment bon pour se passer d'une telle garantie[1986]. Il ne s'agit que de décrire des possibilités techniques : le choix appartient évidemment au pouvoir politique.

Enfin, il serait possible d'aller encore un peu plus loin dans cette direction, en interdisant au garant professionnel de se faire contre-garantir par une personne physique[1987]. Cela emporterait deux séries de conséquences. Premièrement, du point de vue social : on cesserait de faire porter le poids définitif des sinistres aux parents, au frère, à l'ami. Il ne faudrait pas se laisser aller, en effet, à une forme de nostalgie du temps où le clan soutenait ses membres en difficulté. Ce serait oublier qu'un tel système est susceptible de punir durement la noblesse de celui qui s'engage, poussé par les liens du sang ou de l'affection. Deuxièmement, du point de vue technique : un tel choix ferait augmenter le poids des défauts définitivement supportés par le garant professionnel, et par lui seul, et donc le montant des primes, dans une proportion qui reste à étudier. Mais la répartition des primes entre souscripteurs changerait également, puisque les personnes bénéficiant d'un entourage solvable ne pourraient plus faire valoir cet argument : leur prime serait alors la même que celle des locataires bénéficiant de la même solvabilité personnelle, mais n'ayant pas d'entourage pour les garantir. Ces derniers verraient corrélativement leur prime diminuer. Ce résultat pourrait, ici encore, être volontairement recherché, comme un choix politique.

Les différentes possibilités techniques ayant été rapidement décrites, il faut à présent étudier les options retenues par les pouvoirs publics, qui ont décidé d'y adjoindre des financements non supportés par les parties au contrat de bail.

II. Garanties bénéficiant d'un financement extérieur

732. Plan – Seront étudiés successivement le Loca-pass (A) et la Garantie universelle des risques locatifs (B).

A. Le Loca-pass

733. Présentation – La garantie dite « Loca-pass » reposait certes sur la conclusion, lors de l'étape finale, d'un contrat de cautionnement, mais dans un contexte tout à fait atypique, qui mérite d'être décrit. Ce système a cependant été

[1985] Il serait alors possible d'interdire que le bailleur réclame, en plus de la couverture professionnelle, la conclusion d'un cautionnement classique consenti par une personne physique. D'ores et déjà, l'art. 22-1 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989, tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, dispose : « Le cautionnement ne peut pas être demandé par un bailleur qui a souscrit une assurance garantissant les obligations locatives du locataire, sauf en cas de logement loué à un étudiant ou un apprenti » (rédaction issue de la loi n° 2009-1437 du 24 novembre 2009 relative à l'orientation et à la formation professionnelle tout au long de la vie, art. 39).

[1986] C'est bien ce que l'on fait, discrètement, d'ores et déjà, en matière de catastrophes naturelles.

[1987] L'article 22-1 de la loi du 6 juillet 1989, précité, interdit certes le cumul entre une assurance des risques locatifs et un cautionnement, mais, tel qu'il est rédigé, il s'impose au bailleur, et pas au garant qui souhaiterait une contre-garantie.

quasiment abandonné, remplacé par celui de la « GRL », qui sera exposé immédiatement après.

L'article L. 313-1 du CCH prévoit que la plupart des employeurs du secteur privé disposant d'un minimum de 20 salariés doivent verser, à un organisme agréé, des sommes correspondant à une fraction de leur masse salariale, qui serviront « au financement d'actions dans le domaine du logement »[1988]. Cette participation est mieux connue sous le nom de « 1 % logement »[1989].

Les différents organismes et chambres de commerce agréés pour cette collecte sont regroupés au sein d'une société anonyme à capital variable l'Union d'économie sociale du logement (UESL)[1990]. Les garanties Loca-pass ont été mises en place à la suite d'une convention passée, en 1998, entre l'État et l'UESL[1991]. Deux modalités d'action étaient prévues : le financement du dépôt de garantie exigé par le bailleur lors de la conclusion du contrat, mais aussi la création d'un fonds d'intervention, amené à se porter garant du paiement des loyers et charges locatives[1992]. Le régime précis de ces aides a évolué, sur le fondement de nouvelles conventions entre l'UESL et l'État, et de décisions du conseil d'administration de l'UESL[1993].

734. Bénéficiaires – Le champ d'application *rationæ personæ* du dispositif était important, et ne se limitait pas aux salariés des entreprises contribuant au 1% logement. Il s'agissait, dans les grandes lignes, des salariés du secteur privé non agricole, des jeunes de moins de 30 ans en formation ou en recherche d'emploi, et des étudiants boursiers d'État[1994].

735. Forme – La garantie prenait la forme d'un cautionnement, délivré gratuitement au bailleur, pour une durée de trois ans à partir de l'entrée dans les

---

[1988] Auparavant, le texte contenait une longue liste détaillant les actions possibles, mais la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion (art. 8) y a substitué cette formule très générale, renvoyant la liste détaillée à l'article L. 313-3 du même Code.

[1989] Dans son rapport annuel du 22 février 2006, p. 309 s., la Cour des comptes a dénoncé, en des termes forts, la complexité et la mauvaise gestion de ce que le CCH appelle « la participation des employeurs à l'effort de construction », autrement dit du 1 % logement. La conclusion était sévère : « Les faiblesses constatées dans la gouvernance du dispositif, marquée par le mélange des rôles des différents acteurs et le dessaisissement de l'État, aggravées du fait de l'absence de stratégie et, en conséquence, de pilotage du réseau des collecteurs, rendent indispensable une remise en ordre. La situation impose, en effet, des arbitrages financiers et la définition claire d'une stratégie d'ensemble au sein de la politique du logement social ». Les choses se sont améliorées depuis puisque, dans son rapport du 9 février 2010, la Cour constatait : « La volonté, manifeste, de changement devrait permettre de réduire le coût de fonctionnement de ce dispositif et de le rendre plus efficace et mieux géré » (p. 65). Les rapports de la Cour des comptes sont consultables sur www.ccomptes.fr.

[1990] Art. L. 313-17 s. CCH.

[1991] Convention quinquennale du 3 août 1998 relative à la modernisation du 1 % logement conclue en application de l'article L.313-19 du CCH. Ce texte est consultable sur www.actionlogement.fr, partie « espace professionnel », puis « espace juridique », « réglementation », et enfin « anciens textes ».

[1992] Art. 1er, B, 3 de la convention.

[1993] Pour le détail de ces modifications, V. P. FERRY, « participation obligatoire des employeurs à l'effort de construction. Emplois des fonds par les organismes collecteurs associés de l'Union d'économie sociale du logement. Aides aux personnes physiques : aides à l'accès aux logements locatifs et à la mobilité professionnelle. Services en réseaux », *in Juris-classeur Construction-urbanisme*, fasc. 66-70, nov. 2007, n° 6.

[1994] *Ibid.*, n° 7.

lieux, et pour un montant maximum de 18 mois de loyers et charges ; le règlement se faisait à la demande du bailleur, après une mise en demeure restée infructueuse[1995].

Était-ce véritablement un cautionnement ? Plusieurs auteurs affirment en effet qu'une couverture professionnelle rémunérée par le créancier est une assurance, tandis que, rémunérée par le débiteur, elle est un cautionnement[1996]. Et si elle est rémunérée par un tiers ? Dans le cadre du Loca-pass, c'est en effet le fonds alimenté par les contributions de certains employeurs du secteur privé qui rémunère la garantie. Faudrait-il alors inventer une troisième qualification ? Non : ce qui compte, c'est la nature de la prestation délivrée. Quelle que soit la personne qui souscrit ou qui rémunère la couverture professionnelle, il s'agit toujours du même contrat, dont le régime ne varie qu'à la marge, dans ces diverses situations[1997].

736. Remplacement par la GRL – Le dispositif de garantie Loca-pass est loin d'être resté lettre morte : en 2006, près de 250 000 engagements de caution ont ainsi été délivrés[1998].

Pourtant, dès 2005, le basculement vers un autre système fut préparé par l'introduction, dans la liste des utilisations possibles du 1 % logement qui figurait alors à l'article L. 313-1 du CCH, du texte suivant : les fonds peuvent être utilisés pour le financement « g) De compensations versées aux entreprises d'assurance de dommages qui proposent la souscription de contrats d'assurance contre le risque de loyers impayés respectant un cahier des charges social établi par l'Union d'économie sociale du logement et approuvé par décret »[1999]. L'explication figure dans le préambule d'une nouvelle convention, signée entre l'État et l'UESL le 20 décembre 2006. Il est souligné que le dispositif alors en vigueur présente deux inconvénients : d'une part, « il prévoit des conditions de temps limitées pour son application : entrée en vigueur dans les trois premières années du bail, durée de la caution de 18 mois » ; d'autre part, « en cas de paiement du loyer par la garantie LOCA-PASS® en remplacement du locataire défaillant pendant les 18 mois, le propriétaire se trouve à l'issue de cette période sans garantie et sans avoir pu engager d'action à l'encontre du locataire, contrairement à ce qui se passe dans le cas d'une assurance contre les impayés ». La conclusion était la suivante : « Ces inconvénients limitent l'impact de la garantie LOCA-PASS® sur les bailleurs, qui peuvent rester réticents à prendre un locataire, en particulier s'il ne présente pas de garanties relatives à la pérennité de son contrat de travail, qu'il dispose ou non d'une caution de la part d'une personne physique, et ce même s'il bénéficie de la garantie LOCA-PASS®. Ceci conduit aussi à des situations où l'on a à la fois souscription d'une assurance contre les impayés de loyers par le propriétaire et garantie LOCA-PASS® au bénéfice du locataire, ou bien où ce dernier est doublé d'une exigence de caution d'un parent, et il y a alors redondance ».

[1995] *Ibid.*, n° 10 s. L'octroi de la garantie devait être automatiquement accordé sur demande d'un locataire remplissant les conditions d'éligibilité, dans un délai d'un mois à réception du dossier complet, l'absence de réponse dans ce délai valant acceptation (n° 13).

[1996] V. *supra*, n° 647.

[1997] V. *supra*, n° 643 s.

[1998] *Ibid.*, n° 14. Le chiffre de l'année 2006 est le plus intéressant à retenir, puisque le basculement vers le système GRL a ensuite été initié progressivement.

[1999] Texte issu de la loi n° 2005-841 du 26 juillet 2005 relative au développement des services à la personne et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale (art. 32).

De la même manière, dans son rapport annuel 2006, la Cour des comptes déplorait que l'existence de la garantie Loca-pass n'ait que peu d'impact sur la politique d'attribution des logements sociaux, et que, dans le parc privé, au moins 20 % des bailleurs continuent d'exiger, en parallèle, un autre cautionnement[2000].

C'est pourquoi il fut décidé de remplacer progressivement le Loca-pass par une « Garantie universelle des risques locatifs » (GRL), qu'il faut à présent décrire.

B. La Garantie universelle des risques locatifs (GRL)

737. Textes applicables – La mise en place de la GRL fut relativement laborieuse. Dans son rapport annuel 2009, la Cour des comptes s'étonnait des « tribulations de la création de la garantie des risques locatifs », et des aller-retours incessants entre conventions, lois et décrets[2001]. Qu'on en juge.

La convention précitée du 20 décembre 2006 entre l'État et l'UESL définissait un cahier des charges, décrivant un modèle de contrat d'assurance contre les risques locatifs. Les compagnies d'assurance privées qui choisissaient d'y adhérer, et de proposer le produit décrit, bénéficiaient de financements, en provenance du 1 % logement ou de l'État. Ce cahier des charges fut approuvé par décret au début de l'année 2007[2002]. Puis, le fonds d'intervention fut créé, en mars 2007, par un article de la loi sur le droit au logement opposable[2003]. La garantie de l'État fut accordée par un article d'une loi de finances rectificative, fin 2007[2004]. Une première version de la GRL était donc disponible.

Il fut cependant décidé de perfectionner le dispositif. La loi de finances rectificative pour 2007 fut amendée début 2009[2005], puis trois décrets intervinrent le 23 décembre 2009[2006].

Cette nouvelle version de la GRL a remplacé définitivement le dispositif Loca-pass dans l'ensemble du parc privé, depuis le 1er janvier 2010[2007]. Surtout, elle a pris la place de l'ancienne version de la GRL dès l'entrée en vigueur du décret, le 1er janvier 2010[2008]. Aurait-on voulu aller trop vite ? Il semble que les assureurs aient été pris de court, disposant d'une semaine à peine après la parution du décret pour

---

[2000] Rapport annuel de la Cour des Comptes du 22 févr. 2006, p. 317.

[2001] Rapport annuel de la Cour des Comptes du 4 févr. 2009, p. 528 s.

[2002] Décret n° 2007-92 du 24 janvier 2007 portant approbation du cahier des charges social mentionné au g de l'article L. 313-1 du code de la construction et de l'habitation.

[2003] Article 36 de la loi n° 2007-290 du 5 mars 2007 instituant le droit au logement opposable et portant diverses mesures en faveur de la cohésion sociale.

[2004] Art. 85 de la loi n° 2007-1824 du 25 décembre 2007 de finances rectificative pour 2007.

[2005] L'article 85 de la loi du 25 décembre 2007, précité, fut en effet modifié par la loi n° 2009-323 du 25 mars 2009 de mobilisation pour le logement et la lutte contre l'exclusion.

[2006] Décret n° 2009-1620 du 23 décembre 2009 fixant les règles de gestion et de fonctionnement du fonds de garantie universelle des risques locatifs ; décret n° 2009-1621 du 23 décembre 2009 fixant le cahier des charges prévu au g de l'article L. 313-3 du code de la construction et de l'habitation au titre de la garantie universelle des risques locatifs et décret n° 2009-1623 du 23 décembre 2009 relatif à la garantie de l'État au titre de la garantie universelle des risques locatifs pris en application de l'article 85 de la loi n° 2007-1824 du 25 décembre 2007 de finances rectificative pour 2007.

[2007] Décision du conseil d'administration de l'UESL du 2 décembre 2009. Le Loca-pass subsiste dans le parc social.

[2008] L'article 2 du décret n° 2009-1621 dispose en effet : « […] Après l'entrée en vigueur du présent décret, aucun contrat ni aucune adhésion individuelle ne pourra être souscrit ou reconduit sur le fondement de dispositions ou stipulations existant antérieurement à cette entrée en vigueur [...] ». Les contrats en cours restent soumis au cahier des charges de 2007.

étudier le cahier des charges et demander un agrément. C'est pourquoi il a fallu attendre le 10 février pour que la première convention soit signée[2009]. Dans l'intervalle, la GRL première mouture ayant été abrogée, bailleurs et locataires ont dû recourir à d'autres formes de sûretés...

Quelles sont les grandes lignes de cette garantie, dans sa version la plus récente[2010] ?

738. Régime – Le qualificatif d'« universelle » accolé à cette garantie s'explique par son champ d'application potentiel, extrêmement vaste. Les logements concernés sont ceux, nus ou meublés, occupés à titre de résidence principale, et dont le loyer est au maximum de 2000 euros par mois[2011]. Les locataires éligibles sont tous ceux dont le « taux d'effort » – le rapport entre le loyer et les ressources mensuelles, aides au logement comprises – est inférieur ou égal à 50 %[2012].

Les garanties minimales que le « contrat socle » doit comporter – l'assureur peut choisir d'en intégrer d'autres, moyennant une prime supplémentaire – sont définies par le texte[2013]. Ces trois garanties sont offertes aux mêmes conditions quel que soit le profil du locataire, ce qui implique que la prime exigée sera toujours la même[2014]. La première garantie couvre les loyers impayés ; le risque est libellé de telle sorte qu'elle peut jouer de manière rapide et efficace[2015]. La deuxième garantie couvre les éventuelles dégradations du logement, à hauteur de 7 700 euros maximum[2016]. Enfin, la troisième garantie couvre les frais de contentieux[2017]. L'indemnisation des loyers impayés et des frais de contentieux ne peut dépasser, au total, un plafond de 70 000 euros[2018].

[2009] Une dépêche AFP de ce jour évoquait en effet « la signature d'une convention par un premier assureur, DAS (groupe mutualiste MMA) ».

[2010] V. J.-L. BERGEL, J.-J. EYROLLES et J.-J. LIARD (ss. la dir.), *Lamy immobilier 2013*, n° 5505 ; B. VIAL-PEDROLETTI, « Assurances locatives : nouvelle garantie universelle des risques locatifs (GRL) », *Loyers et copropriété*, avr. 2010, , n° 27.

[2011] Cahier des charges annexé au décret n° 2009-1621, article 1. Certaines exclusions sont prévues, notamment les logements en sous-location, et ceux faisant l'objet d'un bail rural, commercial ou professionnel.

[2012] *Ibid.*, article 3. Le texte distingue plusieurs catégories de locataires, qui auront un impact sur le mode de financement du contrat. Certains seront en effet financés par le 1% logement, d'autres, directement par l'État.

[2013] *Ibid.*, art 2.

[2014] Article 2, V.

[2015] Article 2, III, 1°, a. En effet, il y a sinistre, soit « en cas d'impayé total pendant deux mois consécutifs ou non », soit « en cas d'impayé partiel, lorsque le cumul des sommes impayées, apprécié sur une période ne pouvant excéder douze mois consécutifs, atteint un mois de Loyer, déduction faite des aides au logement versées au Bailleur ».

[2016] Article 2, III, 1°, b. Ce montant n'est que de 3500 euros pour un logement meublé. Par ailleurs, une franchise est prévue, mais il s'agit d'une somme qui sera récupérée autrement, puisqu'elle est « équivalente au montant du dépôt de garantie résiduel après imputation prioritaire sur ce dépôt des frais non pris en charge par le contrat d'assurance [...] ».

[2017] Article 2, III, 1°, c. Ces frais comprennent « les frais de procédure, y compris les commandements de payer engagés vis-à-vis du locataire, les honoraires d'huissier, d'avocat ou d'avoué dont l'intervention est rendue nécessaire, ainsi que les frais visant à l'expulsion du locataire défaillant (frais d'intervention du serrurier et de la police inclus, frais de garde-meubles, frais de déménagement) ». Il est précisé que ces frais sont couverts qu'ils soient engagés par le bailleur, ou par l'assureur subrogé dans ses droits. Cela pourrait surprendre : comment l'assureur peut-il couvrir des frais qu'il engagera lui-même ? Cette présentation s'explique certainement par les financements extérieurs qui sont prévus au bénéfice du garant.

[2018] Article 2, III, 1°, a.

La subrogation de l'assureur *solvens* dans les droits du bailleur est expressément prévue[2019].

L'aspect social du dispositif est pris en compte de deux manières : une démarche préventive, qui vise à informer les locataires sur les dispositifs d'aide et de soutien, et à leur prodiguer des conseils personnalisés pour réduire les risques de difficultés financières[2020] ; une démarche curative, qui consiste à analyser la situation des locataires défaillants, afin de mettre en place, le cas échéant, un « traitement social »[2021].

Un système est prévu afin d'éviter la mise en place d'un phénomène d'anti-sélection[2022] : « Afin d'éviter que la distribution du contrat socle ne soit limitée qu'aux seuls locataires les plus risqués », chaque assureur s'engage, s'il a signé une GRL avec un bailleur, à ne pas consentir, pour les autres logements éligibles de ce bailleur, un contrat d'assurance ne répondant pas au cahier des charges GRL[2023].

739. Nature juridique – Cette garantie étant souscrite et rémunérée – en partie – par le créancier, elle devrait être considérée par la doctrine comme une assurance[2024]. Les textes qui la régissent la décrivent d'ailleurs comme un produit d'assurance, qui sera délivré par des assureurs. Sans doute faut-il y voir la raison pour laquelle les ouvrages de droit des sûretés les plus récents n'en disent pas un mot. Cette étude a tenté de démontrer qu'une telle attitude n'est pas justifiée : ce qui compte, c'est qu'il s'agit d'une prestation professionnelle de couverture du risque de crédit[2025]. Peu importe qu'elle soit financée pour partie par le bailleur, pour partie par l'État ou un fonds collectant des contributions des employeurs privés. D'ailleurs, délaisser l'étude d'un tel dispositif, n'est-ce pas contredire les définitions fonctionnelles du droit des sûretés bien souvent retenues dans les manuels ? Peut-on prétendre qu'il n'y a pas, ici, un avantage conféré au bailleur dans le recouvrement de sa créance, par rapport à la situation dans laquelle il ne jouirait que de son droit de gage général sur le patrimoine du locataire, avantage consistant en un droit d'action contre un second patrimoine ?

740. Critiques – Certains représentants des intérêts des propriétaires ont déploré que le financement du système repose sur le bailleur plutôt que sur le preneur, affirmant que cela allait « déresponsabiliser les locataires », encouragerait « l'assistanat et la démission », et allant jusqu'à avertir : « la GRL ne peut qu'exploser en vol »[2026].

S'il est impossible de se prononcer sur le funeste oracle final, les arguments basés sur « l'assistanat » du locataire doivent être considérés avec une grande prudence. Ils font bon marché du recours de l'assureur *solvens* : le locataire aura toujours un créancier, il finira par devoir payer. Celui dont la situation s'améliorera

[2019] Article 2, III, 2°.
[2020] Article 2, IV, 1°.
[2021] Article 2, IV, 2°.
[2022] Sur cette notion, V. *supra*, n° 675 et 731.
[2023] Art. 2, VI. Par exception, si le bailleur est un administrateur de biens, l'obligation se limite à lui faire signer des contrats GRL pour 80% des contrats passés avec lui sur ses logements éligibles.
[2024] V. *supra*, n° 647.
[2025] V. *supra*, n° 643 s.
[2026] Communiqué de presse de l'Union Nationale pour la Propriété Immobilière du 19 janvier 2010, consultable sur www.unpi.org.

au premier chef, c'est bien le propriétaire. Dès lors, les manifestations d'hostilité telles que celles qui viennent d'être relevées laissent songeur ; d'autres réactions des professionnels du secteur ont d'ailleurs été bien plus positives[2027].

Manifestement, certains bailleurs sont mal à l'aise avec l'idée de financer le dispositif, alors même qu'un financement extérieur s'ajouterait à leurs primes, leur permettant d'acquérir, à peu de frais, une couverture de qualité supérieure. N'est-il pas possible de répercuter ce coût sur les loyers ? Mais il y a alors un problème : dans le système tel qu'il est prévu, tous les bailleurs n'ont pas à souscrire cette garantie. Dès lors, celui qui augmenterait son loyer, même légèrement, serait moins compétitif sur le marché de la location, que le bailleur prêt à se contenter d'une caution personne physique.

Une solution consisterait à rendre la garantie obligatoire pour le public visé – les locataires présentant un taux d'effort inférieur à 50 %. Dès lors, les bailleurs pourraient répercuter son prix sur les loyers, sans que cela ne leur fasse perdre un avantage concurrentiel. Mais, surtout, cela éviterait un danger qui semble guetter le système. Le procédé visant à éviter l'anti-sélection des risques semble en effet relativement faible. Tout d'abord, il ne touche absolument pas les bailleurs qui n'ont qu'un bien à louer. Pour chaque locataire qui se présente à eux, ils peuvent décider de souscrire ou non la GRL, après examen de sa solvabilité. Cela suffira à produire une première discrimination entre mauvais risques, qui seront dirigés vers la GRL, et bons risques, pour lesquels on choisira une absence de sûreté personnelle ou une caution personne physique, gratuite. Ensuite, même lorsque les bailleurs proposent plusieurs biens sur le marché, la lutte contre l'anti-sélection repose sur les assureurs, qui se voient interdire de leur proposer, s'ils ont opté pour la GRL en garantie d'un de leurs locataires, d'autres produits d'assurance non conventionnés. Cela n'empêche pas le bailleur, pour ses bons risques, soit de demander des cautionnements de personnes physiques, soit d'aller chez un autre assureur, qui ne propose pas la GRL et ne s'est donc engagé à rien, pour souscrire un autre produit d'assurance[2028]. Dans ce dernier cas, il n'aurait pas à subir la règle, imposée dans la GRL, de l'uniformité de la prime quel que soit le profil du locataire. Un assureur non conventionné proposera peut-être, pour un excellent risque, une prime plus intéressante.

Le danger qui guette est relativement clair. La Cour des comptes a déjà mis en garde contre la difficulté d'évaluer les coûts des produits dits « à droits ouverts », ceux qui sont automatiquement attribués aux bénéficiaires entrant dans leur large champ d'application[2029]. Certes, le dispositif GRL fera l'objet d'une évaluation *a posteriori*, en mai 2012[2030]. Mais, si les opérateurs économiques ont réussi, entre-temps, à pratiquer une anti-sélection massive, le coût du dispositif pour les finances

[2027] Ainsi, le 19 février 2010, la puissante Fédération Nationale de l'Immobilier (FNAIM) et son assureur, CGI assurances, ont-ils adhéré au dispositif. V. le communiqué de presse du 22 février, consultable sur www.fnaim.fr : « La FNAIM voit dans ce nouveau dispositif la possibilité de renforcer la sécurisation des bailleurs, tout en soutenant les pouvoirs publics dans leur volonté de faire des bailleurs privés des acteurs de la politique du logement ».

[2028] À ce propos, la Cour des comptes soulignait, dans son rapport 2009, que la compatibilité de la GRL avec les règles du droit de la concurrence n'avait pas été vérifiée (p. 533). Si l'on laisse subsister des produits concurrents non subventionnés, ne sont-ils pas en effet défavorisés de manière évidente ?

[2029] Rapport 2009 précité, p. 538.

[2030] Art. 21 du cahier des charges annexé au décret n° 2009-1621.

publiques et pour les collecteurs du 1 % logement aura dérapé[2031], et la garantie risque d'être remise en cause.

Pour les raisons objectives qui viennent d'être décrites, l'attitude semi-interventionniste adoptée pourrait donc à la fois coûter cher, et ne pas permettre de changer durablement les choses. Mais il s'agit bien sûr, *in fine*, de procéder à des choix politiques qui ne sauraient être contestés sur le seul terrain juridique.

741. Future « garantie universelle des loyers » - Sans doute le législateur a-t-il pris conscience de ces faiblesses affectant la GRL. La loi « Duflot » telle qu'adoptée par le Sénat en première lecture a décidé qu'elle serait remplacée, à compter du 1er janvier 2016, par une « garantie universelle des loyers » (GUL), qui repose cette fois-ci sur une mutualisation nationale forcée des risques d'impayés : un établissement public administratif percevra une taxe d'environ 2 % des loyers, et sera chargé d'indemniser les bailleurs en cas de sinistre[2032]. Les décrets d'application n'ayant pas encore été adoptés au moment où nous écrivons ces lignes, il est difficile de se prononcer sur la qualité technique du montage.

CONCLUSION DU CHAPITRE II

Les mécanismes à vocation particulière qui ont été passés en revue se sont révélés comme autant d'usages spéciaux de la garantie indemnitaire par couverture.

L'étude des garanties financières des professionnels a illustré la possibilité de mettre en place la couverture par le biais d'une stipulation pour autrui, sans qu'aucun contrat n'ait été passé entre le garant et le bénéficiaire. La garantie par couverture présente par ailleurs une « autonomie » suffisante pour éviter que les clients des professionnels considérés ne perdent leur action contre le garant pour avoir oublié de déclarer leur créance à la procédure collective de leur principal débiteur – même si le droit des entreprises en difficulté a été modifié, sur ce point, depuis que la jurisprudence a été confrontée à ce problème.

Les garanties de bonne fin du droit immobilier, ensuite, constituent un excellent exemple de ce qu'une véritable prestation peut être mise à la charge du garant en cas de sinistre, définie indépendamment de ce que devait le débiteur principal. Là où la dette principale consistait à faire, le garant peut avoir à réparer, ou à faire autre chose, comme prendre en main la gestion d'un chantier délaissé par le vendeur d'une maison individuelle.

Le ducroire des intermédiaires, quant à lui, permet d'exploiter une possibilité révélée par l'étude du droit suisse : garantir à une personne qu'elle recevra une prestation de la part d'un tiers, alors même qu'elle ne dispose contre lui d'aucune créance directe. Tel est le cas du commissionnaire ducroire. La couverture susceptible d'être proposée par un intermédiaire ducroire s'est révélée tout aussi

[2031] Du moins le coût rapporté au nombre de garanties délivrées, car le dispositif mettra sans doute du temps à monter en charge.

[2032] Projet de loi pour l'accès au logement et un urbanisme rénové, adopté en première lecture par le Sénat le 26 octobre 2013. Sur la GUL, V. not. S. GASNIER, « La garantie universelle des loyers en questions », *ADJI*, 2013, p. 641.

vigoureuse, dans la possibilité qu'elle offre de prendre en charge le risque constitué par la force majeure.

Enfin, les nouvelles formes de garanties personnelles des baux d'habitation, en particulier la récente Garantie universelle des risques locatifs, et la future Garantie universelle des loyers, soulignent tout ce que les techniques modernes des assurances ont à apporter au domaine du risque de crédit. Calculs actuariels, mutualisation des risques, lutte contre l'anti-sélection sont autant de concepts dont le spécialiste des garanties personnelles devrait, à l'avenir, devenir familier.

CONCLUSION DU TITRE II

Le panorama des mécanismes étudiés dans le cadre de ce titre second ressemble à ces œuvres pointillistes qui, vues de trop près, ressemblent à un nuage de confettis sans rapport les uns avec les autres. Si l'on recule de quelques pas, l'ensemble prend une toute autre allure, et son harmonie se révèle.

Il fallait prendre garde, disaient certains, à distinguer cautionnement et assurance. Un garant professionnel rémunéré par le débiteur est une caution ; rémunéré par le créancier, il est un assureur ; un assureur rémunéré par le débiteur n'en est pas vraiment un ; un banquier rémunéré par le créancier ne peut se concevoir. Qui oserait alors poser la question d'un garant rémunéré par un tiers ? Quant aux garanties de bonne fin ou aux garanties financières des professionnels, il faudrait les qualifier de cautionnements, mais de cautionnements présentant exceptionnellement une certaine autonomie, dérogeant exceptionnellement à la définition du contrat de cautionnement comme passé entre une caution et un créancier, permettant exceptionnellement d'exiger du garant autre chose que sa substitution au débiteur principal.

Il est temps d'abattre quelques cloisons devenues artificielles. La garantie par couverture est l'engagement par lequel une personne promet à un bénéficiaire, en cas de réalisation d'un risque, de lui fournir une prestation. Lorsque ce garant est un professionnel, tous ces éléments peuvent être fixés avec une grande liberté. Les possibilités offertes sont très nombreuses, sans que le concept n'ait jamais à être malmené.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

Le cautionnement est une institution vénérable, qui a rendu de grands services. Parce qu'elle était ancienne, cette sûreté semblait immortelle. N'avait-elle pas parfaitement rempli son office, des romains à Portalis ? C'est bien qu'elle était capable de tout. Mais, précisément, en deux siècles, les besoins ont changé, le crédit a pris une place qu'il n'avait jamais occupée dans la vie économique. Le caractère accessoire renforcé, cette idée selon laquelle le garant ne fait que se substituer au débiteur principal en faisant, au moment opportun, un pas en avant pour se placer à ses côtés, a longtemps fasciné. En réalité, il revient à lier deux obligations par un morceau de bois. Chaque mouvement de l'une se répercute à l'autre. Mais quand il y a besoin de jeu, de souplesse, des craquements se font entendre, et l'ensemble finit par céder. Le caractère accessoire renforcé impose un ensemble précis de moyens de défense au bénéfice du garant, dont beaucoup ne peuvent être supprimés ni limités. Il est impossible, à suivre rigoureusement sa logique, de s'engager à une autre prestation que celle qui était due par le principal débiteur.

À cette première source de rigidité, celle qui lie trop fortement le débiteur principal au garant, s'en ajoute une autre : celle qui lie les garants profanes et professionnels entre eux, dans un régime qui ne distingue pas suffisamment.

Le remède proposé est le suivant. Reconnaître, tout d'abord, une manière de conforter la dette d'autrui apparue récemment : l'engagement d'adopter un comportement, positif ou d'abstention, susceptible d'augmenter les chances d'exécution. Il s'agit d'une obligation de faire ou de ne pas faire, il s'agit d'un contrat, il s'agit de responsabilité civile contractuelle. La réglementation d'une telle sûreté reposera donc, en majeure partie, sur les solutions les mieux connues.

Ensuite, il faut tenir compte d'une invention, dont le génie doit être salué, plus récente qu'on ne l'imagine parfois : le contrat de couverture d'un risque, dont dérive l'assurance. Appliqué à un risque de crédit, ce type de convention peut avantageusement absorber et remplacer le cautionnement. En associant tout simplement un risque couvert, et une prestation due en cas de sinistre, il ouvre de vastes possibilités, qu'il faut probablement limiter, pour des raisons d'opportunité et de politique législative, lorsque le garant est un profane, mais qu'il faut laisser pleinement s'exprimer lorsqu'il est un professionnel. Il suffit ensuite de décliner ces quelques idées pour obtenir un régime cohérent, d'une grande souplesse, susceptible de servir de fondement à de nombreuses sûretés personnelles présentées jusqu'ici comme *sui generis*, faute de se plier aux contraintes rigides du cautionnement classique.

CONCLUSION GÉNÉRALE

L'étude des « garanties indemnitaires » aura permis de dissiper un double malentendu.

Première idée reçue : il s'agirait d'une nouvelle variété de sûretés personnelles, dont les composantes seraient réunies par une certaine substance commune. L'analyse a démontré, au contraire, que rien ou presque ne rapproche les garanties comportementales des garanties par couverture de risque. Les processus d'indemnisation que l'une et l'autre mettent en œuvre sont bien différents. Les garanties comportementales n'ont pas pour vocation initiale d'avoir un dénouement indemnitaire ; mais, comme tout contrat, elles peuvent donner naissance à une action en responsabilité civile contractuelle en cas d'inexécution. Les garanties par couverture, quant à elles, reposent dès leur conclusion sur une indemnisation volontaire, qui interviendra en cas de réalisation du risque assumé. Le processus indemnitaire est donc tantôt une sanction, tantôt une mission.

Deuxième idée reçue : les garanties indemnitaires constitueraient des alternatives au cautionnement, dont elles se distingueraient très nettement. Il apparaît au contraire, de manière tout à fait inattendue, que le cautionnement – dans une conception renouvelée – devrait être considéré comme une variété de garantie par couverture.

Les deux types de mécanismes formant la catégorie désignée habituellement comme celle des garanties indemnitaires ne présentent donc presque aucune homogénéité ; en revanche, ils font preuve d'une grande complémentarité. Les éléments variables des garanties comportementales – l'attitude promise – et des garanties par couverture – le risque couvert et la prestation prévue – permettent d'imaginer une infinité de figures juridiques ayant toutes vocation à conforter des opérations de crédit. Le résultat obtenu est de nature à répondre à la quasi-totalité des besoins de la pratique. Il faut tenter de le démontrer, et de tirer les conséquences des analyses développées jusqu'ici, en terminant cette étude par un projet de réforme du titre du Code civil consacré aux sûretés personnelles. Nous tenterons d'imaginer quelle serait la physionomie dudit titre, s'il fallait le faire reposer entièrement sur les deux types d'engagements rencontrés au sein des garanties indemnitaires. Précisons que ce projet n'a pas vocation à être complet ni immédiatement opérationnel, mais qu'il doit être compris comme une première esquisse de ce que pourraient être les propositions formulées tout au long de l'étude, si elles étaient reprises par la loi.

TITRE PREMIER - Des sûretés personnelles

Article I *– Les sûretés personnelles régies par le présent titre sont la garantie comportementale et la garantie par couverture.*

Article II – *La garantie comportementale est un engagement personnel de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier*[2033].

Article III – *La garantie par couverture est un engagement d'exécuter, en cas de réalisation d'un risque de crédit défini par les parties, une certaine prestation au profit du bénéficiaire*[2034].

Article IV – *Est considéré comme un garant professionnel, au sens du présent titre, celui qui délivre des sûretés personnelles à titre de profession habituelle, de même que celui qui pratique une activité d'intermédiaire à titre de profession habituelle, lorsqu'il décide de garantir aux parties rapprochées la bonne fin des opérations. Tout autre garant est appelé garant profane*[2035].

Article V – *Est considéré comme un créancier professionnel, au sens du présent titre, celui dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles, même si celle-ci n'est pas principale*[2036].

Article VI – *Les manquements au devoir de bonne foi qui pèse sur le bénéficiaire peuvent, lorsqu'ils vicient le consentement du garant, provoquer la nullité du contrat dans les conditions de droit commun. Par ailleurs, ils peuvent être sanctionnés par la déchéance du bénéficiaire, à hauteur du préjudice subi par le garant, des droits qu'il tient du contrat de sûreté ; mais ils ne peuvent donner lieu au versement de dommages et intérêts*[2037].

Chapitre I - Dispositions communes

Section 1 - De la formation du contrat

§ 1 - Des conditions de forme

Article VII – *Le contrat de sûreté personnelle est écrit. Il en est dressé un exemplaire pour chaque garant et pour chaque bénéficiaire*[2038].

[2033] Cette définition reprend celle des lettres d'intention, telle qu'elle est aujourd'hui formulée à l'art. 2322 C. civ.

[2034] La couverture d'autres types de risques, notamment du risque de non-ratification, par un tiers, d'un engagement passé pour lui sans pouvoir, pourra être réglementé par ailleurs, comme c'est déjà le cas en droit suisse ou grec : V. *supra*, n° 283. Mais la notion de « *promesse du fait d'un tiers* », archaïque, devrait disparaître du Code (V. *supra*, n° 382), tout comme le principe posé à l'article 1119 (V. *supra*, n° 45).

[2035] Cette définition permet d'attribuer la qualité de garant professionnel à l'intermédiaire ducroire.

[2036] Il s'agit de la définition, d'origine doctrinale, actuellement retenue par la Cour de cassation : V. *supra*, n° 509.

[2037] V. *supra*, n° 617.

[2038] V. *supra*, n° 526.

§ 2 - Des conditions de fond

Article VIII – *Lorsque le garant est un profane, son engagement doit être limité à un certain montant. Le contrat de garantie comportementale doit ainsi prévoir une limite de responsabilité ; le contrat de garantie par couverture, une limite à la prestation due en cas de sinistre*[2039].

Article IX – *Le devoir de bonne foi dans la conclusion du contrat de sûreté personnelle produit notamment les conséquences suivantes :*

Le bénéficiaire qui a connaissance de la situation compromise du débiteur principal doit en informer le garant. Si cette information n'est pas délivrée, il peut démontrer que le garant connaissait ou aurait dû connaître cette situation, au regard notamment des liens qui l'unissent au débiteur principal[2040].

Le bénéficiaire, créancier professionnel, ne doit pas faire souscrire un engagement disproportionné à un garant non averti. Cette disproportion s'apprécie au regard, d'une part, de la limite fixée à l'engagement du garant, d'autre part, de ses revenus et de son patrimoine[2041].

Le bénéficiaire, établissement de crédit, doit mettre en garde le garant non averti qui s'apprêterait à conforter un crédit inopportun ou excessif au regard des facultés de l'emprunteur[2042].

Section 2 - De l'exécution du contrat

§ 1 - Des effets entre le garant et le bénéficiaire

Article X – *Le devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat de sûreté personnelle implique, notamment, que le bénéficiaire veille à ce que les droits préférentiels et sûretés dont il bénéficie puissent être transmis au garant par subrogation*[2043].

Un garant professionnel peut toutefois renoncer par avance à se prévaloir d'une perte de ces droits[2044].

Article XI – *Tout garant à qui un créancier réclame une prestation ou une indemnité, à la suite de l'inexécution de l'obligation d'un tiers, a qualité pour agir en nullité relative de cette obligation. L'action ne peut aboutir si le débiteur principal a déjà confirmé le contrat en connaissant le vice qui l'entachait, ou si, appelé en garantie par le créancier, il procède à cette confirmation en cours d'instance*[2045].

Lorsqu'il garantit un contrat principal synallagmatique, il est admis à user de toute action, ouverte par la loi ou le contrat, tendant à tirer les conséquences d'une inexécution, par le bénéficiaire, de ses propres engagements[2046].

[2039] V. *supra*, n° 535.
[2040] V. *supra*, n° 450 s.
[2041] V. *supra*, n° 501 s.
[2042] V. *supra*, n° 452 s.
[2043] V. *supra*, n° 549 s.
[2044] V. *supra*, n° 552.
[2045] V. *supra*, n° 579.
[2046] V. *supra*, n° 582.

§ 2 - Des effets entre le garant et le débiteur principal

Article XII – *Le garant qui, par le paiement de sa prestation ou de son indemnité, a provoqué l'extinction d'une dette du débiteur principal, dispose contre lui d'un recours personnel et d'un recours subrogatoire*[2047].

Chapitre 2 - De la garantie comportementale

Article XIII – *Sous réserve des dispositions issues du chapitre précédent, la garantie comportementale obéit au droit commun des engagements contractuels de faire ou de ne pas faire.*

Chapitre 3 - De la garantie par couverture

Section 1- De la formation du contrat

§ 1 - Des conditions de forme

Article XIV – *Le garant profane doit, à peine de nullité de son engagement, apposer sa signature immédiatement sous la mention suivante, libellée en caractères très apparents : [MENTION]*[2048].

Article XV – *Lorsque le garant est un professionnel, les exclusions et limitations de garantie ne sont valables que si elles ont été libellées en caractères très apparents*[2049]*, et n'aboutissent pas à vider la couverture de sa substance*[2050].

§ 2 - Des conditions de fond

Article XVI – *Un garant profane ne peut endosser un risque de crédit supérieur à celui d'une inexécution imputable au débiteur principal. Si sa couverture est plus étendue, elle pourra être réduite*[2051].

Article XVII – *Le garant professionnel interroge le créancier, le débiteur principal, ou les deux, sur les circonstances qui sont de nature à lui faire apprécier les risques qu'il prend en charge. Par dérogation aux dispositions de droit commun relatives à l'erreur et au dol, il ne pourra obtenir la nullité de la garantie que s'il démontre qu'il a été répondu de manière incorrecte à l'une des questions posées*[2052].

Section 2 - De l'exécution du contrat

Article XVIII – *Le devoir de bonne foi dans l'exécution du contrat de garantie par couverture implique, notamment, que tout créancier professionnel*

[2047] V. *supra*, n° 606 s.
[2048] V. *supra*, n° 533.
[2049] V. *supra*, n° 538.
[2050] V. *supra*, n° 497 s.
[2051] V. *supra*, n° 493. La possibilité de garantir l'obligation d'un incapable pourrait cependant être ouverte au garant profane, par exception, si l'on voulait conserver la solution traditionnelle en la matière (sur laquelle V. *supra*, n° 53 et 408).
[2052] V. *supra*, n° 460 s.

informe le garant, avant le 31 mars de chaque année, du montant du principal de la dette et de ses accessoires restant dus au 31 décembre de l'année précédente.

À cette occasion, si la garantie est à durée indéterminée, le créancier professionnel est, en outre, tenu de rappeler au garant profane sa faculté de résiliation.

Le créancier professionnel informe également le garant dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement.

***Article XIX –** La réalisation du risque couvert entraîne le versement de la prestation prévue au contrat. Cette prestation ne peut en aucun cas entraîner un enrichissement du bénéficiaire ; si nécessaire, elle doit être réduite pour l'éviter*[2053].

Section 3 - De l'extinction du contrat

***Article XX –** La couverture cesse pour l'avenir si le garant, créancier ou débiteur personne physique décède, ou si le garant, créancier ou débiteur personne morale fait l'objet d'une scission ou d'une fusion avec un tiers*[2054].

***Article XXI –** Les obligations de règlement nées de la réalisation du risque couvert s'éteignent par les mêmes causes que les autres obligations*[2055].

Peut-être l'étude qui s'achève ici contribuera-t-elle, avec beaucoup d'autres, à alimenter le débat sur les réformes à venir. Elle n'a pas d'autre ambition.

[2053] V. *supra*, n° 500.
[2054] V. *supra*, n° 628 s. Les autres motifs d'extinction de l'obligation de couverture – arrivée du terme, résiliation d'un engagement à durée indéterminée et disparition du risque objet du contrat – n'ont pas besoin d'être mentionnés, puisqu'ils relèvent du droit commun des obligations.
[2055] Le libellé de cette disposition est inspiré de l'actuel article 2311 du Code civil.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux

AMANN É., MANGENOT E. et VACANT A. (ss. la dir. de), *Dictionnaire de théologie catholique*, éd. Librairie Letouzey et Ané, 1931.

ANCEL P., *Droit des sûretés,* Litec, Coll. Objectif droit, 6e édition, 2011.

ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil, contrats spéciaux*, Litec, 7e édition, 2013.

AUBERT J.-L., FLOUR J. et SAVAUX É., *Droit civil, les obligations, 1. l'acte juridique*, Dalloz, coll. Sirey université, 15e édition par É. SAVAUX, 2012.

AUBRY C. et RAU C., *Cours de droit civil français*, t. 4, LGDJ, 4e édition, 1871.

AYNÈS L. et CROCQ P., *Les sûretés*, *la publicité foncière*, Defrénois, Coll. Droit civil, 7e édition, 2013.

AYNÈS L., MALAURIE P. et STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, Defrénois, Coll. Droit civil, 6e édition, 2013.

AYNÈS L., GAUTIER P.-Y. et MALAURIE P., *Les contrats spéciaux*, Defrénois, Coll. Droit civil, 6ème édition, 2012.

BARDE L. et BAUDRY-LACANTINERIE G., *Traité théorique et pratique de droit civil*, *Des obligations*, t. 1, Librairie de la société du recueil général des lois et arrêts, 1897.

BARTHEZ A.-S. et HOUTCIEFF D., *Traité de droit civil*, *sous la direction de J. GHESTIN, Les sûretés personnelles*, LGDJ, 2010.

BÉNABENT A., *Droit civil, les obligations,* Montchrestien, coll. Domat, 13e édition, 2012.

BERGEL J.-L., EYROLLES J.-J. et LIARD J.-J. (ss. la dir.), *Lamy immobilier*, 2013.

BIGOT J. (ss. la dir. de), *Traité de droit des assurances, t. 1, Entreprises et organismes d'assurance*, LGDJ, 2e édition, 1996.

BIGOT J. (ss. la dir. de), *Traité de droit des assurances, t. 3, le contrat d'assurance*, LGDJ, 2002.

BLARY-CLÉMENT É. et DEKEUWER-DÉFOSSEZ F., *Droit commercial*, Montchrestien, coll. Domat, 10e édition, 2010.

PÉROCHON F., *Entreprises en difficulté*, LGDJ, 9e édition, 2012.

BONNEAU T., *Droit bancaire*, Coll. Domat, 10e édition, 2013.

BOURASSIN M., BRÉMOND V. et JOBARD-BACHELLIER M.-N., *Droit des sûretés*, Dalloz, coll. Sirey Université, 2e édition, 2010.

BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil, les obligations*, Dalloz, coll. Sirey Université, 13e édition, 2012.

CABRILLAC M. et MOULY C., *Droit des sûretés*, Litec, 7e édition, 2004.

CABRILLAC M., CABRILLAC S., MOULY C. et PÉTEL P., *Droit des sûretés*, Litec, 9e édition, 2010.

CAPITANT H., LEQUETTE Y. et TERRÉ F., *Les grands arrêts de la*

jurisprudence civile, t. 2, Dalloz, 12e édition, 2008.

CARBONNIER J., *Droit civil, volume I : introduction, les personnes, la famille, l'enfant, le couple*, PUF, coll. Quadrige manuels, 2004.

CHABAS F., MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de droit civil, t. 2, vol. 1, Obligations, théorie générale*, Montchrestien, 9e édition par F. CHABAS, 1998.

CHAUDET F., avec la collaboration de A. CHERPILLOD, *Droit suisse des affaires*, Helbing et Lichtenhahn – Bruylant – LGDJ, 2e édition, 2004.

CORNU G., *Introduction au droit*, Montchrestien, coll. Domat, 13ème édition, 2007.

CORNU G. (ss. la dir.), *Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant*, PUF, 9e édition, 2011.

COZIAN M., DEBOISSY F. et VIANDIER A., *Droit des sociétés*, Litec, 26e édition, 2013.

DE LA GRASSERIE R., *Code civil allemand*, éd. A. Pedone, 3e édition, 1910.

DEMOLOMBE C., *Traité des contrats ou des obligations conventionnelles en général*, éd. A. Durand et L. Hachette, 1868.

DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, coll. Corpus Histoire du droit, Economica, 2007.

DOMAT J., *Les loix civiles dans leur ordre naturel, le droit public et legum delectus*, édition de 1777.

DONNIER M. et DONNIER J.-B., *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Litec, 8e édition, 2008.

ENGEL P., *Traité des obligations en droit suisse*, Staempfli Éditions SA, 2e édition, 1997.

MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., CHABAS F., *Leçons de droit civil, t. III / premier volume : sûretés, publicité foncière*, Montchrestien, 7e édition par Y. PICOD, 1999.

FENET P.-A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, éd. O. Zeller, 1836.

FRANÇOIS J., *Droit civil*, ss. la dir. de C. LARROUMET, *t. VII, Les sûretés personnelles*, Economica, 2004.

FUZIER-HERMAN E., *Code civil annoté*, Dalloz, Nouvelle édition par R. DEMOGUE, 1936.

GAUDEMET E., *Théorie générale des obligations*, Dalloz, 1937.

GAVALDA C. et STOUFFLET J., *Droit bancaire*, Litec, 8e édition par J. STOUFFLET, 2010.

GIFFARD A.-E. et VILLERS R., *Droit romain et ancien droit français (obligations)*, Dalloz, 4e édition, 1976.

GUGGENHEIM D., *Les contrats de la pratique bancaire suisse*, Georg Éditeur, 4e édition, 2000.

HAANAPPEL P.P.C. et EJAN MACKAAY, *Nouveau code civil néerlandais, le droit patrimonial (les biens, les obligations et les contrats particuliers)*, éd. Kluwer, 1990.

HAMEL J., JAUFFRET A. et LAGARDE G., *Traité de droit commercial*, t. 2, Dalloz, 1966.

JACQUEMONT A., *Droit des entreprises en difficultés*, Litec, 8e édition, 2013.

LAMBERT-FAIVRE Y. et LEVENEUR L., *Droit des assurances*, Dalloz, 13e édition, 2011.
LEBORGNE A., *Voies d'exécution et procédures de distribution*, Dalloz, 2009.
LEGEAIS D., *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 8e édition, 2011.
LEPOINTE G. et MONIER R., *Les obligations en droit romain et dans l'ancien droit français*, éd. Recueil Sirey, 1954.
LE TOURNEAU P. (ss. la dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 7e édition, 2008.
LEQUETTE Y., SIMLER P. et TERRÉ F., *Droit civil, les obligations*, Dalloz, 11e édition, 2013.
MACKAAY E. et ROUSSEAU S., *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2e édition, 2008.
MAINGUY D. et RESPAUD J.-L., *Droit des obligations*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2008.
MALINVAUD P. et FENOUILLET D., *Droit des obligations*, Litec, 12e édition, 2012.
MALINVAUD P. et JESTAZ P., *Droit de la promotion immobilière*, 8e édition par P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, Dalloz, 2009.
MAMOPOULOS P., *Code civil hellénique*, éd. Ant. N. Sakkoulas, Athènes – Komotini, 3e éd. mise à jour par M. TSITEKLIS-SOURIADAKIS, 2000.
MATHIEU-IZORCHE M.-L., *Le raisonnement juridique*, PUF, coll. Thémis droit privé, 2001.
MIGNOT M., *Droit des sûretés*, Montchrestien, coll. cours, 2e éd., 2010.
MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain, t. 2, Les obligations*, Éditions Domat-Montchrestien, 5e édition, 1954.
MORÉTEAU O., *Droit anglais des affaires*, Dalloz, 2000.
NAZ R., *Dictionnaire de droit canonique*, éd. Librairie Letouzey et Ané, 1935.
PICOD Y., *Droit des sûretés*, PUF, Coll. Thémis, 2e éd., 2010.
PIEDELIÈVRE S., *Droit des sûretés*, Ellipses, coll. Cours magistral, 2008.
PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, t. 2, LGDJ, 11e édition, 1940.
POTHIER R.-J., *Traité des obligations selon les règles tant de la conscience, que du for extérieur*, édition de 1764.
PRADEL J., *Manuel de droit pénal général*, Cujas, 18e édition, 2008.
RIPERT G. et ROBLOT R., *Traité de droit commercial*, t. 2, 17e édition par P. DELEBECQUE et M. GERMAIN, LGDJ, 2004.
ROBAYE R., *Le droit romain*, Academia-Bruylant, 3e édition, 2005.
SCYBOZ G., *Traité de droit privé suisse, t. VII, 2, Le contrat de garantie et le cautionnement*, Éditions universitaires de Fribourg, 1979.
SIMLER P. et DELEBECQUE P., *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, 6e édition, 2012.
T'KINT F., *Sûretés et principes généraux du droit de poursuite des créanciers*, Larcier, 4e édition, 2004.
TERCIER P., *Le droit des obligations*, Schulthess, 2e édition, 2000.
TERCIER P., avec la collab. de S. VENTURI, *Les contrats spéciaux*, Schulthess, 3e édition, 2003.
THÉRY P., *Sûretés et publicité foncière*, PUF, 2e édition, 1998.

THÉVENOZ L. et WERRO F., *Commentaire romand, Code des obligations I*, Helbing & Lichtenhahn, 2003.
TROPLONG M., *Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, t. 17 : Du cautionnement et des transactions*, Charles Hingray Éditeur, 1846.
VILLEY M., *Le droit romain, son actualité*, PUF, coll. Que sais-je, 10e édition, 2002.
VINEY G.,*Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3e édition, 2006.
ZACHARIÆ K.-S., *Le droit civil français*, t. 3, éd. Auguste Durand, 1857.

II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies

ANCEL P., *Les sûretés non accessoires en droit français et en droit comparé*, thèse Dijon, 1982.
ARNAUD D., *L'assurance en Grande-Bretagne. Histoire, Économie et Société*, Economica, 1997.
BADINTER R., *« Le plus grand bien... »*, Fayard, 2004.
BARRÉ X., *La lettre d'intention, technique contractuelle et pratique bancaire*, préface C. GAVALDA, Economica, Coll. Droit des affaires et de l'entreprise, 1995.
BASTIN J., *La défaillance de paiement et sa protection, l'assurance-crédit*, LGDJ, 2e édition, 1993.
BELLOMAYRE M. (de), *La promesse de porte-fort*, thèse Paris, 1907.
BENSA E., *Histoire du contrat d'assurance au Moyen Âge*, éd. Albert Fontemoing, 1897.
BILLIAU M., *La délégation de créance. Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit des obligations*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 207, 1989.
BORGA N., *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, préface S. PORCHY-SIMON, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 82, 2009.
BOULANGER J., *La promesse de porte-fort et les contrats pour autrui*, thèse Caen, 1933.
BOURASSIN M., *L'efficacité des garanties personnelles*, préface M.-N. JOBARD-BACHELLIER et V. BRÉMOND, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 456, 2006.
BOUVERESSE J., *Prodiges et vertiges de l'analogie*, éd. Raisons d'agir, 1999.
BRUDY LE ROUX A.-S. et PEQUIN X., *Cautionnement et garanties financières professionnelles. Recueil de texte*, éd. Eska, 2007.
CABRILLAC S., *Les garanties financières professionnelles*, préface P. PÉTEL, Litec, 2000.
CALONI É.-V., LAGUERRE B. et RUFFAT M., *L'UAP et l'Histoire de l'Assurance*, éd. Jean-Claude Lattès, 1990.
CAPITANT H., *De la cause des obligations*, Dalloz, 3e édition, 1927.
CARBONNIER J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 10e édition, 2001.
CERLES A., *Le cautionnement et la banque*, éd. Revue Banque, 2e édition, 2008.

CODREANU C., *La convention de porte-fort*, thèse Paris, 1932.
COHEN D., *La prospérité du vice. Une introduction inquiète à l'économie*, Albin Michel, 2009.
COUDERT J., *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, thèse Nancy, éd. Société d'impressions typographiques, 1957.
CROCQ P., *Propriété et garantie*, préface M. GOBERT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 248 ,1995.
DENIS-LINTON M., *L'assurance crédit en droit interne*, Service de reproduction des thèses de l'Université des sciences sociales de Grenoble, 1978.
DOMAS M., *L'assurance maritime au Lloyd's. Histoire, organisation, commentaire de la police. Étude théorique et pratique*, LGDJ, 1936.
DU JARDIN L., *Un confort sous-estimé dans la contractualisation des groupes de sociétés : la lettre de patronage*, préface F. T'KINT, Bruylant-LGDJ, Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain, t. 34, 2002.
DUPICHOT P., *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préface M. GRIMALDI, Éditions Panthéon-Assas, Coll. Thèses, 2005.
FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, préface J. GHESTIN, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 221, 1992.
FAVIER J., *De l'or et des épices. Naissance de l'homme d'affaires au Moyen Âge*, Fayard, 1987.
FERREIRA G., *Les garanties indemnitaires*, thèse Versailles-Saint-Quentin-en-Yvelines, 2002.
FONTAINE M., *Essai sur la nature juridique de l'assurance-crédit*, éd. C.I.D.C. Bruxelles, 1966.
GOUBEAUX G., *La règle de l'accessoire en droit privé*, préface D. TALLON, LGDJ, 1969.
GRIMAUD D., *Le caractère accessoire du cautionnement*, préface D. LEGEAIS, PUAM, Coll. Institut de droit des affaires, 2001.
GROSS B., *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, préface D. TALLON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 42, 1964.
HAMON G., *Histoire générale de l'Assurance en France et à l'étranger*, éd. du journal l'Assurance Moderne, 1895-1896.
HOUIN R., *La distinction des contrats synallagmatiques et unilatéraux*, éd. Maurice Lavergne, 1937.
JACOB F., *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préface P. SIMLER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 294, 1998.
JAMIN C. et JESTAZ P., *La doctrine*, Dalloz, Coll. Méthodes du droit, 2004.
JEULAND E., *Essai sur la substitution de personne dans un rapport d'obligation*, préface L. CADIET, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 318, 1999.
LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*, préface H. MUIR-WATT, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 335, 2000.
LE GOFF J., *Marchands et banquiers du Moyen-Âge*, PUF, 9e édition, 2001.
LEBLOND N., *Assurances et sûretés*, thèse Paris II, 2007.
LUHMANN N., *La confiance. Un mécanisme de réduction de la complexité sociale*, Economica, 2007.

MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, préface F. CHABAS, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992.
MAZEAUD V., *L'obligation de couverture*, préf. P. JOURDAIN, IRJS, 2010.
MESTRE J., *La subrogation personnelle*, préface P. KAYSER, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 160, 1979.
MONTCHARMONT H., *L'assurance pour compte en matière terrestre*, LGDJ, 1930.
MOULY C., *Les causes d'extinction du cautionnement*, préface M. CABRILLAC, éd. Librairies techniques, 1979.
MULLER A.-C., *Droit des marchés financiers et droit des contrats*, préface H. SYNVET, Economica, 2007.
NICOLAS V., *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, préface J. HÉRON, LGDJ, 1996.
NOINVILLE M. J., *La COFACE. La garantie des risques à l'exportation*, Dunod, 1993.
ORIGGI G., *Qu'est-ce que la confiance ?*, éd. Vrin, 2007.
OURY-BRULÉ M., *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette. Article 1216 du Code civil*, préface C. FERRY, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 372, 2002.
PELLÉ S., *La notion d'interdépendance contractuelle. Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, préface M.-L. DEMEESTER et J. FOYER, Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 64, 2007.
PÉTEL P., *Les obligations du mandataire*, préface M. CABRILLAC, Litec, 1988.
PRAICHEUX S., *Les sûretés sur les marchés financiers*, préface A. GHOZI, Revue Banque Éditions, 2004.
RIASSETTO I., *Les garanties des contrats à terme négociés sur le MATIF*, thèse Strasbourg III, 1999.
RICHARD P. J., *Histoire des institutions d'assurance en France*, Éditions de l'Argus, 1956.
RONTCHEVSKY N., *L'effet de l'obligation. Essai sur la distinction entre l'objet et l'effet de l'obligation*, préface A. GHOZI, Economica, 1998.
ROSSI T., *La garantie bancaire à première demande. Pratique des affaires, droit comparé, droit international privé*, thèse Fribourg, Méta-Éditions, 1990.
SALEILLES R., *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, éd. Rousseau, 1897.
SCHMITZ F., *Wittgenstein*, éd. Les belles lettres, 1999.
SEUWEN N., *Les clauses d'entraînement et de sortie conjointe*, mémoire de recherche, DJCE de Strasbourg, 2007.
SIMLER P., *Cautionnement. Garanties autonomes. Garanties indemnitaires*, Litec, 4e édition, 2008.
- *La nullité partielle des actes juridiques*, préface A. WEILL, LGDJ, 1969.
SIMMEL G., *Sociologie. Études sur les formes de la socialisation*, PUF, 1999.
STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, éd. L. Rodstein, 1947.
STIGLITZ J. E., *Le triomphe de la cupidité*, éd. Les Liens qui Libèrent, 2010.
STOFFEL-MUNCK P., *L'abus dans le contrat. Essai d'une théorie*, préface R. BOUT, LGDJ, 2000.
TAMBOISE A., *De la clause de porte-fort, essai d'une théorie nouvelle*, thèse

Lille, 1906.
TERRÉ F., *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, préface R. LE BALLE, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 2, 1957.
TEYSSIÉ B., *Les groupes de contrats*, préface J.-M. MOUSSERON, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 139, 1975.
TORRES F. (ss. la dir. de), *L'Assurance de la Royale au Gan. L'histoire de tous les projets. 1816-1992*, éd. Claude Tchou & sons, 1992.
TROPLONG R.-T, *Du cautionnement et des transactions ou commentaire des titres XIV et XV du livre III du Code civil*, éd. Charles Hingray, 1846.
VINEY G., *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préface A. TUNC, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 53, 1965.
VOIDEY N., *Le risque en droit civil*, préface G. WIEDERKEHR, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2005.
WATTIEZ J.-P., *Le cautionnement bancaire*, préface M. VASSEUR, Sirey, Bibliothèque de droit commercial, t. 9, 1964.
WAVRE A., *Le porte-fort en droit fédéral*, thèse Neuchâtel, 1898.
WEBER M., *L'éthique protestante et l'esprit du capitalisme*, présentation par J.-P. GROSSEIN, Gallimard, 2004.
WILLIATTE-PELLITTERI L., *Contribution à l'élaboration d'un droit civil des évènements aléatoires dommageables*, préface F. DEKEUWER-DÉFOSSEZ, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 457, 2009.
WITZ C., *La fiducie en droit privé français* ,préface D. SCHMIDT, Economica, 1981.

III. Articles

AMRANI-MEKKI S., « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », *Defrénois*, 2002, p. 355.
ANCEL P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ.*, 1999, p. 771.
- « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD. com.*, 1979, p. 203.
ANDRÉ M.-É., « Le sort des cautions en cas de poursuite de la relation cautionnée », *in Mélanges Mouly*, t. 2, Litec, 1998, p. 265.
ASTAIX A., « Banque-assurance : une nouvelle autorité de contrôle », *D.*, 2010, p. 196.
AUBERT DE VINCELLES C., « Porte-fort », *in Répertoire civil Dalloz*, sept. 2005.
AYNÈS L., « Éléments caractéristiques du cautionnement », *in Lamy droit des sûretés*, fasc. 105-60, mars 2008.
- « Problèmes actuels des sûretés personnelles, rapport français », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998, p. 375.
- « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. et Patr.*, nov. 2003, p. 28.
BAC A., « La position de la Fédération bancaire française sur le projet de réforme des sûretés », *Dr. et Patr.*, sept. 2005, p. 98.

- « La lettre d'intention ou le dilemme liberté/sécurité », *Dr. et Patr.*, janv. 1999, p. 59.

BAILLOD R., « Les lettres d'intention », *RTD. com.*, 1992, p. 547.

BANCAL L. et LAGELEE-CHARRETTE C., « Ducroire de banque », *in Jurisclasseur Banque-crédit-bourse*, fasc. 600, 2002.

BASTIN J., « L'assurance-crédit, rapport belge », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998, p. 537.

BECQUÉ-ICKOWICZ S., « Couple et cautionnement », *Dr. et Patr.*, juill.-août 2008, p. 60.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Existe-t-il un principe de proportionnalité en droit privé ? », *LPA*, 30 sept. 1998, p. 3.

BÉNABENT A., « Un nouvel instrument jurisprudentiel : la gomme à effacer », *in Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 81.

BERGEL J.-L.,« Différence de nature = différence de régime », *RTD. civ.*, 1984, p. 255.

BERLY J.-M., « La garantie de livraison de l'article L. 231-6 du CCH : de Charybde en Scylla ! », *RDI*, 2009, p. 215.

BIGOT J., « L'assurance-crédit, rapport français », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998, p. 617.

- « La nouvelle Autorité de contrôle prudentiel et l'assurance : aspects structurels », *JCP G*, 2010, 364.

BOISMAIN C.,« L'obligation de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *JCP G*, 2010, p. 550.

BOITTE O., CHABANNES J.-A. et EYMARD-GAUCLIN N., « Les assurances de personnes », *in Lamy Droit des assurances*, 2009.

BOUCARD F., « Le devoir de mise en garde du banquier à l'égard de l'emprunteur et sa caution : présentation didactique », *RDBF*, sept.-oct. 2007, n° 17.

BRICONGNE J.-C., « Face à la crise financière, les banques centrales et les États sont intervenus massivement », *in L'économie française, comptes et dossiers*, édition 2009, CD-ROM réalisé en partenariat par le journal Le Monde et l'INSEE, p. 16.

BRIÈRE DE L'ISLE R., « La faute intentionnelle, ou cent fois sur le métier... », *D.*, 1993, chron., p. 75.

BROS S., « Les contrats interdépendants : actualité et perspectives », *D.*, 2009, p. 960.

CABRILLAC S., « Le cautionnement notarié », *Dr. et Patr.*, juill.-août 2008, p. 56.

CABRILLAC R., « L'emprunt ou le cautionnement dans le passif de la communauté légale », *Dr. et Patr.*, mai 2003, p. 72,

CABRILLAC S., « Assurance-crédit », *in Lamy Droit des sûretés*, fasc. 155, mars 2008.

CASEY J., « Promesse de porte-fort et régime matrimoniaux », *RJPF*, n° 2, févr. 2000, p. 6.

CAUSSE H. et TRICOT D., « Le devoir de mise en garde du banquier », *RDBF*, nov.-déc. 2007, n° 25.

CAVALIÉ B. et MESTRE J., « L'offre et la cause au cœur du projet de réforme du droit des contrats », *RLDC*, 2009, supplément au n° 58, p. 19.

CHIRAC J., « Message de Monsieur Jacques Chirac », *in Le Code civil 1804-2004, Livre du bicentenaire*, éd. conjointe Dalloz-Litec, 2004, p. 3.

COLLE P., « Rapport de synthèse », *in La prévention de la défaillance de paiement, actes du 2e congrès Sanguinetti*, Larcier, 2000, p. 319.

CORNU G., « Le règne discret de l'analogie », *in Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 129.

COUDERT J., « Les sûretés personnelles en Lorraine du XIIIe siècle à la fin du Moyen Âge », *in Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XXIX, *Les sûretés personnelles, partie 2*, éd. de la Librairie encyclopédique, 1969-1974, p. 153.

COURDIER-CUISINIER A.-S., « Nouvel éclairage sur l'énigme de l'obligation de donner. Essai sur les causes d'une controverse doctrinale », *RTD. civ.*, 2005, p. 521.

CROCQ P., « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », *in Mélanges Mouly*, Litec, 1998, t. 2, p. 317.

- « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.*, 2006, p. 1306.

- « L'ordonnance du 18 septembre 2008 et le droit des sûretés », *Rev. proc. coll.*, 2009, n° 1, p. 75.

- « Sûretés et proportionnalité », *in Mélanges Simler*, Dalloz, 2006, p. 291.

DAUVILLIER J., « Recherches sur un contrat babylonien et sur les origines du prêt à la grosse aventure dans l'Antiquité grecque », *in Mélanges Marty*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1978, p. 343.

DELEBECQUE P., « Les sûretés dans les nouvelles procédures collectives », *JCP N*, 1986, I, p. 185.

- « Les garanties autonomes en droit interne (brèves remarques) », *Bull. Joly Soc.*, 1992, p. 374.

DONDERO B., « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », *D.*, 2004, p. 405 et 485.

DORAT DES MONTS R., « L'assurance-crédit à l'exportation est-elle une opération d'assurance ? », *in Mélanges Hamel*, Dalloz, 1961, p. 525.

DU JARDIN L., « L'autonomie de la lettre de patronage », *J.T.*, 1998, p. 669.

- « Lettre de patronage : les bonnes pratiques font le bon droit », *J.T.*, 2007, p. 389.

DUMONT-LEFRAND M.-P., « La nature civile ou commerciale du cautionnement », *Dr. et Patr.*, juill.-août 2008, p. 72.

DURRY G., « Est-on obligé de minimiser son propre dommage ? », *Risques*, mars 2004, p. 111.

EICHENGREEN B. et O'ROURKE K H., « A Tale of Two Depressions », article consultable sur www.voxeu.org.

EISENMANN C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *in La logique du droit*, *APD*, 1966, p. 25.

ELLAND-GOLDSMITH M., « La pratique des lettres de confort et le droit anglais », *RDAI*, 1994, p. 527.

FABRE-MAGNAN M., « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD. civ.*, 1996, p. 85.

FADLALLAH I., « Problèmes actuels des sûretés personnelles, rapport général », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998, p. 323.

FARGE M. et GOUT O., « L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté

sur le droit des sûretés », *RLDC*, mars 2009, p. 25.

FAUVARQUE-COSSON B., « Les contrats du commerce international, une approche nouvelle : les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international », *RIDC*, 1998, p. 462.

FLOUR Y., « Le cautionnement et le patrimoine des couples », *Dr. et Patr.*, avr. 2001, p. 80.

FRANÇOIS J., « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.*, 2001, chron., p. 2580.

GASNIER S., « La garantie universelle des loyers en questions », *ADJI*, 2013, p. 641.

GAUTIER P.-Y., « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD. civ.*, 1995, p. 797.

GAUVIN A., « L'opposabilité des garanties de crédit octroyées par les assureurs à l'épreuve de la jurisprudence », *D.*, 2005, p. 2866.

GAVALDA C., « L'assurance-crédit interne, un aspect de la concurrence et/ou de la complémentarité du secteur des banques et des assurances », *in Mélanges Jauffret*, éd. de la Faculté de Droit et de Science politique d'Aix-Marseille, 1974, p. 343.

GHOZI A. et LEQUETTE Y., « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D.*, 2008, p. 2609.

GILISSEN J., « Esquisse d'une histoire comparée des sûretés personnelles, essai de synthèse générale », *in Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XXVIII, *les sûretés personnelles, partie 1*, éd. de la Librairie encyclopédique, 1969-1974, p. 5.

GINESTET C., « La qualification des sûretés », *Defrénois*, 1999, art. 36927 et 36940.

GORÉ F.,« Le commissionnaire ducroire », *in Le contrat de commission, études de droit commercial*, ss. la dir. de J. HAMEL, Dalloz, 1949, p. 281.

GOUT O., « La notion de créancier professionnel dans le droit du cautionnement », *RLDC*, déc. 2009, p. 24.

GRILLET-PONTON D., « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D.*, 2000, p. 331.

GRIMALDI M., « Orientations générales de la réforme », Dossier spécial consacré aux travaux du groupe de travail sur la réforme des sûretés, *Dr. et Patr.*, sept. 2005, p. 50,

GRUA F., « Les effets de l'aléa et la distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs », *RTD. civ.*, 1983, p. 263.

HÉBRAUD P., « Rôle respectif de la volonté et des éléments objectifs dans les actes juridiques », *in Mélanges Maury*, Dalloz, 1960, t. 2, p. 419.

HÉMARD J., « Les sûretés personnelles en Europe occidentale au XIXe et au XXe siècles », *in Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XXX, *Les sûretés personnelles, partie 3*, p. 7.

HENNEBELLE D., « La spécificité de la nature juridique du ducroire d'intermédiaire », *JCP E*, 2000, II, p. 1366.

HOUIN R., « L'évolution du droit des sûretés, exposé introductif », *R.J. com.*, 1982, numéro spécial, p. 7.

HOUTCIEFF D., « Contribution à une théorie du bénéfice de subrogation de la caution », *RTD. civ.*, 2006, n° 2, p. 191.

HOVASSE H., « Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr.*

et Patr., avr. 2001, p. 76.

HUET J., « Des différentes sortes d'obligations et, plus particulièrement, de l'obligation de donner, la mal nommée, la mal aimée », *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 425.

IZORCHE M.-L., « Réflexions sur la distinction », *in Mélanges Mouly*, t. 1, Litec, 1998, p. 53, n° 18 s.

JACOB F., « L'avenir des garanties autonomes en droit interne, 15 ans après », *in Mélanges Simler*, éd. Dalloz-Litec, 2006, p. 341.

- « Garanties autonomes », *in Lamy Droit des sûretés*, fasc. 135, sept. 2007.

JACOB F. et RONTCHEVSKY N., « L'application de l'article 1415 du Code civil aux garanties », *in Mélanges AEDBF-France*, t. 3, Banque éditeur, 2001, p. 197.

JAMBORT S., « À propos de l'ordonnance n° 2006-3346 du 23 mars 2006 : les lettres d'intention sont-elles mortes ? », *Bull. Joly Soc.*, 2007, p. 669.

JEULAND E., « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.*, 1998, chron., p. 356.

JOBERT L., « Les garanties de passif dans les augmentations de capital de sociétés anonymes », *JCP E*, 2003, n° 39, p. 1520.

JONVILLE A., « Pratique de la promesse de porte-fort », *Dr. et Patr.*, n° 57, févr. 1998, p. 28.

JOURDAIN P., « Causes d'exonération de la responsabilité parentale : les ambiguïtés et l'inconsistance de la force majeure », *RTD. civ.*, 1999, p. 410.

- « Réflexion sur la notion de responsabilité contractuelle », *in Les métamorphoses de la responsabilité*, PUF, coll. Publications de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers, t. 32, 1997, p. 323.

- « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *in Mélanges Malinvaud*, Litec, 2007, p. 303.

KANAYAMA N., « De l'obligation de "couverture" à la prestation de "garantir" », *in Mélanges Mouly*, Litec, 1998, p. 375.

- « Donner et garantir – un siècle après ou une autre histoire », *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p . 473.

KOERING C. et RONTCHEVSKY N., « Lettre de confort (ou d'intention) », *in Lamy droit des sûretés*, fasc. 145, mars 2009.

KULLMANN J., « L'ignorance du sinistre », *RGDA*, 1999, p. 755.

- « Le contrat d'assurance », *in Lamy assurances 2009.*

LACHIÈZE C., « La délégation-sûreté », *D.*, 2006, chron., p. 234.

LAFONT S., « Pour une nouvelle classification des sûretés personnelles », *RLDC*, févr. 2009, p. 25.

LAITHIER Y.-M., « La prétendue primauté de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, n° 1, p. 161.

LARROUMET C., « Pour la responsabilité contractuelle », *in Mélanges Catala*, Litec, 2001, p. 543.

LASSERRE-CAPDEVILLE J., « Que reste-t-il au XXIe siècle du devoir de non-ingérence du banquier ? », *Banque et Droit*, mars-avr. 2005, p. 11.

LE CANNU P., « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », *RTD. com.*, 2006, p. 421.

LEGEAIS D., « La caution dirigeante peut-elle se prévaloir d'un dol commis par un établissement de crédit dans l'octroi d'un prêt ? », *RD. banc. et bourse*, nov.-

déc. 1998, p. 193.
- « L'ordonnance n° 2008-1345, 18 déc 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté », *RDBF*, 2009, n° 1, p. 53.
- « Le cautionnement à première demande », *in Mélanges Vasseur*, Banque, 1991, p. 87.

LEGRAND V., « Banques et endettement : les résolutions pour 2010 », *JCP G*, 2010, p. 298.

LESCAILLON A., « La promesse de porte-fort », *Rev. huissiers*, 1989, p. 1589.

LETURMY L., « La responsabilité délictuelle du contractant », *RTD. civ.*, 1998, p. 839.

LIBCHABER R., « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », *RJDA*, août-sept. 2006, p. 787, n° 3.

MACORIG-VENIER F., « Les apports de la réforme du 18 décembre 2008 en matière de sûretés », *Dr. et Patr.*, janv. 2010, p. 26.

MATHIEU-BOUYSSOU M.-E., « Contribution à l'étude de la lettre de confort, engagement de faire le nécessaire », *RDBF*, 2003, p. 60.

MAZEAUD D., « La cause », *in Le Code civil, 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 469.
- « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire. La lettre d'intention », *in Mélanges Jeantin*, Dalloz, 1999 p. 341.

MEKKI M., « La singularité du devoir de mise en garde du banquier dispensateur de crédit », *RDBF*, nov.-déc. 2007, n° 27.

MERCHIERS Y., « L'assurance-crédit, rapport général », *in Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1998, p. 505.

MICHAT-GOUDET R., « Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable », *JCP E*, 1998, p. 840.

MOLFESSIS N., « Le principe de proportionnalité en matière de garanties », *Banque et Droit*, mai-juin 2000, p. 4.

MOREAU J. et TERRÉ F., « La simplification du droit », *in Mélanges Béguin*, Litec, 2005, p. 533.

MOULY C., « L'avenir de la garantie indépendante en droit français », *in Mélanges Breton-Derrida*, Dalloz, 1991, p. 267.

MOURY J., « De de l'indivisibilité entre les obligations et entre les contrats », *RTD. civ.*, 1994, p. 255.
- « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D.*, 2000, chron., p. 382.

NAJJAR I., « L'autonomie de la lettre de confort », *D.*, 1989, chron., p. 217.

NAVARRO J.-L., « Suggestions pour une amélioration des régimes de responsabilité civile des dirigeants sociaux », *LPA*, 2 août 2007, n° 154, p. 39.

OPPETIT B., « L'engagement d'honneur », *D.*, 1979, chron., p. 107.
- « Éthique et vie des affaires », *in Mélanges Colomer*, Litec, 1993, p. 319.

PARIENTE M., « Les lettres d'intention », *in Mélanges Guyon*, Dalloz, 2003, p. 861.

PARTSCH G. et POUDRET J.-F., « Les sûretés personnelles d'après les sources suisses du Moyen Âge », *in Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, t. XXIX, *Les sûretés personnelles, partie 2*, éd. de

la Librairie encyclopédique, 1969-1974, p. 483.
PELLIER J.-D., « L'obligation du porte-fort de l'exécution », *D.*, 2013, p. 2561.
PERCEROU R., « La nature juridique de l'assurance crédit. Contrat d'assurance ou contrat crédit ? », *RGAT*, 1970, p. 350.
PÉRINET-MARQUET H., « La fin de la garantie intrinsèque », Constr.-urb., n° 11, nov. 2013, repère 10.
PESENTI S., « Le principe de proportionnalité en droit des sûretés », *LPA*, 11 mars 2004, p. 12.
PÉTEL P.,« La réforme collatérale : les incidences de la modification du droit des procédures collectives par la loi du 26 juillet 2005 », *in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, ss. la dir. d'Y. PICOD et P. CROCQ, EJT, coll. Droit et Procédures, 2006, p. 31.
PICOD Y., « Proportionnalité et cautionnement. Le mythe de Sisyphe », *in Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 843.
PIETTE Y., « Mystères et paradoxes des lettres de confort », *Bull. Joly Soc.*, 2003, p. 528.
PIETTE G., « Cautionnement et intérêt social. Les implications réciproques », *JCP G*, 2004, I, 142.
PIGNARRE G., « À la redécouverte de l'obligation de *praestare*. Pour une relecture de quelques articles du Code civil », *RTD. civ.*, 2001, p. 41.
PONSEILLE A., « Le sort de la condition de cohabitation dans la responsabilité civile des père et mère du fait dommageable de leur enfant mineur », *RTD. civ.*, 2003, p. 645.
PUIG P., « Les techniques de préservation de l'exécution en nature », *RDC*, 2005, n° 1, p. 85.
RADÉ C., « L'impossible divorce de la faute et de la responsabilité civile », *D.*, 1998, chron., p. 301.
RÈMOND-GOUILLOUD M., « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP G*, 1977, I, 2850, n° 12.
RÉMY P., « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et Cultures*, 1996, n° 31, p. 31.
- « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD. civ.*, 1997, p. 323.
RÉMY-CORLAY P., « Les effets à l'égard des tiers », *in Pour une réforme du droit des contrats*, ss. la dir. de F. TERRÉ, Dalloz, 2009, p. 292.
- « Exécution et réparation : deux concepts ? », *RDC*, 2005, n° 1, p. 13.
RIASSETTO I., « Garanties en matière boursière », *in Lamy Droit des sûretés*, fasc. 152, mars 2009.
- « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », *RLDC*, 2006, n° 26, p. 26.
- « Porte-fort d'exécution », *in Lamy droit des sûretés*, fasc. 150, sept. 2007.
- « Du caractère indemnitaire du ducroire de banque et de bourse », *in Mélanges AEDBF-France t. III*, Banque Editeur, 2001, p 247.
- « Réflexions sur la nature juridique des garanties professionnelles », *LPA*, 16 déc. 1996, p. 4.
ROBIN S. et RUFFIEUX B., « L'économiste au fond du puits : l'expérimentation de la confiance », *in La confiance. Approches économiques et sociologiques*, Gaëtan Morin éditeur, 1999, p. 75.

ROBIN A. et VIVANT M., « Convention de ducroire », *in Juris-classeur contrats-distribution*, fasc. 2940, juin 2005.

ROBINNE S., « Article 1415 du Code civil. Comment sortir du contentieux ? », *in Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 963.

ROHMERT A., « Le cautionnement à première demande en droit allemand, une sûreté hybride », *RD. banc. et bourse*, 1994, p. 122.

RONTCHEVSKY N., « La révision de la clause pénale, aujourd'hui et demain », *in Mélanges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 695.

- « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », *D.*, 2006, p. 1303.

- « Faire le nécessaire », *in Mélanges Simler*, éd. Dalloz-Litec, 2006, p. 417.

- « Les sûretés personnelles à l'épreuve de la loi de sauvegarde des entreprises », *Banque et Droit*, janv.-févr. 2006, p. 17.

ROUTIER R., « Consécration et problématique de l'obligation de mise en garde de l'emprunteur non averti », *RDBF*, nov.-déc. 2007, n° 28.

ROUVIÈRE F., « Le caractère subsidiaire du cautionnement », *RTD. com.*, 2011, p. 689

SAINT-ALARY B., « Régimes matrimoniaux et gestion du recueil du consentement du conjoint », *Dr. et Patr.*, avr. 2001, p. 84.

SAVAUX É., « La fin de la responsabilité contractuelle ? », *RTD. civ.*, 1999, p. 1.

SCHOLASTIQUE E., « Les devoirs du banquier dispensateur de crédit au consommateur », *Defrénois*, 1996, p. 689.

SÉRIAUX A., « La notion de contrat synallagmatique », *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 777.

SIMLER P., « Un peu de formalisme protège, trop de formalisme opprime et spolie. L'exemple de l'article 22-2 de la loi du 6 juillet 1989 », *in Mélanges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 753.

- « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », *in Mélanges Goubeaux*, Dalloz-LGDJ, 2009, p. 497.

- « Le nouvel article 2322 du Code civil et le régime de la lettre d'intention », *RJDA*, 2008, p. 739.

- « Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention comme technique de garantie ? », *RD. banc. et bourse*, nov.-déc. 1997, p. 223.

- « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP G*, 1990, I, 3247.

- « Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions », *in Mélanges Schmidt*, Joly éditions, 2005, p. 449.

- « Les sûretés personnelles », Dossier spécial consacré aux travaux du groupe de travail sur la réforme des sûretés, *Dr. et Patr.*, sept. 2005, p. 55.

- « Une réforme à venir : la réforme du cautionnement », *in Le droit des sûretés à l'épreuve des réformes*, ss. la dir. d'Y. PICOD et P. CROCQ, EJT, coll. Droit et procédures, 2006, p. 41.

STAUDER B., « Le "prêt responsable". L'exemple de la nouvelle loi suisse sur le crédit à la consommation », *in Mélanges Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 1029.

STORCK M., « Article 1120 », *in Juris-Classeur Civil*, Fasc. 7-2, 2003.

STOUFFLET J., « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », *RDBF*, nov.-déc. 2007, n° 26.

TALLON D., « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », *D.*, 1992, chron., p. 67.
- « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD. civ.*, 1994, p. 223.
- « Pourquoi parler de faute contractuelle ? », *in Mélanges Cornu*, PUF, 1994, p. 429.

TERRAY J., « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP G*, 1987, II, 3295.

TERRÉ F., « Volonté et qualification », *in Le rôle de la volonté*, *APD*, 1957.
- « L'aléa chasse la lésion », *JGP G*, 2009, n° 464.

THURET C. et VINCENT F., « L'assurance des biens de l'entreprise », *in Lamy Assurances 2009.*

TILLEMENT G., « Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *Rev. sociétés*, 1993, p. 51.

TUNC A., « Évolution du concept juridique de responsabilité », *Droit et Cultures*, 1996, n° 31, p. 19.

VERICEL M., « Désuétude ou actualité de la promesse de porte-fort ? », *D.*, 1998, chr., p. 123.

VIAL-PEDROLETTI B., « Assurances locatives : nouvelle garantie universelle des risques locatifs (GRL) », *Loyers et copropriété*, avr. 2010, , n° 27.

VIALATTE T., « L'effet extinctif de la réunion sur une même tête de qualités contraires et ses limites », *RTD. civ.*, 1978, p. 567.

VINEY G., « La responsabilité contractuelle en question », *in Mélanges Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 920.
- « La doctrine de la faute dans l'œuvre de Henri, Léon et Jean Mazeaud », *LPA*, 31 août 2006, p. 17.
- VINEY, « Modernité ou obsolescence du Code civil ? L'exemple de la responsabilité », *in Mélanges Le Tourneau*, Dalloz, 2008, p. 1041.

WINTGEN R., « Regards sur le droit allemand de la responsabilité contractuelle », *RDC*, 2005, n° 1, p. 217.

IV. Rapports

BANQUE DE FRANCE, *Le crédit au secteur privé en France*, chiffres consultables sur www.banque-france.fr, rubrique « *statistiques et enquêtes* ».

CATALA P. (ss. la dir. de), *Avant-projet de réforme du droit des obligations, rapport remis au Garde des sceaux le 22 septembre 2005*, texte consultable sur www.ladocumentationfrancaise.fr.

COUR DES COMPTES, *Rapports annuels du 22 février 2006, du 4 février 2009 et du 9 février 2010*, consultables sur www.ccomptes.fr.

GRIMALDI M. (ss. la dir. de), *Avant-projet de réforme du droit des sûretés, rapport remis au Garde des sceaux en mars 2005*, texte consultable sur www.ladocumentationfrancaise.fr.

ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Situation et perspectives de l'économie mondiale, 2010, Résumé*, téléchargeable sur www.un.org.

ORGANISATION INTERNATIONALE DU TRAVAIL, *Global Employment Trends, rapport 2010*, téléchargeable sur www.ilo.org.

TERRÉ F. (ss la dir. de), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.

V. Commentaires et conclusions

ABRAVANEL-JOLLY S., note ss. Cass. 2e civ., 15 févr. 2007, *RGDA*, 2007, p. 327.

ALBIGES C., obs. sur Cass. com., 17 mai 2011, *Gaz. Pal.*, 22 sept. 2011, p. 20.

AMLON G., note ss. Cass. com., 17 juill. 1990, *JCP E*, 1991, II, 101.

ANSAULT J.-J., obs. sur Cass. com., 22 sept. 2009, *RLDC*, nov. 2009, p. 33 ; obs. sur Cass. com., 17 mai 2011, *RLDC*, 2011, n° 84, p. 33.

ARLIE D., note ss. Cass. com., 22 oct. 1996, *D.*, 1998, p. 511.

AUBERT J.-L., note ss. Cass. 1re civ., 26 nov. 1975, *Defrénois*, 1976, p. 1425 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 déc. 1976, *Defrénois*, 1977, art. 31462 ; obs. sur Cass. 3e civ., 7 mars 1978, *Defrénois*, 1979, art. 31928, n° 3 ; obs. sur Cass. com., 27 nov. 1978, *Defrénois*, 1970, p. 1230 ; obs. sur Cass. 1re civ., 24 févr. 1982, *Defrénois*, 1982, p. 1628 ; obs. sur Cass. com., 29 juin 1982, *Defrénois*, 1983, p. 393 ; note ss. Cass. 1re civ., 1er juin 1983, *D.*, 1984, p. 152

AVENA-ROBARDET V., obs. sur Cass. 1re civ., 24 févr. 2004, *D.*, 2004, p. 805 ; obs. sur Cass. 1re civ., 15 févr. 2005, *D.*, 2005, p. 771 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *D.*, 2006, A.J., p. 1815 ; obs. sur Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *D.*, 2007, p. 1782.

AYNÈS L., note ss. Cass. 1re civ., 4 mars 1986, *D.*, 1987, p. 342 ; obs. sur Cass. com., 13 janv. 1987, *D.*, 1987, somm., p. 453 ; obs. sur CA Paris, 10 mars 1989, *D.*, 1989, somm., p. 294 ; note ss. Cass. 1re civ., 10 mai 1989, *Defrénois*, 1989, art. 34633, n° 131 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 oct. 1992, *D.*, 1993, somm., p. 311 ; obs. sur Cass. com., 23 févr. 1993, *D.*, 1993, somm., p. 313 ; obs. sur Cass. com., 21 juin 1994, *D.*, 1995, somm., p. 91 ; note ss. Cass. 1re civ., 10 janv. 1995, *D.*, 1995, p. 178 ; obs. sur Cass. 1re civ., 24 janv. 1995, *Defrénois*, 1995, art. 36040 ; obs. sur Cass. 1re civ., 17 oct. 1995, *D.*, 1996, somm., p. 268 ; obs. sur Cass. com., 17 juin 1997, *Defrénois*, 1997, p. 1424 ; note ss. Cass. com., 26 janv. 1999, *D.*, 1999, jur., p. 579 ; obs. sur Cass. com., 9 juill. 2002, *D.*, 2002, somm., p. 3222 ; note ss. Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.* 2006, jur., p. 729.

AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK P., obs. sur Cass. com., 13 déc. 2005, *Dr. et Patr.*, 2006, n° 152, p. 96.

BAKOUCHE D., note ss. Cass. 3e civ., 20 déc. 2006, *JCP G*, 2007, II, 10024 ; note ss. Cass. 2e civ., 12 sept. 2013, *RCA*, nov. 2013, p. 7.

BANDRAC M., obs. sur Cass. 2e civ., 22 févr. 1995, *RTD. civ.*, 1995, p. 928.

BARBIÈRI J.-F., note ss. Cass. com., 26 janv. 1999, *Bull. Joly Soc.*, 1999, p. 540 ; note ss. Cass. com., 26 févr. 2002, *Bull. Joly Soc.*, 2002, p. 607 ; note ss. Cass. com., 13 déc. 2005, *Bull. Joly Soc.*, 2006, n° 4, § 95 ; note ss. CA Paris, 22 janv. 2009, *Bull. Joly Soc.*, 2009, p. 734 ; obs. sur Cass. com., 17 mai 2011, *Bull. Joly Soc.*, 2011, p. 551 ; obs. sur Cass. com., 18 juin 2013, *Bull. Joly Soc.*, 2013, p. 540.

BAZIN E., note ss. Cass. 3e civ., 8 mars 2006, *JCP G*, 2006, II, 10131.

BÉHAR-TOUCHAIS M., note ss. Cass. com., 13 janv. 1987, *JCP E*, 1987, II, 15054 ; note ss. Cass. com., 1er oct. 1991, *JCP G*, 1993, II, 21990 ; note ss.

Cass. com., 5 oct. 1993, *JCP E*, 1994, II, 534 ; note ss. Cass. 1re civ., 10 janv. 1995, *JCP E*, 1995, II, 701 ; note ss. Ass. plén., 4 juin 1999, *JCP E*, 1999, 1294.

BEIGNIER B., note ss. Cass. com., 4 févr. 1997, *JCP G*, 1997, II, 22922 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *Dr. famille*, sept. 2006, n° 168.

BESSON A., note ss. Civ., 14 déc. 1942, DC, 1944, p. 81.

BEY E.-M., note ss. Cass. com., 11 juill. 1988, *Gaz. Pal.*, 1989, 1, p. 375.

BIGOT J., note ss. Cass. 1re civ., 18 juill. 1977, *RGAT*, 1978, p. 367 ; note ss. Cass. 1re civ., 27 févr. 1990, *RGAT*, 1990, p. 523 ; note ss. Cass. 1re civ., 14 janv. 1992, *RGAT*, 1992, p. 358.

BILLIAU M., obs. sur Cass. 1re civ., 2 juin 1992, *JCP G*, 1992, I, 3632, n° 6 ; obs. sur Cass. com., 21 juin 1994, *JCP G*, 1994, I, 3803, n° 10.

BONNEAU T., obs. sur Cass. com., 17 juin 1997, *Dr. sociétés*, oct. 1997, p. 9 ; obs. sur Cass. com., 26 févr. 2002, *Dr. sociétés*, 2002, n° 105 ; obs. sur Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, *Banque et Droit*, nov.-déc. 2005, p. 81 ; obs. sur Cass. com., 3 mai 2006, *Banque et Droit*, sept.-oct. 2006, p. 49.

BOULOC B., obs. sur Cass. com., 22 oct. 1996, *RTD. com.*, 1997, p. 318.

BOUTEILLER P., note ss. Cass. com., 29 juin 1982, *JCP G*, 1984, II, 20148.

BRÉMOND V., note ss. Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *JCP N*, 2006, 1310, 3e espèce.

BRENA S., obs. sur Cass. com., 17 mai 2011, *Bull. Joly Entr. Diff.*, 2011, n° 5, p. 323.

BRILL J.-P., note ss. Cass. com., 21 déc. 1987, *D.*, 1989, p. 112.

BUGNICOURT J.-P., obs. sur Cass. 3e civ., 3 déc. 2008 (3 arrêts), *RLDC*, mars 2009, p. 19.

CABRILLAC M., note ss. Cass. com., 29 juin 1982, *Rev. sociétés*, 1983, p. 86 ; obs. sur Cass. 1re civ., 8 juin 1994, *RTD. com.*, 1995, p. 170 ; obs. sur Cass. com., 17 juin 1997, *RTD. com.*, 1997, p. 662.

CABRILLAC R., obs. sur Cass. 3e civ., 16 nov. 2005, *D.*, 2006, p. 971.

CABRILLAC M. et TEYSSIÉ B., obs. sur Cass. com., 25 mai 1993, *RTD. com.*, 1994, p. 698 ; obs. sur Cass. com., 7 févr. 1983, *RTD. com.*, 1983, p. 450 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 déc. 1988, *RTD. com.*, 1983, p. 449.

CABRILLAC M. et RIVES-LANGE J.-L.,obs. sur Cass. com., 22 nov. 1972, *RTD. com.*, 1973, p. 309 ; obs. sur Cass. com., 25 nov. 1974, *RTD. com.*, 1975, p. 572.

CAMPANA M. et CALENDINI J.-M., obs. sur Cass. com., 14 nov. 1989, *RD. banc et bourse*, 1990, p. 88 ; obs. sur Cass. com., 17 juill. 1990, *RD. banc. et bourse*, 1990, p. 246.

CASEY J., note ss. Cass. com., 17 juin 1997, *D.*, 1998, p. 208.

CAUSSAIN J.-J., DEBOISSY F. et WICKER G., obs. sur Cass. com., 9 juill. 2002, *JCP G*, 2002, I, 188, n° 9 ; obs. sur Cass. com., 8 oct. 2002, *JCP E*, 2003, 706.

CERLES A., obs. sur Cass. com., 24 mars 2004, *RDBF*, juill.-août 2004, n° 162 ; obs. sur Cass. 3e civ., 8 mars 2006, *RDBF*, mai-juin 2006, n° 96 ; obs. sur Cass. com., 24 avr. 2007, *RDBF*, juill.-août 2007, p. 16 ; obs. sur Cass. com., 22 mai 2007, *RDBF*, juill.-août 2007, n° 147 ; obs. sur Cass. com., 5 juin 2007, *RDBF*, sept.-oct. 2007, n° 177 ; obs. sur Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RDBF*, juill.-août 2007, n° 145 ; obs. sur Cass. 1re civ., 9 juillet 2009, *Dr. sociétés*, oct. 2009, p. 43.

CERLES A. et LEGEAIS D., obs. sur Cass. com., 26 févr. 2002, *RDBF*, 2002, n° 3, p. 129 ; obs. sur Cass. com., 17 mai 2011, *RDBF*, 2011, comm. 136.

CHABAS F., note ss. Cass. 2e civ., 19 févr. 1997, *Gaz. Pal.*, 3 oct. 1997.

CHAMPAUD C. et DANET D., obs. sur Cass. com., 26 janv. 1999, *RTD. com.*, 1999, p. 424 ; obs. sur Cass. com., 18 avr. 2000, *RTD. com.*, 2000, p. 664.

CHAMPENOIS G., obs. sur Cass. 1re civ., 13 juin 1979, *Defrénois*, 1980, p. 613 ; obs. sur Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *Defrénois*, 2006, p. 1600.

CHAZAL J.-P. et REINHARD Y., obs. sur CA Lyon, 5 nov. 1999, *RTD. com.*, 2001, p. 142 ; obs. sur Cass. com., 26 avr. 2000, *RTD. com.*, 2000, p. 669.

CONSTANTIN A., obs. sur Cass. com., 15 févr. 2000, *JCP G*, 2000, I, 272 ; note ss. Cass. com., 18 avr. 2000, *Rev. sociétés*, 2000, p. 520.

CONTAMINE-RAYNAUD M., obs. sur Cass. com., 21 déc. 1987, *RD. banc. et bourse*, 1988, p. 101 ; obs. sur CA Paris, 10 mars 1989, *RD. banc. et bourse*, 1989, p. 137 ; obs. sur Cass. com., 17 juin 1997, *RD. banc. et bourse*, 1997, p. 221.

CORNU G., obs. sur Cass. 1re civ., 26 nov. 1975, *RTD. civ.*, 1976, p. 575.

COURET A., note ss. CA Paris, 19 juin 1998, *Bull. Joly Soc.*, 1998, p. 1152 ; note ss. Cass. com., 20 oct. 1998, *JCP E*, 1998, p. 2025 ; note ss. Cass. 1re civ., 18 avr. 2000, *Bull. Joly Soc.*, 2000, p. 936 ; note ss. Cass. com., 26 avr. 2000, *Bull. Joly Soc.*, 2000, p. 703 ; note ss. Cass. com., 14 juin 2000, *Bull. Joly Soc.*, 2000, p. 1054.

CRÉDOT F.-J. et SAMIN T., obs. sur Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (2 arrêts), *RDBF*, sept.-oct. 2007, n° 174.

CRÉDOT F.-J. et GÉRARD Y., obs. sur Cass. 1re civ., 8 juin 1994, *RD. banc. et bourse*, 1994, n° 44, p. 173 ; obs. sur Cass. com., 11 avr. 1995, *RD. banc. et bourse*, 1995, p. 145 ; note ss. Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, *RDBF*, nov.-déc. 2005, n° 203.

CROCQ P., obs. sur Cass. com., 17 juin 1997, *RTD. civ.*, 1998, p. 157 ; obs. sur Ass. plén., 4 juin 1999, *RTD. civ.*, 1999, p. 664 ; obs. sur Cass. com., 8 oct. 2002, *RTD. civ.*, 2003, p. 125 ; obs. sur Cass. com., 13 nov. 2002, *RTD. civ.*, 2003, p. 322 ; obs. sur Cass. 3e civ., 8 mars 2006, *RTD. civ.*, 2006, p. 797 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *RTD. civ.*, 2006, p. 592 ; obs. sur Cass. com., 6 févr. 2007, *RTD. civ.*, 2007, p. 732 ; obs. sur Cass. com., 22 mai 2007, *RTD. civ.* 2008, p. 333 ; obs. sur Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RTD. civ.*, 2008, p. 331 ; obs. sur Cass. com., 18 juin 2013, *RTD. civ.*, 2013, p. 653.

CROZE H., note ss. Cass. com., 25 mai 1993, *JCP E*, 1993, II, 484.

DAGORNE-LABBÉ Y., note ss. Cass. 1re civ., 24 févr. 2004, *Defrénois*, 2004, p. 1073.

DAIGRE J.-J., note ss. Cass. com., 11 févr. 1986, *Rev. sociétés*, 1986, p. 243.

DE GOUTTES R., avis sur Cass. ch. mixte, 22 avril 2005 (2 arrêts), *RDC*, 2005, p. 651.

DE LAENDER H., note ss. Cass. com., 20 oct. 1998, D., 1999, p. 639.

DELEBECQUE P.,obs. sur Cass. 1re civ., 2 juin 1992, *D.*, 1992, somm., p. 407 ; note ss. Cass. com., 17 nov. 1992, *Rev. sociétés*, p. 585 ; note ss. Cass. com., 11 mai 1993, *JCP E*, 1993, II, 503 ; obs. sur Cass. com., 22 oct. 1996, *Defrénois*, 1997, p. 330 ; obs. sur Cass. com., 15 févr. 2000, *D.*, 2000, somm., p. 364 ; note ss. Cass. com., 26 avr. 2000, *Rev. sociétés*, 2000, p. 531 ; obs. sur Cass. ch. mixte, 22 avril 2005 (2 arrêts), *RDC*, 2005, p. 752.

DELPECH X., obs. sur Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, *D.*, 2005, A.J., 2276 ; obs. sur Cass. com., 13 déc. 2005, *D.*, 2006, A.J., p 298 ; obs. sur Cass. com., 3 mai 2006, *D.*, 2006, A.J., 1445.

DERRIDA F., obs. sur CA Lyon, 18 nov. 1988, *D.*, 1989, p. 72 ; obs. sur Cass. com., 17 juill. 1990, *D.*, 1991, somm., p. 12 ; obs. sur Cass. com., 19 janv. 1993, *Defrénois*, 1993, art. 35616.

DERRIDA F. et SORTAIS J.-P., note ss. Cass. com., 5 oct. 1993, *D.*, 1994, p. 267.

DIDIER P., note ss. CA Paris, 19 juin 1998, *Rev. sociétés*, 1999, p. 96.

DISSAUX N., obs. sur Cass. com., 27 oct. 2009, *JCP G*, 2010, p. 163.

DONDERO B., note ss. Cass. com., 9 juill. 2002, *D.*, 2003, p. 545 ; note ss. Cass. com., 9 juill. 2002, *D.*, 2003, p. 545.

DU JARDIN L., note ss. Civ. Verviers, 8 janv. 2001, *FF-DBF*, 01/2002, p. 48.

DUMERY A., note ss. Cass. com., 17 mai 2011, *JCP E*, 2011, 863.

DUMOULIN L., obs. sur Cass. 1re civ., 18 févr. 2009, *JCP G*, 2009, 509 ; note ss. Cass. com., 20 oct. 2009, *JCP G*, 2009, 422 ; obs. sur Cass. 1re civ., 19 nov. 2009, *JCP G*, 2009, 509.

DUPICHOT P., obs. sur Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, *Dr. et Patr.*, 2006, n° 145, p. 131.

DURRY G., obs. sur Cass. 3e civ., 19 avr. 1972, *RTD. civ.*, 1973, p. 581 ; obs. sur Cass. 3e civ., 10 avr. 1975, *RTD. civ.*, 1976, p. 151 ; obs. sur Cass. com., 8 juill. 1981, *RTD. civ.*, 1982, p. 426.

FADDOUL J., obs. sur Cass. com., 18 avr. 2000, *D.*, 2000, A.J., p. 257.

FAGES B. et MESTRE J., obs. sur Cass. com., 15 févr. 2000, *RTD. civ.*, 2000, p. 325 ; obs. sur Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, *RTD. civ.*, 2005, p. 391 ; obs. sur Cass. 3e civ., 11 mai 2005, *RTD. civ.*, 2005, p. 590.

FERREIRA G., note ss. Cass. com., 9 juill. 2002, *JCP E*, 2003, 234.

GALLMEISTER I., note ss. Cass. 1re civ., 13 mars 2008, *D.*, 2008, p. 911.

GAUTIER P.-Y., obs. sur TGI Versailles, 28 mars 2006, *RTD. civ.*, 2006, p. 576.

GAVALDA C., note ss. Cass. com., 25 mai 1993, *LPA*, 21 juill. 1993, 7.

GHESTIN J., note ss. Cass. com., 15 mars 1976, *JCP G*, 1977, II, 18632.

GIJSBERS C., obs. sur Cass. Com., 18 juin 2013, *RLDC*, sept. 2013, p. 35.

GOURIO A., note ss. Cass. com., 26 mars 2002, *JCP E*, 2002, 852 ; note ss. Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, *JCP G*, 2005, II, 10140 ; note ss. Cass. com., 3 mai 2006, *JCP G*, 2006, II, 10122 ; note ss. Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (2 arrêts), *JCP G*, 2007, II, 10146 ; note ss. Cass. com., 14 janv. 2010, *JCP G*, 2010, 354 (2ème espèce).

GRIMALDI C., obs. sur Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RDC*, 2008, p. 702.

GROSSER P., obs. sur Cass. com., 13 déc. 2005, *JCP E*, 2006, 1342 ; note ss. Ass. plén., 14 avril 2006, *JCP G*, 2006, II, 10087.

GROUTEL H., obs. sur Cass. 1re civ., 17 févr. 1998, *D.*, 1998, somm., p. 230 ; note ss. Cass. 1re civ., 27 mai 2003, *RCA*, 2003, comm. n° 282.

GUERLIN G., obs. sur Cass. 2e civ., 12 sept. 2013, *LEDC*, 6 nov. 2013, p. 4.

GULPHE P., concl. sur Cass. 1re civ., 20 déc. 1976, *JCP G*, 1977, II, 18611.

GUYON Y., note ss. Cass. com., 29 janv. 1980, *Rev. sociétés*, 1981, p. 83 ; note ss. Cass. com., 26 avr. 2000, *JCP E*, 2000, 1234.

HÉMARD J., note ss. Cass. com., 6 janv. 1981, *JCP G*, 1982, II, 13876.

HONORAT A., note ss. Cass. com., 17 juill. 1990, *D.*, 1990, p. 494 ; obs. sur Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, *Defrénois*, 2005, p. 908.

HONORAT A. et PATARIN J., note ss. Cass. com., 19 janv. 1993, *D.*, 1993, p. 331.

HOUTCIEFF D., obs. sur Cass. 1re civ., 9 nov. 2004, *RDC*, févr. 2005, p. 403 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *RDC*, avr. 2006, p. 1193 ; obs. sur Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RDC*, avr. 2007, p. 1226 ; note ss. Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *D.*, 2007, p. 2201 ; note ss. Cass. 1re civ., 9 juillet 2009, *Bull. Joly Soc.*, 2009, p. 1048; obs. sur Cass. com., 18 juin 2013, *Gaz. Pal.*, 10 oct. 2013, p. 18.

HOVASSE H., note ss. Cass. com., 14 déc. 1999, *Defrénois*, 2000, p. 505.

JACOB F., note ss. Cass. com., 3 nov. 1992, *JCP E*, 1993, I, 454, n° 14 ; obs. sur Cass. com., 8 oct. 2002, *Banque et Droit*, janv.-févr. 2003, p. 52 ; obs. sur CA Paris, 6 juin 2003, *Banque et Droit*, mars-avr. 2004 ; obs. sur. Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *Banque et Droit*, janv.-févr. 2006, p. 55 ; obs. sur CA Amiens, 11 oct. 2007, *Banque et Droit*, mars-avr. 2008, p. 44.

JEANTIN M., obs. sur Cass. 1re civ., 1er juin 1983, *Rev. sociétés*, 1983, p. 587.

JOBARD-BACHELLIER M.-N., note ss. Cass. com., 21 déc. 1987, *RCDIP*, juin 1989, n° 2, p. 344.

JOURDAIN P., obs. sur Cass. 1re civ., 16 févr. 1988, *RTD. civ.*, 1988, n° 767 ; note ss. Cass. com., 22 oct. 1996, *RTD. civ.*, 1997, p. 439 ; note ss. Cass. 2e civ., 19 févr. 1997, *D.*, 1997, p. 265 ; obs. sur Cass. ch. mixte, 22 avril 2005 (2 arrêts), *RTD. civ.*, 2005, p. 604 ; obs. sur Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, *RTD. civ.*, 2006, p. 129 ; note ss. Ass. plén., 14 avril 2006, *D.*, 2006, p. 1577.

KESSOUS R., concl. sur Cass. 2e civ., 19 févr. 1997, *JCP G*, 1997, II, 22848.

KOERING C., obs. sur Cass. com., 8 oct. 2002, *D.*, 2003, p. 414.

KULLMANN J., note ss. Cass. 1re civ., 27 mai 2003, *RGDA*, 2003, p. 463.

LAITHIER Y.-M., note ss. Ass. plén., 14 avril 2006, *RDC*, 2006, p. 1083 ; note ss. Cass. com., 30 mai 2006, *RDC*, 2006, p. 1075.

LANDEL J. et MARGEAT H., note ss. Cass. 1re civ., 7 mars 1989, *RGAT*, 1989, p. 517 ; note ss. Cass. 1re civ., 11 déc. 1990, *RGAT*, 1991, p. 55.

LARDEUX G., obs. sur Cass. 3e civ., 8 mars 2006, *RDC*, 2006, n° 3, p. 749;

LARROUMET C., note ss. Cass. 3e civ., 10 avr. 1973, *D.*, 1974, jur., p. 21 . note ss. Cass. 1re civ., 26 nov. 1975, *D.*, 1976, jur., p. 353 . note ss. Cass. com., 23 oct. 1990, *JCP N*, 1992, 242 ; note ss. Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990 (3 arrêts), *D.*, 1991, p. 121.

LASSERRE-CAPDEVILLE J., note ss. Cass. 1re civ., 18 févr. 2009, *D.*, 2009, p. 1179 ; note ss. Cass. com., 7 juill. 2009, *D.*, 2009, p. 2318.

LE CANNU P., note ss. Cass. 1re civ., 15 mai 2008, *Bull. Joly Soc.*, 2009, p. 40.

LE NABASQUE H., obs. sur Cass. 3e civ., 1er déc. 1993, *Dr. sociétés*, 1994, n° 138 ; note ss. CA Paris, 16 janv. 2001, *Bull. Joly Soc.*, 2001, p. 374.

LEBLOND N., obs. sur Cass. 3e civ., 3 déc. 2008 (3 arrêts), *LPA*, 24 mars 2009, p. 9.

LEBRETON M.-C., note ss. Cass. 2e civ., 19 févr. 1997, *LPA*, 15 sept. 1997, p. 12.

LEGEAIS D., note ss. Cass. 1re civ., 10 mai 1989, *JCP G*, 1989, II, 21363 ; note ss. Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990 (3 arrêts), *JCP G*, 1991, II, 21642 ; note ss. Cass. 1re civ., 8 juin 1994, *JCP E*, 1995, II, 652 ; note ss. Cass. 1re civ., 27 juin 1995, *JCP E*, 1995, II, 652 ; note ss. Cass. com., 17 juin 1997, *JCP E*, 1997, II, 1007 ; note ss. Cass. com., 23 juin 1998, *JCP E*, 1998, 1831 ; note ss. Cass. com., 26 janv. 1999, *JCP G*, 1999, II, n° 10087 ; note ss. Cass. com., 26 févr. 2002, *JCP E*, 2002, 918 ; note ss. Cass. com., 8 oct. 2002, *JCP E*, 2003, 1920 ;

obs. sur Cass. com., 13 nov. 2002, *RDBF*, janv.-févr. 2003, n° 11 ; obs. sur Cass. com., 25 mars 2003, *RDBF*, 2003, n° 135 ; obs. sur CA Paris, 6 juin 2003, *RTD. com.*, 2004, p. 143 ; note ss. Cass. 1re civ., 9 nov. 2004, *JCP E*, 2005, 180 ; obs. sur Cass. 3e civ., 11 mai 2005, *RDBF*, juill.-août 2005, n° 126 ; obs. sur Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, *RTD. com.*, 2005, p. 820 ; note ss. Cass. 1re civ., 12 juillet 2005, *JCP E*, 2005, 1359 ; obs. sur Cass. 1re civ., 7 mars 2006, *RDBF*, mai-juin 2006, n° 97 ; obs. sur Cass. com., 3 mai 2006, *RDBF*, juill.-août 2006, n° 129 ; obs. sur Cass. com., 3 mai 2006, *JCP E*, 2006, 1890 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *RDBF*, juill.-août 2006, n° 133 ; obs. sur Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RTD. com.*, 2007, p. 585 ; note ss. Cass. ch. mixte, 29 juin 2007 (2 arrêts), *JCP E*, 2007, 2105 ; note ss. Cass. com., 3 févr. 2009, *JCP E*, 2009, 1305 ; note ss. Cass. 1re civ., 30 avr. 2009, *JCP E*, 2009, 1583 ; note ss. Cass. com., 12 mai 2009, *JCP E*, 2009, p. 1700 ; note ss. Cass. com., 20 oct. 2009, *JCP E*, 2009, 2053.

LEVENEUR L., note ss. Cass. ch. mixte, 23 nov. 1990 (3 arrêts), *CCC*, 1991, n° 30 ; note ss. Cass. 1re civ., 15 oct. 1991, *CCC*, janv. 1992, n° 6 ; note ss. Cass. com., 17 nov. 1992, *CCC*, mars 1993, n° 48 ; note ss. Cass. 1re civ., 17 févr. 1993, *CCC*, juin 1993, n° 108 ; note ss. Cass. com., 22 oct. 1996, *CCC*, févr. 1997, n° 21 ; note ss. Cass. com., 18 avr. 2000, *JCP E*, 2000, 2007 ; note ss. Cass. 3e civ, 21 mars 2001, *CCC*, 2001, n° 101 ; note ss. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, *CCC*, mai 2005, p. 13 ; note sur Cass. ch. mixte, 22 avril 2005 (2 arrêts), *CCC*, 2005, n° 150 ; note ss. Cass. 3e civ., 22 juin 2005, *CCC*, 2005, n° 186 ; note ss. Cass. com., 13 déc. 2005, *CCC*, avr. 2006, p. 14 ; note ss. Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *CCC*, nov. 2007, p. 17 ; note ss. Cass. com., 17 mai 2011, *CCC*, 2011, n° 8, p. 13.

LIBCHABER R., note ss. Cass. com., 22 oct. 1996, *D.*, 1997, p. 173 ; obs. sur Cass. 1re civ., 15 févr. 2005, *Defrénois*, 2005, p. 1236 ; obs. sur Cass. 1re civ., 21 juin 2005, *Defrénois*, 2005, p. 1998.

LIENHARD A., obs. sur Cass. com., 26 févr. 2002, *D.*, 2002, A.J., p. 1273 ; obs. sur Cass. com., 19 janv. 2010, *Rev. sociétés*, mars 2010, p. 41.

LOISEAU G., obs. sur Cass. ch. mixte, 22 avril 2005 (2 arrêts), *JCP G*, 2005, II, 10066.

LOUSSOUARN Y., obs. sur Cass. 3e civ., 15 janv. 1971, *RTD. civ.*, 1971, p. 839 ; obs. sur Cass. 1re civ., 26 nov. 1975, *RTD. civ.*, 1977, p. 117.

LUCAS F.-X., note ss. Cass. 1re civ., 16 mai 1995, *JCP G*, 1996, II, 22736.

MALAURIE P., note ss. Cass. 1re civ., 1er mars 1972, *D.*, 1973, jur., p. 733 ; note ss. Cass. com., 8 nov. 1972, *D.*, 1973, jur., p. 753.

MARCHI J.-P., obs. sur CA Paris, 10 mars 1989, *Gaz. Pal.*, 1989, 1, jur., p. 292.

MARRAUD DES GROTTES G., obs. sur Cass. 3e civ., 11 mai 2005, *RLDC*, août-sept. 2005, p. 36 ; obs. sur Cass. com., 6 févr. 2007, *RLDC*, avr. 2007, p. 33 ; obs. sur Cass. 3e civ., 3 déc. 2008 (3 arrêts), *RLDC*, févr. 2008, p. 35.

MARTIN D., note ss. Cass. com., 22 nov. 1972, *Gaz. Pal.*, 1, p. 213.

MARTIN-SERF A., obs. sur Cass. com., 5 oct. 1993, *RTD. com.*, 1994, p. 122 ; obs. sur Cass. 1re civ., 17 oct. 1995, *RTD. com.*, 1997, p. 147.

MAYAUX L., note ss. Cass. 1re civ., 20 juill. 1994, *RGAT*, 1994, p. 1118 ; note ss. Cass. 1re civ., 4 juin 1996, *RGDA*, 1996, p. 578.

MAZEAUD D., obs. sur Cass. com., 21 juin 1994, *Defrénois*, 1994, p. 1468 ; obs. sur Cass. 1re civ., 27 juin 1995, *Defrénois*, 1995, p. 1416 ; obs. sur Cass. com.,

26 janv. 1999, *Defrénois*, 1999, art. 37008 ; obs. sur Cass. com., 15 févr. 2000, *Defrénois*, 2000, p. 1118 ; obs. sur Cass. ch. mixte, 22 avril 2005 (2 arrêts), *RDC*, 2005, p. 673 ; obs. sur Cass. 1re civ., 21 juin 2005, *RDC*, 2005, p. 1013 ; note ss. Cass. com., 30 mai 2006, *D.*, 2006, p. 2288 ; obs. sur Cass. 1re civ., 13 juin 2006, *RDC*, 2007, p. 256.

MÉGRET G., note ss. Cass. com., 18 juin 2013, *JCP G*, 2013, 260.

MEKKI M., obs. sur Cass. 2e civ., 12 sept. 2013, *Gaz Pal.*, 10 nov. 2013, p. 18.

MESTRE J., obs. sur CA Montpellier, 10 janv. 1985, *RTD. civ.*, 1985, p. 730 ; obs. sur Cass. 1re civ., 10 mai 1989, *RTD. civ.*, 1989, p. 738 ; obs. sur Cass. 1re civ., 15 mai 1990, *RTD. civ.*, 1990, p. 662 ; obs. sur Cass. 1re civ., 2 juin 1992, *RTD. civ.*, 1993, p. 130 ; obs. sur Cass. com., 19 janv. 1993, *RTD. civ.*, 1993, p. 581 ; obs. sur Cass. com., 21 juin 1994, *RTD. civ.*, 1995, p. 113 ; obs. sur Cass. 1re civ., 27 juin 1995, *RTD. civ.*, 1996, p. 385 ; obs. sur Cass. com., 5 déc. 1995, *RTD. civ.*, 1996, p. 898 ; obs. sur Cass. com., 22 oct. 1996, *RTD. civ.*, 1997, p. 653 ; obs. sur Cass. com., 17 juin 1997, *RTD. civ.*, 1998, p. 100 ; obs. sur CA Paris, 19 juin 1998, *RTD. civ.*, 1999, p. 100 ; obs. sur Cass. com., 23 juin 1998, *RTD. civ.*, 1999, p. 87 ; obs. sur Cons. const., 9 nov. 1999, *RTD. civ.*, 2000, p. 109.

MONEGER F., note ss. Cass. 1re civ., 26 nov. 1975, *JCP G*, 1976, II, 18500.

MONTANIER M., concl. sur Cass. com., 21 déc. 1987, *JCP G*, 1988, II, 21113.

MORVAN P., note ss. Cass. com., 24 avr. 1990, *D.*, 1991, p. 177.

MOULY C.,note ss. Cass. com., 29 juin 1982, *D.*, 1983, p. 360.

NOBLOT C., note ss. Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, *JCP G*, 2006, II, 10010.

NOGUÉRO D., note ss. Cass. 2e civ., 15 févr. 2007, *D.*, 2007, jur., p. 1635 ; note ss. Cass. 2e civ., 9 avr. 2009, *D.*, 2009, p. 2406.

PATARIN J., obs. sur Cass. 1re civ., 13 juin 1979, *RTD. civ.*, 1981, p. 659.

PAULIN A., obs. sur Ass. plén., 22 avr. 2011, *RLDC*, juin 2011, p. 11.

PELLET S., obs. sur Cass. com., 18 juin 2013, *LEDC*, 4 sept. 2013, p. 3.

PÉRINET-MARQUET H., obs. sur Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, *Defrénois*, 2008, p. 83 ; obs. sur Cass. 3e civ., 3 déc. 2008 (3 arrêts), *Defrénois*, 2010, p. 235.

PÉTEL P., note ss. Cass. com., 19 janv. 1993, *JCP E*, 1993, II, 411 ; obs. sur Cass. 1re civ., 10 janv. 1995, *JCP E*, 1995, I, 487.

PETIT B. et REINHARD Y., obs. sur Cass. com., 26 janv. 1999, *RTD. com.*, 1999, p. 443.

PICOD Y., note ss. Cass. com., 1er oct. 2002, *D.*, 2003, p. 1617 ; note ss. Cass. com., 8 oct. 2002, *JCP G*, 2003, II, 10017.

PIEDELIÈVRE S., note ss. Cass. 1re civ., 24 janv. 1995, *JCP E*, 1996, II, 807 ; note ss. Cass. 1re civ., 27 juin 1995, *D.*, 1995, p. 621 ; note ss. Cass. com., 15 oct. 1996, *D.*, 1997, p. 330 ; note ss. Cass. com., 4 févr. 1997, *D.*, 1997, p. 478 ; note ss. Cass. com., 17 juin 1997, *LPA*, 27 mai 1998, p. 33 ; note ss. Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *JCP E*, 2006, 1056 ; note ss. Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *JCP G*, 2006, II, 10141 ; note ss. Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP N*, 2007, p. 1226 ; note ss. Cass. 1re civ., 18 févr. 2009, *JCP E*, 2009, 1364 ; obs. sur Cass. com., 20 oct. 2009, *JCP G*, 2009, 482.

PLAISANT R., note ss. CA Rennes, 9 juill. 1974, *JCP G*, 1975, II, 17990.

POULLET Y., note ss. CA Mons, 19 déc. 2000, *RRD*, 01/2002, p. 83.

PRIETO C., note ss. Cass. com., 17 oct. 1995, *Bull. Joly Soc.*, 1996, p. 40, n° 4.

PRIGENT S., note ss. Cass. com., 13 déc. 2005, *LPA*, 24 juin 2006, p. 17 ; obs. sur

Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, *LPA*, 16 févr. 2007, p. 10.
PUTMAN E., note ss. Cass. 1re civ., 13 mars 2008, *JCP G*, 2008, II, 10081.
REINHARD Y., obs. sur Cass. com., 23 oct. 1990, *RTD. com.*, 1991, p. 403.
RÈMOND-GOUILLOUD M., note ss. Cass. com., 14 nov. 1980, *JCP G*, 1981, II, 19577.
RÉMY P., note ss. Cass. com., 29 juin 1982, *RTD. civ.*, 1983, p. 364 ; obs. sur Cass. 1re civ., 1er juin 1983, *RTD. civ.*, 1984, p. 330.
RIASSETTO I., obs. sur Cass. com., 18 juin 2013, *RLDC*, oct. 2013, p. 30.
RIVES-LANGE J.-L., obs. sur CA Montpellier, 10 janv. 1985, *D.*, 1985, IR, p. 340 ; obs. sur Cass. com., 21 déc. 1987, *Banque*, 1988, p. 361 ; obs. sur Cass. com., 17 juill. 1990, *Banque*, 1990, p. 1211.
RONTCHEVSKY N., obs. sur CA Douai, 2 déc. 1999, *Banque et Droit*, sept.-oct. 2000, p. 42 ; obs. sur Cass. com., 18 avr. 2000, *Banque et Droit*, 2000, n° 72, p. 53 ; obs. sur Cass. com., 26 févr. 2002, *Banque et Droit*, 2002, n° 83, p. 42 ; obs. sur Cass. com., 24 mars 2004, *Banque et Droit*, 2004, n° 96, p. 55 ; obs. sur Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, *Banque et Droit*, 2005, n° 100, p. 41 ; obs. sur. Cass. com., 13 déc. 2005, *Banque et Droit*, 2006, n° 106, p. 60 ; obs. sur Cass. com., 22 mai 2007, *Banque et Droit*, sept.-oct. 2007, p. 67 ; obs. sur Cass. com., 18 déc. 2007, *Banque et Droit*, mars-avr. 2008, p. 43 ; obs. sur CA Paris, 8 oct. 2009, *Banque et Droit*, janv.-févr. 2010, p. 50 ; obs. sur Cass. com., 18 juin 2013, *Banque et Droit*, juill.-août 2013, p. 40.
ROUQUET Y., obs. sur Cass. 3e civ., 8 mars 2006, *D.*, 2006, IR, p. 808.
SAINT-ALARY B., obs. sur Cass. com., 3 mai 2000, *Dr. et Patr.*, 2001, n° 94, p. 92.
SAINTE-ROSE J., avis sur Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *D.*, 2006, jur., p. 729.
SAVATIER R., note ss. Cass. 2eciv., 28 oct. 1954, *JCP G*, 1955, II, 8765.
SAVAUX É., note ss. Cass. com., 13 déc. 2005, *Defrénois*, 2006, p. 416 ; obs. sur Ass. plén., 14 avril 2006, *Defrénois*, 2006, p. 1212.
SÉJEAN M., obs. sur Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, *RLDC*, 2005/14, n° 584.
SEUBE J.-B., obs. sur Cass. com., 15 févr. 2000, *JCP E*, 2001, p. 320.
SIMLER P., note ss. Cass. 1re civ., 15 oct. 1991, *JCP G*, II, 21923 ; obs. sur CA Paris, 5 févr. 1992, *JCP G*, 1993, I, 3623, n° 14 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 oct. 1992, *JCP G*, 1993, I, 3680, n° 3 ; obs. sur Cass. com., 17 nov. 1992, *JCP G*, 1993, I, 3680 ; obs. sur Cass. com., 23 févr. 1993, *JCP G*, 1993, I, 3717, n° 4 ; obs. sur Cass. com., 5 oct. 1993, *JCP E*, 1994, I, 365, n° 9 ; obs. sur Cass. 1re civ., 10 janv. 1995, *JCP E*, 1995, I, 515, n° 2 ; obs. sur Cass. 1re civ., 24 janv. 1995, *JCP G*, 1995, I, 3851, n° 6 ; obs. sur Cass. 2e civ., 22 févr. 1995, *JCP G*, 1995, I, 3889 ; obs. sur Cass. 1re civ., 27 juin 1995, *JCP G*, 1995, I, 3889, n° 2 ; obs. sur Cass. com., 22 oct. 1996, *JCP G*, 1997, I, 4033, n° 12 ; obs. sur Cass. com., 20 oct. 1998, *JCP G*, 1999, I, 116, n° 3 ; obs. sur Cass. com., 26 janv. 1999, *JCP E*, 1999, p. 1584, n° 7 ; obs. sur Ass. plén., 4 juin 1999, *JCP G*, 2000, I, 209, n° 8 ; obs. sur Cass. com., 1er oct. 2002, *JCP G*, 2003, I, 124, n° 3 ; obs. sur Cass. com., 25 mars 2003, *JCP G*, 2003, I, 176, n° 4 ; obs. sur Cass. com., 6 mai 2003, *JCP G*, 2003, I, 176, n° 13 ; obs. sur Cass. com., 24 sept. 2003, *JCP G*, 2004, I, 141, n° 5 ; obs. sur Cass. 1re civ., 9 nov. 2004, *JCP G*, 2005, I, 135, n° 4 ; note ss. Cass. 1re civ., 25 janv. 2005 et Cass. com., 13 déc. 2005, *JCP G*, 2006, I, 10021 ; note ss. Cass. ch. mixte, 2 déc. 2005, *JCP N*, 2006, 1009 ; obs. sur Cass. 3e civ., 8 mars 2006, *JCP G*,

2006, I, 195, n° 3 ; obs. sur Cass. 1re civ., 20 juin 2006, *JCP G*, 2006, I, 195, n° 9 ; obs. sur Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, *JCP G*, 2006, I, 195, n° 10 ; obs. sur Cass. com., 22 mai 2007, *JCP G*, 2007, I, 212 ; note ss. Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP G*, 2007, II, 10138 ; obs. sur Cass. com., 18 déc. 2007, *JCP G*, 2008, I, 151, n° 13 ; obs. sur Cass. 1re civ., 13 mars 2008, *JCP G*, 2008, I, 152, n° 4 ; obs. sur Cass. 3e civ., 3 déc. 2008 (3 arrêts), *JCP N*, 2009, 1298, n° 5 ; obs. sur CA Grenoble, 12 févr. 2009, *JCP G*, 2009, 492, n° 1 ; obs. sur CA Montpellier, 28 avr. 2009, *JCP G*, 2009, 492, n° 1 ; obs. sur Cass. 1re civ., 4 juin 2009, *JCP G*, 2009, 492, n° 2 ; obs. sur Cass. com., 20 oct. 2009, *JCP G*, 2009, 492, n° 11 ; obs. sur Cass. com., 17 mai 2011, *JCP G*, 2011, 770, n° 7.

SIMLER P. et DELEBECQUE P., obs. sur TGI Arras, 15 nov. 1995, *JCP G*, 1997, I, 3991, n° 9.

SOULEAU H., note ss. Cass. 3e civ., 19 avr. 1972, *D.*, 1973, jur., p. 205.

STEINLE-FEUERBACH M.-F., note ss. Cass. crim., 8 févr. 2005, *JCP G*, 2005, II, 10049.

STOFFEL-MUNCK P., obs. sur Cass. 1re civ., 25 janv. 2005, *Dr. et Patr.*, 2005, n° 141, p. 104 ; obs. sur Cass. 3e civ., 22 juin 2005, *RDC*, 2005, 1025.

SYNVET H., note ss. Cass. com., 21 déc. 1987, *Rev. sociétés*, 1988, p. 398.

THÉRY P., obs. sur Cass. com., 1er oct. 2002, *Defrénois*, 2003, art. 37691, p. 410 ; obs. sur Cass. com., 8 oct. 2002, *Defrénois*, 2003, n° 22, p. 411 ; obs. sur Cass. 3e civ., 3 déc. 2008 (3 arrêts), *Defrénois*, 2009, p. 2083.

TOMASIN D., obs. sur Cass. 3e civ., 27 sept. 2006, *RDI*, 2007, p. 435 ; obs. sur Cass. 3e civ., 3 déc. 2008 (3 arrêts), *RDI*, 2009, p. 179.

TRÉBULLE F.-G., obs. sur Cass. com., 11 janv. 2005, *Dr. sociétés*, 2005, comm. 5.

VASSEUR M.,obs. sur Cass. com., 14 nov. 1980, *D.*, 1981, IR, p. 350 ; obs. sur Cass. 1re civ., 21 janv. 1981, *D.*, 1981, I.R., p. 503 ; obs. sur T. com. Paris, 27 oct. 1981, *D.*, 1982, IR, p. 189 ; obs. sur Cass. com., 7 févr. 1983, *D.*, 1984, IR, p. 84 ; obs. sur Cass. com., 23 oct. 1990, *D.*, 1992, somm., p. 34 ; obs. sur CA Paris, 5 févr. 1992, *D.*, 1993, somm., p. 107.

VINEY G., note ss. Cass. 2e civ., 19 févr. 1997, *JCP G*, 1997, II, 22848 ; obs. sur Cass. crim., 8 févr. 2005, *JCP G*, 2005, I, 149, n° 5 ; obs. sur Cass. 3e civ., 28 sept. 2005, *RDC*, 2006, p. 818 ; note ss. Ass. plén., 14 avril 2006, *RDC*, 2006, p. 1207.

VIRASSAMY G., note ss. Cass. 1re civ., 15 mai 1990, *D.*, 1991, p. 538 ; obs. sur Cass. 1re civ., 18 avr. 2000, *JCP E*, 2000, P. 2005.

INDEX ALPHABÉTIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

A

Acceptation à concurrence de l'actif net, 188
Accessoire (caractère)
- critère de classification, 401 s.
- doctrine contemporaine, 317
- droit romain, 303
- Pothier, 312
- remise en cause, 3, 573, 577 s.
- travaux préparatoires du Code civil, 316

Aléa, 424, 494 s.
Analogie, 192 s.
Assurance
V. Couverture de risque
V. Garantie professionnelle du risque de crédit
V. Garantie universelle des risques locatifs
- histoire, 318 s.
- pour compte, 657, 702
- rapprochement avec les sûretés personnelles, 267 s., 340, 643 s.

Autorisation des garanties dans la SA, 91 s., 472 s.

B

Baux d'habitation
V. Garantie universelle des risques locatifs
Belgique
V. Lettres d'intention, en droit belge
Bénéfice de subrogation, 546 s.
Bonne foi, 181, 195 s., 504 s., 542 s., 662

C

Capacité, 464 s.
Caractères du contrat de garantie
- aléatoire ou commutatif, 424
- civil ou commercial, 425
- consensuel ou formaliste, 524 s.
- exprès, 429
- gratuit ou onéreux423
- unilatéral ou synallagmatique, 422, 524, 548

Cas fortuit
V. Force majeure
Cause, 131, 157, 512 s.
Cautionnement
V. Accessoire (caractère)
- à première demande, 6
- crise, 2 s.
- dettes futures, 347 s.
- différences avec le porte-fort d'exécution en droit suisse, 295 s.
- différences avec le porte-fort dans la doctrine classique, 52
- différences avec le porte-fort d'exécution dans la jurisprudence, 203 s.
- d'un incapable, 53, 408
- histoire, 301 s.
- institutionnalisation, 171 s.
- obligation principale de faire ou de ne pas faire, 243 s.
- vision renouvelée, 407 s.

Clause pénale, 164 s.
Codébiteur solidaire non intéressé à la dette
V. Solidarité passive
COFACE, 683 s.
Compensation, 559 s.
Confusion, 122 s., 562 s.
Consentement, 429 s.

Constitut, 307 s.
Contrats indivisibles (ou interdépendants), 520, 665 s.
Couverture de risque
- critère de classification, 404 s.
- découverte, 346 s.
- effet non-obligationnel du contrat, 354 s.
- fondement du porte-fort, 264 s., 288, 382
- inexécution, 374
- obligation accessoire, 384 s.
- Pothier, 409
- prestation, 360 s.
- réglementation des sûretés, 410 s.
- responsabilité délictuelle, 390 s.

D

Déchéance
V. Terme
Délégation-sûreté, 639
Dol
- dans le contrat de garantie 442 s.
- dans le contrat principal, 576 s.
Droit commun des sûretés personnelles, 183 s.
Ducroire d'intermédiaire, 718 s.

E

Époux communs en biens, 180, 466 s.
Erreur, 432 s., 444
Exception d'inexécution, 583
Extinction pour défaut de déclaration
- garanties de bonne fin, 715 s.
- garanties par couverture, 595 s.
- garanties financières des professionnels, 697 s.

F

Faire le nécessaire, 81, 277
Force majeure
- couverture volontaire du risque, 492, 726
- effets sur la garantie, 125 s., 585 s.

G

Garant
- averti, 455, 458, 509
- intégré à l'opération principale, 450, 455
- professionnel, 366 s., 380 s., 414 s., 457 s., 502, 536 s.
- profane, 371 s., 411 s., 431 s., 493, 528 s.
Garantie (notion générale), 7
Garantievertrag, 299
Garanties autonomes
- distinction avec les garanties indemnitaires, 108, 167, 406
- en droit interne, 638
- traitement dans les procédures collectives, 186
Garanties comportementales
- disproportion, 506
- distinction avec les garanties par couverture, 406, 416
- distinction avec les obligations satisfactoires, 82, 352
- erreur sur la solvabilité du débiteur, 441
- extinction, 634 s.
- faute du garant, 115 s.
- forme de la réparation, 142 s.
- garanties faussement comportementales, 87
- lien de causalité, 117 s., 133
- moyens de défense du garant, 132 s., 599 s.
- objet, 484 s.
- originalité, 237 s.
Garanties de bonne fin, 723 s.
Garantie des vices cachés, 384 s.
Garanties financières des professionnels, 693 s.
Garanties par couverture
V. Couverture de risque

V. Garanties comportementales, distinction avec les garanties par couverture
- disproportion, 507
- erreur sur la solvabilité du débiteur, 440
- extinction, 622 s.
- moyens de défense du garant, 535 s.
- notion, 407 s.
- objet, 487 s.

Garantie professionnelle du risque de crédit
- import/export, 681 s.
- marché interne, 672 s.
- modalités de souscription, 649 s.

Garanties satisfactoires
- faute du garant, 114
- forme de la réparation, 136 s.
- lien de causalité, 117
- moyens de défense du garant, 121 s.
- originalité, 239 s.

Garantie universelle des risques locatifs, 737 s.

I

Information provoquée, 460 s., 660

Innommé (contrat), 169, 233, 307

L

Lettres d'intention
- classifications, 79 s.
- consécration au sein du Code civil, 88 s.
- en droit belge, 272 s.
- engagement d'honneur, 68 s., 274 s.
- indemnitaires, 75 s.
- objectifs du souscripteur, 65 s.

Liberté contractuelle
- aménagement des conséquences de l'inexécution, 150 s.
- liberté dans la création de contrats innommés, 169
- fondement des garanties indemnitaires, 104

Luxembourg
V. Porte-fort, en droit luxembourgeois

M

Mentions manuscrites
- article 1326 C. civ., 179, 227, 524 s.
- protection spéciales au cautionnement, 179
- rôle explicatif, 530 s.
- rôle modérateur, 534 s.
- rôle protecteur du bénéficiaire, 536 s.

N

Novation, 122 s., 564 s.

Nullité du contrat principal
- couverture volontaire du risque, 492
- effets sur la garantie, 122 s., 575 s.

Nullité de la garantie, 539

O

Obligations de moyens ou de résultat
- critiques de la distinction, 86, 254 s.
- lettres d'intention, 80 s., 84 s.
- porte-fort d'exécution, 99, 212

Obligations d'information
- banquier dispensateur de crédit, 449 s.
- en droit positif du cautionnement, 182
- rationalisation, 543

P

Perte de chance, 118, 149, 456
Porte-fort
V. Cautionnement, différences avec le porte-fort d'exécution
V. Cautionnement d'un incapable
V. Promesse de bons offices
- analyse unitaire, 382 s.
- en droit suisse, 283 s.
- en droit luxembourgeois, 280 s.
- porte-fort d'exécution, 19 s., 199 s., 235 s.
- porte-fort de ratification, 19, 36, 39, 218 s., 282, 283
- usages divers, 383

Pouvoir
V. Autorisation des garanties dansla SA
V. Époux communs en biens
Prescription, 122 s., 561
Principe indemnitaire, 500
Procédures collectives, 185 s., 190, 587 s., 602
V. Extinction pour défaut de déclaration
Promesse de bons offices, 100 s.
Proportionnalité
- du crédit aux capacités de l'emprunteur, 452 s.
- de la sûreté au patrimoine du garant, 181, 501 s.

Prorogation
V. Terme

Q

Questionnaire
V. Information provoquée

R

Réassurance, 680
Recours du garant, 294, 603 s.
Remise de dette volontaire
- remise volontaire de dette, 122 s., 566 s.
- remise des poursuites, 573 s.

Résolution du contrat principal, 122 s., 584
Responsabilité contractuelle
- aménagement des conséquences de l'inexécution, 150 s.
- en droit comparé, 268
- fonctionnement des garanties indemnitaires, 109 s.
- mouvement de remise en cause, 248 s.

Responsabilité délictuelle
- accidents de la circulation, 398
- commettants, 396
- fait des choses, 397
- fondements, 391 s.
- parents, 395

Reste à vivre du garant personne physique, 553
Risque
V. Couverture de risque

S

Solidarité passive, 640
Stipulation pour autrui, 655 s., 701 s., 715 s.
Substitution de débiteur, 224
Suisse
V. Porte-fort, en droit suisse

T

Terme
- couverture assortie d'un terme, 624 s.
- déchéance du terme du contrat principal, 570
- prorogation du terme du contrat principal, 568 s.

TABLE DES MATIÈRES

Préface 7
Remerciements 9
Principales abréviations 11
Sommaire 15
Introduction générale 17

PREMIÈRE PARTIE
CONCEPT DE GARANTIE INDEMNITAIRE

Titre I - Les limites de l'analyse fondée sur la responsabilité contractuelle 37
Chapitre I - L'originalité revendiquée : l'obligation de faire ou de ne pas faire du garant 39
Section 1 - Spécificité de l'engagement 39
Sous-section 1 - Le porte-fort d'exécution, archétype des garanties indemnitaires 40
I. La conception défectueuse de l'article 1120 du Code civil 42
A. Le droit romain : la polyvalence 43
B. Les travaux de Domat et Pothier : l'ambigüité naissante 45
1. L'approche univoque de Domat 46
2. L'approche ambivalente de Pothier 46
C. Les travaux préparatoires du Code civil : l'ambigüité complète 48
II. L'interprétation délicate de l'article 1120 du Code civil 49
A. La doctrine opposée à la fonction de garantie 51
1. Rejet de la généralité du mécanisme du porte-fort 52
2. Distinction ferme d'avec le cautionnement 53
B. La doctrine favorable à la fonction de garantie 56
1. Le porte-fort comme mode de cautionnement 56
2. Le porte-fort comme alternative au cautionnement 58
Sous-section 2- Les lettres d'intention, révélatrices de la variété des garanties indemnitaires 62
I. Paradoxe du mécanisme des lettres d'intention 63
A. De l'art de ne pas s'engager... 63
1. Les objectifs 63
2. Les moyens 64
B. ... en s'engageant malgré tout 66
1. Engagements non indemnitaires 66
2. Engagements indemnitaires 68
a. Principe 68
b. Classifications 69
α. Obligations de moyens et obligations de résultat 69

β. Obligations comportementales et obligations satisfactoires . 71
γ. Difficultés persistantes 72
II. Paradoxe de la consécration des lettres d'intention 74
A. Un texte inadapté aux lettres d'intention 74
1. Une consécration fatale ? 74
2. Une disparition opportune 77
B. Un texte adapté aux garanties indemnitaires ? 79
1. L'article 1120 du Code civil, fondement inadapté 79
a. Un fondement étroit 79
b. Un fondement inutile 82
2. L'article 2322 du Code civil, fondement possible 83
Section 2 - Spécificité de la mise en œuvre 85
I. Une modération de principe 87
A. Conditions de l'indemnisation 87
1. L'échec du promettant 87
a. Une faute 87
b. Un lien de causalité 88
2. L'absence de moyens de défense du promettant 90
a. Garanties indemnitaires satisfactoires 90
α. Nullité ou caducité de la promesse 90
β. Cas fortuit 93
γ. Fait du créancier 95
b. Garanties indemnitaires comportementales 96
B. Effets de l'indemnisation 97
1. Forme de l'indemnisation 97
a. Garanties indemnitaires satisfactoires 97
α. Le principe : la réparation par équivalent 97
β. L'exception : la réparation en nature 98
b. Garanties indemnitaires comportementales 100
α. Le principe : l'exécution en nature 100
β. L'exception : la réparation par équivalent 101
2. Montant de l'indemnisation 101
II. Une importante liberté contractuelle 104
A. Clauses allégeant la responsabilité du garant 105
1. Principe de l'indemnisation 105
2. Montant de l'indemnisation 105
B. Clauses augmentant la responsabilité du garant 107
1. Principe de l'indemnisation 108
2. Montant de l'indemnisation 108
Conclusion du chapitre I 109
Chapitre II - L'originalité contestée : l'assimilation au cautionnement 111
Section 1 - Critiques fondées sur le caractère institutionnalisé du contrat nommé 114
I. Une crainte exagérée : le contournement du statut protecteur de la caution 115
A. La méthode obsolète : la protection des seules cautions 116
1. Formation du contrat 116
2. Exécution du contrat 119

B. La méthode d'avenir : le droit commun des sûretés personnelles.....120
1. Le droit commun de lege lata.....120
a. Les prémices du droit commun : les dispositions énumératives 121
b. Le droit commun véritable : les dispositions générales 123
2. Le droit commun de lege ferenda 123
a. Les dangers du recours à l'analogie.....124
b. Le soutien des fondements communs 126
II. Une solution inadéquate : l'application forcée du régime du cautionnement 128
A. La jurisprudence et le porte-fort d'exécution avant 2005 : la prudence.....129
1. L'hostilité prétendue 130
2. La bienveillance timide.....131
B. La jurisprudence et le porte-fort d'exécution depuis 2005 : la confusion.....134
1. La Première chambre civile de la Cour de cassation 135
a. L'arrêt du 25 janvier 2005.....135
b. L'arrêt du 15 mai 2008.....137
2. La Chambre commerciale de la Cour de cassation 138
a. L'arrêt du 13 décembre 2005 138
b. La confirmation : l'arrêt du 18 décembre 2007 143
c. Le revirement : l'arrêt du 18 juin 2013 144
Section 2 - Critiques fondées sur l'absence d'originalité du contrat innommé..145
I. L'objet des critiques : le porte-fort d'exécution d'une obligation monétaire 146
A. L'originalité par rapport au cautionnement, fonction de l'obligation du garant 146
1. L'originalité admise : les garanties comportementales.....146
2. L'originalité contestée : les obligations satisfactoires 148
B. L'originalité par rapport au cautionnement, fonction de l'obligation garantie 150
1. L'originalité admise : la garantie des obligations de faire et de ne pas faire 150
2. L'originalité contestée : la garantie des obligations monétaires.....151
II. Le fondement des critiques : la remise en cause de la responsabilité contractuelle 153
A. Critiques de la définition du manquement contractuel 155
1. Le débat.....155
2. Les enseignements 156
B. Critiques des remèdes au manquement contractuel 157
1. Le débat.....158
2. Les enseignements 160
Conclusion du chapitre II.....162
Conclusion du titre I 163

Titre II - Les apports de l'analyse fondée sur la couverture de risque 165
Chapitre I - L'idée d'un rapprochement entre assurance et sûretés personnelles 167
Section 1 - Un rapprochement suggéré par le Droit comparé 167
I. Les garanties indemnitaires indirectes 168
A. Les lettres d'intention : l'exemple de la Belgique 169
1. Lettres non-juridiques 169
2. Lettres juridiques 171
B. Le porte-fort d'exécution : l'exemple du Luxembourg 175
II. Les garanties indemnitaires directes 176
A. Fonctionnement du porte-fort suisse 177
1. Nature juridique : un « contrat de garantie » 177
2. Régime juridique : une large autonomie 180
a. Formation du contrat 180
b. Exécution du contrat 181
B. Champ d'application du porte-fort suisse 183
1. Théorie de la concurrence du cautionnement avec le porte-fort 183
2. Théorie de l'inclusion du cautionnement dans le porte-fort 185
Section 2 - Un rapprochement suggéré par l'Histoire 187
I. Une brève histoire du cautionnement 188
A. Le cautionnement accessoire en droit romain : une simple technique 188
1. Une construction progressive 188
2. L'existence d'une alternative 190
B. Le cautionnement accessoire du Code civil : un véritable « dogme » 192
1. La systématisation 192
2. La cristallisation 195
II . Une brève histoire des assurances 197
A. L'assurance dans le monde 197
1. L'invention 198
2. Le développement 201
B. L'assurance dans le Code civil français 203
1. Le retard français 203
2. Les lacunes du Code 205
Conclusion du chapitre I 207
Chapitre II - La mise en œuvre du rapprochement entre assurances et sûretés personnelles 209
Section 1 - Définition de l'obligation de couverture 209
I. La découverte de l'obligation de couverture 209
A. La position traditionnelle : le rapprochement entre assurances et sûretés personnelles refusé 210
1. La doctrine 210
2. L'arbitrage Renaudin 212
B. La position de Christian Mouly : l'obligation de couverture comme point commun 214
1. Les réponses apportées au sujet des cautionnements de dettes futures 214
2. Les questions soulevées au sujet du debitum de toute caution 215
II. Le contenu de l'obligation de couverture 216

A. La couverture vue comme un effet contractuel 216
1. Théorie de l'effet non-obligationnel du contrat 217
2. Application à la couverture 219
B. La couverture vue comme une prestation 220
1. La couverture, prestation immatérielle 220
2. La couverture, prestation variable 223
a. La couverture professionnelle 223
b. La couverture ponctuelle 226
Section 2 - Recours à l'obligation de couverture comme instrument d'analyse 229
I. Analyse du droit privé en général 229
A. En matière contractuelle 230
1. Les obligations de couverture principales 230
a. Obligations assumées par un garant professionnel 230
b. Obligations assumées par un garant ponctuel 230
2. Les obligations de garantie accessoires 233
B. En matière délictuelle 238
1. L'évolution des fondements 238
2. L'évolution des régimes 239
II. Analyse du droit des sûretés personnelles en particulier 243
A. Couverture et classification des sûretés personnelles 243
1. Le critère classique de classification : l'accessoire 244
2. Un nouveau critère de classification : l'obligation de couverture 246
B. Couverture et réglementation des sûretés personnelles 249
1. La garantie ponctuelle : le primat de la protection 250
2. La garantie professionnelle : le primat de la liberté 251
Conclusion du chapitre II 252
Conclusion du titre II 253
Conclusion de la première partie 255

SECONDE PARTIE
PRATIQUE DES GARANTIES INDEMNITAIRES

Titre I - Régime juridique 261
Chapitre I - Formation 267
Section 1 - Conditions de fond 267
I. Consentement 267
A. Garants profanes 268
1. Erreur 268
a. L'erreur-obstacle 269
b. L'erreur sur une qualité substantielle 270
2. Dol 273
a. Dol du débiteur principal 273
b. Dol du bénéficiaire 274
α. Un devoir de mise en garde contre la situation compromise du débiteur 276
β. Un devoir de mise en garde contre un crédit excédant les facultés du débiteur 277
B. Garants professionnels 283

1. De lege lata : le statut de garant averti 283
2. De lege ferenda : le système de l'information provoquée 283
II. Capacité et pouvoir 285
A. Pouvoir et régimes matrimoniaux 286
B. Pouvoir et droit des sociétés 289
III. Objet 295
A. Exigence de droit commun : un objet déterminé ou déterminable 296
1. Garanties comportementales 296
2. Garanties par couverture 298
a. Le risque 298
α. Les catégories de risque 298
β. Le caractère aléatoire du risque 300
γ. La limitation du risque 303
b. La prestation 304
B . Exigence de droit spécial : une garantie proportionnée 306
1. Le contrôle d'origine jurisprudentielle 307
2. Le contrôle d'origine légale 310
IV. Cause 312
A. Théories unitaires 313
B. Théorie dualiste 314
Section 2 - Conditions de forme 318
I. La protection des garants profanes 320
A. Le rôle explicatif de la mention 320
B. Le rôle modérateur de la mention 323
II. La protection du bénéficiaire de garanties professionnelles 324
Section 3 - Sanctions 325
Conclusion du chapitre I 326
Chapitre II - Exécution 329
Section 1 - Relations entre garant et bénéficiaire 329
I. Devoirs du bénéficiaire 329
A. Informer le garant 329
B. Préserver les intérêts du garant 331
1. Un devoir de conservation des recours du garant 331
2. Un devoir de modération dans la poursuite des garants personnes physiques 337
II. Devoirs du garant 337
A. Garanties par couverture : indemniser les sinistres 337
1. Débiteur principal in bonis 338
a. Paiement par le débiteur principal 338
b. Compensation 338
c. Prescription 340
d. Confusion 340
e. Novation 341
f. Remise de dette volontaire 341
g. Prorogation volontaire du terme 342
h. Déchéance du terme 343
i. Remise des poursuites sans remise de dette 344
j. Nullité du contrat principal 345

k. Défaillances du bénéficiaire de la garantie 350
l. Cas de force majeure 351
2. Débiteur principal faisant l'objet d'une procédure collective 352
a. Difficultés tenant à la poursuite d'objectifs propres à la matière 352
b. Difficultés tenant à la structure de la garantie 353
B. Garanties comportementales : adopter l'attitude convenue 358
Section 2 - Relations entre garant et débiteur 360
I. Droits du garant : les recours contre le débiteur principal 362
A. Fondements du recours 362
1. Recours subrogatoire 363
2. Recours personnel 364
B. Effets du recours 365
II. Devoirs du garant 369
Conclusion du chapitre II 371
Chapitre III - Extinction 373
Section 1 - Garanties par couverture 373
I. Extinction de l'obligation de couverture 373
A. Survenance du terme 373
B. Résiliation d'une garantie à durée indéterminée 374
C. Atteinte au caractère intuitu personae de la couverture 375
D. Disparition du risque 377
II. Extinction de l'obligation de règlement 378
Section 2 - Garanties comportementales 379
Conclusion du chapitre III 380
Conclusion du titre I 380

Titre II - Applications 383
Chapitre I - Mécanisme à vocation générale : la garantie professionnelle du risque de crédit 389
Section 1 - Modalités de souscription 392
I. Par le bénéficiaire 392
II. Par le débiteur principal 394
A. Forme ramassée 394
1. Qualification 394
2. Conséquences 396
B. Forme éclatée 399
1. Qualification 399
2. Conséquences 401
Section 2 - Modalités de garantie 404
I. Garantie interne 404
A. Sélection des risques 404
B. Définition des prestations 406
C. Redistribution des risques 408
II. Garantie du commerce international 408
A. Présentation 409
B. Qualification 411
Conclusion du chapitre I 412

Chapitre II - Mécanismes à vocation particulière 415
Section 1 - Les garanties financières des professionnels 415
I. Analyses proposées 416
A. Par la jurisprudence 416
B. Par la doctrine 419
II. Analyse retenue 421
Section 2 - Les garanties de bonne fin en matière immobilière 422
I. Présentation 423
A. La garantie d'achèvement 423
B. La garantie de livraison des maisons individuelles 424
II. Analyse 425
Section 3 - Le ducroire d'intermédiaire 428
I. Présentation 428
II. Analyse 430
Section 4 - Les nouvelles garanties des baux d'habitation 432
I. Garanties sans financement extérieur 433
II. Garanties bénéficiant d'un financement extérieur 435
A. Le Loca-pass 435
B. La Garantie universelle des risques locatifs (GRL) 438
Conclusion du chapitre II 442
Conclusion du titre II 443
Conclusion de la seconde partie 445
Conclusion générale 447
Bibliographie 453
Index alphabétique 477
Table des matières 481

Composition et mise en page :

PRESSES UNIVERSITAIRES D'AIX-MARSEILLE
Danielle CURIE

Conception de la couverture :

Cédric HAMEL

Impression :
SERVICE IMPRIMERIE
UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE

DÉPÔT LÉGAL – 1er Trimestre 2014