

PARTIE 1 – LES SÛRETÉS PERSONNELLES

Les suretés personnelles consistent en l'adjonction à l'obligation principale d'un débiteur d'un engagement pris par un garant et permettant au créancier d'agir contre ce dernier.

Elles se caractérisent par deux critères cumulatifs :

- Le garant ne fait que garantir le paiement de la dette d'autrui donc il n'a pas vocation à assumer définitivement le poids de cette dette. Cela a pour conséquence qu'il ait un recours contre le débiteur garanti pour la totalité de ce qu'il a payé. Ce critère permet d'éliminer des techniques contractuelles qui, certes, constituent des garanties de paiement, mais qui pour autant ne sont pas de véritables suretés personnelles. Par exemple, c'est le cas de l'obligation solidaire. Lorsqu'un créancier a deux co-débiteurs solidaires au lieu d'avoir un co-débiteur conjoint, c'est une garantie de paiement mais ça n'est pas une sureté personnelle car le co-débiteur qui paiera la totalité de la dette paiera une dette qui est en partie la sienne et donc il n'aura un recours que pour une partie de ce qu'il a payé. Autre exemple : l'action directe en paiement. Lorsqu'un créancier se voit reconnaître par la loi une action directe en paiement contre quelqu'un qui est le débiteur de son débiteur, l'action directe en paiement va permettre au 1^{er} créancier d'obtenir directement paiement de la part du débiteur de son débiteur. Là encore c'est une garantie, pourtant, on n'est pas en présence d'une SP. Puisque ce débiteur en second ne paiera que sa propre dette et n'aura pas de recours contre le débiteur intermédiaire.
- Dans une sureté personnelle, le garant prend un engagement personnel et un engagement qui vient s'ajouter à la dette du débiteur garant. Mais cet engagement personnel peut être de deux natures différentes :
 - o Le garant peut s'engager à payer exactement ce que doit le débiteur garanti. L'engagement du garant est déterminé par référence à ce que doit le débiteur garanti. L'engagement pris par le garant est accessoire par rapport à la dette garantie, et on a donc un cautionnement.
 - o Le garant peut également s'engager à fournir une prestation qui est déterminée de manière autonome sans qu'elle soit nécessairement identique à la dette garantie. Dans ce cas, on est en présence d'une garantie qui n'est pas accessoire. C'est une SP non accessoire.

TITRE 1 : Le cautionnement (SP accessoire)

Le cautionnement a été peu modifié par l'ordonnance du 23 mars 2006. De ce fait, le contenu des règles relatives au cautionnement situé dans le Cciv, n'a pas été modifié. La seule chose ayant changé, est que ces règles ont été rassemblées avec les articles relatifs aux SR au sein d'un nouveau livre IV du Cciv. Les anciens articles 2011 à 2043 sont devenus les nouveaux articles 2288 à 2320 du Cciv. Mais le contenu demeure identique.

Le cautionnement est aid défini par **l'article 2288 du Cciv** : « 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 ».

Autrement dit, le cautionnement est un contrat unilatéral, par lequel la caution s'engage envers un créancier à exécuter l'obligation de son débiteur au cas où ce dernier serait défaillant.

Ce cautionnement a évolué et s'est développé. Pendant très longtemps, c'est à dire du droit romain jusqu'à la 1ère moitié du XV ème siècle, le cautionnement était un service d'amis, ou de proches parents (contrat de bienfaisance) et son utilisation était limitée. A cette époque les créanciers lui préféraient souvent une SR. Il va en être de même pendant une grande partie du XX ème siècle car on disait que « l'hypothèque est la reine des suretés ».

Au cours de la 2nd moitié du XX ème siècle on va voir le cautionnement se développer énormément notamment aux dépens des SR. Pourquoi ?

- La modification du patrimoine des débiteurs + développement du crédit : de plus en plus de personnes empruntent. Mais elles ne possèdent pas forcément un bien sur lequel il possible de constituer une SR. Cela a pour conséquence que le crédit ne peut être garanti que par un cautionnement.
- La constitution du cautionnement est très simple : c'est une constitution très peu onéreuse, ça ne coute rien alors qu'à l'inverse constituer une SR entraine des formalités à respecter avec un cout important.
- Avec le développement du droit des entreprises en difficulté, l'efficacité des SR a fortement diminué. Le créancier va alors chercher ailleurs cette sécurité notamment dans le cautionnement.

Le cautionnement va se développer à tel point que fin du XX ème siècle le cautionnement est devenu la nouvelle règle des suretés selon un auteur.

Mais on constate qu'il s'est diversifié en même temps.

On voit apparaître le cautionnement professionnel, celui qui est donné par un établissement de crédit à l'un de ses clients afin de lui permettre d'obtenir un crédit de la part d'un autre établissement de crédit.

Le cautionnement professionnel est donné en contrepartie d'une rémunération versée par la caution, un pourcentage du montant de la somme garantie.

Est apparue une catégorie intermédiaire : le cautionnement intéressé mais non rémunéré. Exemple typique : le cautionnement donné par un dirigeant social qui va ainsi garantir le remboursement d'un crédit accordé à la société qu'il dirige. C'est un cautionnement intéressé car motivé par l'activité professionnelle de la caution, mais en même temps ce cautionnement n'est pas donné en contrepartie d'une rémunération. Ce cautionnement intéressé mais non rémunéré est sans doute celui qui suscite le plus de contentieux et de difficultés. Cette caution, en effet, ne s'apparente pas à un consommateur ce n'est pas le service d'ami, et ce n'est pas non plus une caution professionnelle accordée par un établissement de crédit. Elle est entre les deux, et de ce fait le législateur a du mal à régler son sort, d'où le contentieux des difficultés d'interprétation.

Ces cautionnements obéissent tous à un régime commun.

Chapitre 1 : Les caractéristiques essentielles du cautionnement

Le propre de la caution est qu'elle s'engage à payer la dette d'autrui. Ceci a deux conséquences :

- La nature de son engagement : la caution garantie le paiement de la dette de débiteur principal et de ce fait le contenu de son engagement va dépendre du contenu de l'engagement du débiteur principal. L'un est sous la dépendance de l'autre. Et donc l'engagement de la caution est l'accessoire de l'engagement du débiteur principal.
- Il s'agit de garantir le paiement d'une dette qui n'est pas la sienne, mais la caution pourra exercer ensuite des recours contre le débiteur principal car c'est temporaire.

SECTION 1 : La nature de l'engagement de la caution

Obtenir un cautionnement c'est un avantage pour un créancier. Cela donne au créancier un débiteur supplémentaire. Cet avantage est cependant limité par le caractère accessoire du cautionnement. De plus il existe une distinction entre cautionnement simple et cautionnement solidaire. Enfin, cet avantage peut être plus ou moins important selon que l'engagement de la caution est ou non lui-même garanti par une autre sûreté.

Sous-section 1 : Le caractère accessoire du cautionnement

Ce caractère accessoire procède de la définition même du cautionnement. Article 2288 Cciv. L'engagement de la caution par cette définition ressort forcément calquée sur la dette du débiteur (« que dans la mesure où le débiteur principal ne peut payer »). C'est inhérent aux capacités du débiteur, c'est un mécanisme dépendant de l'engagement du débiteur principal. Ce caractère accessoire est de l'essence même du cautionnement.

En application de ce principe, la caution devrait normalement pouvoir opposer au créancier toutes les exceptions que le débiteur principal peut opposer à ce créancier au moment du paiement. Logiquement, la caution doit pouvoir se prévaloir des événements affectant l'engagement du débiteur principal (remise de dette par exemple, si elle est accordée au débiteur alors la caution doit pouvoir en profiter ?). Seulement, aux vues de la jurisprudence, et des dispositions concernant le cautionnement on s'aperçoit que c'est loin d'être aussi simple. Le cautionnement ne profite pas toujours des évolutions affectant la dette du débiteur principal. Parfois la caution peut s'en prévaloir mais pas toujours.

Le législateur n'a jamais fait preuve d'une vision très cohérente en la matière. La jurisprudence donne des solutions au coup par coup...

On peut tenter de trouver une explication au caractère accessoire mais c'est très difficile. Il n'y a pas d'explication parfaite, ici ce sera la vision du prof.

Explications du prof :

Plusieurs facteurs doivent être pris en compte. Tout d'abord la subordination de principe de l'engagement de la caution (§1). Ensuite, il faut tenir compte de la finalité de la caution (§2). Puis, il faut tenir compte de la nécessité de préserver des recours ultérieurs de la caution (§3). On verra également qu'il faut tenir compte du jeu éventuel de la liberté contractuelle (§4). Enfin, il faut tenir compte de la prééminence dans certains cas de la volonté du législateur (§5).

§1) Le principe : la subordination de l'engagement de la caution

Ce principe est affirmé par 3 articles du Cciv ; dont deux d'entre eux ont trait à l'existence de la dette du débiteur principal (A) et le 3^{ème} a trait au régime de la dette du débiteur de la dette principale (B).

A) L'existence de la dette

Les deux articles du Cciv qui concerne la dette :

Article 2289 alinéa 1 « *Le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.* »

Article 2313 alinéa 1 « *la caution peut opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette* ».

En application de ces deux textes la caution va opposer aussi bien le défaut de validité de l'engagement du débiteur principal (a) qu'une éventuelle extinction de l'engagement (b).

a) Le défaut de validité de l'engagement du débiteur principal

Le principe ici est simple : le cautionnement n'a pas d'objet si l'obligation du débiteur principal n'existe pas. Donc la caution peut opposer au créancier aussi bien la nullité, la résolution ou la résiliation de l'engagement. En la matière la jurisprudence va même jusqu'à admettre que la caution peut opposer cette nullité alors même que le débiteur principal ne les aurait pas encore invoquées.

Pour autant, il serait excessif d'affirmer ici que la caution peut opposer au créancier absolument toutes les exceptions que pourrait lui opposer le débiteur principal.

Il faut nuancer : l'article 2313 du Cciv opère une distinction dans ses alinéas 1 et 2 entre d'une part, les exceptions inhérentes à la dette et d'autre part, les exceptions purement personnelles au débiteur principal que la caution ne peut pas proposer au créancier.

Les rédacteurs du code civil, quand ils ont écrit cet article, ont eu en vue une situation bien précise s'agissant des exceptions purement personnelles au débiteur principal. Ce qu'ils envisageaient ici c'était le cas d'une caution qui s'engage en connaissance de cause à garantir la dette d'un incapable (art 2289 al 2 CCiv).

Les rédacteurs du code civil voulaient permettre à un mineur ou bien à un incapable majeur de trouver du crédit dès lors que son engagement était cautionné par un engagement pris le plus souvent par un membre de sa famille. Pour cela il fallait faire en sorte que le créancier puisse être certain qu'il obtiendrait bien un paiement et que donc – si l'incapable ne le remboursait pas – il pourrait agir contre la caution sans que celle-ci puisse lui opposer le fait que le débiteur principal était un incapable.

La notion d'exception personnelle a ici un sens bien précis et ça n'a jamais visé que le seul cas de l'incapacité.

Le problème est que dans un arrêt rendu en chambre mixte par la CC du 8 juin 2007, la CC n'a pas respecté cette interprétation historique de la notion d'obligation purement personnelle au débiteur principal. Dans cet arrêt elle y a affirmé sur le fondement de 2313 que la caution ne peut pas invoquer la nullité pour dol de l'engagement du débiteur principal au motif que cette nullité pour dol serait une exception purement personnelle au débiteur principal.

La CC, dans cet arrêt, a effectué un revirement de JP (injustifié selon le prof). La lecture du code civil va exactement dans le sens inverse de cette lecture de la chambre mixte à propos d'une autre exception dont on peut se dire qu'elle est l'une des plus personnelles qu'il soit ; l'exception de compensation. Est-ce que la caution peut opposer au créancier une exception de compensation dont le débiteur principal pourrait se prévaloir ? Si l'on considère que la nullité pour dol serait une exception purement personnelle au débiteur principal que la caution ne pourrait pas invoquer, alors a fortiori il devrait en être de même pour l'exception de compensation qui est certainement encore plus personnelle. Or, l'article 1294 al 1 CCiv prévoit expressément l'inverse en affirmant que la caution peut invoquer l'exception de compensation. Cela montre que la solution retenue par la CC est totalement contraire à l'esprit du code civil.

En outre, on peut remarquer que cet arrêt présente l'inconvénient de faire peser sur la caution les conséquences de la nullité du contrat principal.

Le respect du caractère accessoire de l'engagement de la caution voudrait normalement que la caution puisse invoquer toutes les exceptions qui affectent la validité de l'engagement du débiteur principal, sauf UNIQUEMENT la seule incapacité.

Pour autant, même si on admet ce principe, cela n'implique pas nécessairement que la caution soit toujours libérée de son engagement vis-à-vis du créancier. Cela pour deux raisons :

- Il est possible que l'engagement du débiteur principal fasse seulement l'objet d'une nullité relative. Or dans ce cas il est toujours possible que le débiteur principal confirme son engagement à l'égard du créancier, et s'il le fait la JP nous dit que cette confirmation est opposable à la caution.
- Dans le cas particulier où la caution garantit le remboursement d'un prêt, si ce prêt est annulé cela n'implique pas pour autant que le débiteur principal est libéré de toute obligation. L'emprunteur doit tout de suite restituer la somme d'argent qui lui a été prêtée. Or, la JP décide dans cette hypothèse depuis un arrêt du 17 nov 1982 (com) que l'obligation de restituer inhérente au contrat de prêt demeure valable et dès lors le cautionnement subsiste tant que cette obligation n'est pas établie.

b) L'extinction de l'engagement du débiteur principal

L'engagement de la caution étant l'accessoire de celui du débiteur principal, si l'engagement du débiteur principal est éteint, l'engagement de la caution va également être éteint. Cela implique que la caution en principe puisse invoquer tous les modes d'extinction de la dette du débiteur principal pour refuser de payer le créancier. Il pourra invoquer notamment le fait que la dette garantie a été payée, la prescription extinctive, la compensation.

Cette invocation peut être effectuée par la caution aussi bien avant de s'exécuter qu'après avoir exécuté son engagement. Un arrêt rendu par la 1^{ère} civ de la CC le 28 octobre 1981 a ainsi admis qu'une caution qui avait payé le créancier puisse invoquer ultérieurement le fait que le créancier avait renoncé à sa créance à l'encontre du débiteur principal. *Rq : si la caution a été condamnée en justice à payer le créancier, et qu'il n'a pas été invoqué lors de l'instance l'extinction de la dette, ça ne marche pas.*

Cette invocation peut être faite aussi bien lorsque l'extinction est totale que lorsqu'elle est partielle, article 1287 al 1 CCiv énonce que la remise ou la décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère les cautions. Ça ne s'applique qu'aux seules remises de dette accordées volontairement.

Pour pouvoir invoquer cette extinction, encore faut-il que la substance même de la dette du débiteur principal ait bien été atteinte. Or, ici, il faut nuancer le propos ; la JP effectue une distinction parfois en s'inspirant du droit européen et en considérant que la créance comporte 2 aspects distincts :

- d'un côté le debitum, cad la substance même de la dette
- de l'autre côté l'obligatio, cad le droit de poursuivre le débiteur

La CC considère dans certains arrêts que si l'engagement de la caution est bien l'accessoire du débiteur, en revanche le droit de poursuivre la caution et le droit de poursuivre le débiteur principal sont indépendants l'un de l'autre. Cela a pour conséquence que des événements qui n'affectent que l'obligatio du débiteur principal ne peuvent pas être invoqués par la caution.

Ex : 1^{ère} civ, 8 oct 1996, à propos de l'application de l'art L311-37 CConso (en matière de crédit à la consommation l'action contre le débiteur défaillant doit être exercée dans un délai de 2 ans à compter du 1^{er} accident de paiement non régularisé sous peine de forclusion). Si la prescription extinctive entraîne l'extinction de la créance, la forclusion elle n'entraîne que la seule perte du droit d'agir en paiement. Pb : la caution peut-elle invoquer le fait qu'un créancier n'ait pas agi contre le débiteur principal dans le délai de deux ans ? Dans cet arrêt la CC répond que non. Ça ne s'explique que par la distinction entre le debitum et l'obligatio.

Ex 2 : com, 22 mai 2007 ; en l'espèce un créancier avait renoncé à agir contre le débiteur principal tout en se réservant expressément le droit d'agir contre la caution. Par la suite il agit contre la caution qui refuse de payer en disant qu'elle ne peut pas être tenue plus sévèrement que le débiteur principal. La CA donne raison à la caution. La CC casse l'arrêt d'appel en considérant que la renonciation ici ne concernait que le droit de poursuivre le débiteur principal donc l'obligatio, et que ça n'affectait pas la substance de la créance cad le debitum.

B) Le régime de la dette

Art 2290 al 1 CCiv : « le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ni être contracté à des conditions plus onéreuses ».

Le principe est que toutes les modalités affectant l'engagement du débiteur principal s'appliquent également à l'engagement de la caution.

Exemples :

- La caution ne peut pas s'engager à payer des intérêts qui ne seraient pas dus par le débiteur principal. Si elle le faisait son cautionnement serait réduit à la mesure de l'obligation principale.
- Les règles d'imputation des paiements applicables à l'engagement du DP sont également opposables à la caution, le créancier peut les opposer à la caution et inversement.
- La caution ne peut pas être poursuivie avant le terme de la dette du DP. Il faut que la dette garantit soit exigée pour que l'engagement de la caution le devienne également.

Il peut arriver que le créancier accorde une prorogation du terme au DP. Dans ce cas la caution dispose d'une option :

- soit elle peut décider de profiter de ce délai supplémentaire
- si la caution ne veut pas être tenue plus longtemps que ce qui était prévu initialement, l'art 2316 CCiv dit qu'elle peut poursuivre immédiatement le DP pour le forcer au paiement

Rq : La tacite reconduction fait naître un nouveau contrat qui est distinct du contrat initial. De ce fait, son exécution – sauf clause contraire – n'est pas garantie par l'engagement initial de la caution. C'est le droit commun du bail et de la caution.

Attention : il y a une exception dans le cas particulier du bail d'habitation, l'art 222-1 de la loi du 6 juillet 1989 nous dit que le cautionnement à durée indéterminée des obligations résultant d'un bail d'habitation garantit le paiement des loyers qui sont dus après le renouvellement du bail. Donc le cautionnement est maintenu.

I. L'exception : la prise en compte de la finalité du cautionnement

C'est la volonté des parties au contrat de cautionnement qui crée le lien d'accessoire à principal. C'est aussi cette volonté qui doit déterminer la force de ce lien et son domaine d'application.

Or, par définition, la volonté de la caution est de pallier la défaillance éventuelle du DP. Cette finalité est donc une part essentielle de son engagement. Dès lors, c'est évidemment qqch dont on doit tenir compte pour délimiter le caractère accessoire de cet engagement.

En conséquence s'il est vrai qu'en principe l'obligation de la caution doit être déterminée par référence à ce que doit le DP et évolue en fonction des évolutions de l'engagement du DP, il est tout aussi vrai également que la caution ne doit pas pouvoir se prévaloir d'évolutions de l'engagement du DP qui ne serait que la conséquence de la défaillance de ce DP.

→ La 1^{ère} illustration est la règle selon laquelle la caution ne peut pas se prévaloir des moratoires légaux ou judiciaires bénéficiant au DP. Par exemple, en cas d'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire, le législateur nous dit dans l'art L631-20 CCom que la caution ne peut pas profiter des remises et des délais dont bénéficie le débiteur principal à la suite de l'adoption d'un plan de redressement.

De même, 1^{ère} civ 3 mars 1998, cet arrêt a décidé que les mesures qui peuvent être imposées à un créancier à l'occasion d'une procédure de traitement du surendettement des particuliers, ces mesures ne peuvent pas prévaloir à la caution. *(La 1^{ère} civ le 13 nov 1996 a également fait application de cette règle dans le cadre de l'ancienne procédure de règlement amiable des difficultés des particuliers et là en revanche c'était une solution assez contestable car dans cette ancienne procédure les délais et remises n'étaient pas imposés au créancier mais accordés.)*

→ 2^{ème} illustration importante ; la caution ne peut pas se prévaloir de l'arrêt définitif des poursuites individuelles en cas de clôture d'une liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif.

Dans ce cas le principe est que les créances de l'ensemble des créanciers se trouvent définitivement éteintes. Si le DP fait l'objet d'une liquidation judiciaire avec clôture pour insuffisance d'actif, la caution peut-elle s'en prévaloir pour refuser de payer le créancier ?

La prise en compte de la finalité du cautionnement fait que la CC refuse cette possibilité à la caution, cela depuis un arrêt rendu par la com, 8 juin 1993. Elle doit quand même payer le créancier, en contrepartie le législateur a admis en 94 que cet effacement de toutes les dettes du DP ne s'applique pas au recours que la caution peut exercer contre lui après avoir payé. C'est l'art L643-11 II/ CCom.

On peut remarquer ici que lorsque la loi Borlot du 1^{er} août 2003 a créé la procédure de rétablissement personnel, là aussi le législateur a prévu dans l'art L342-9 CConso que la clôture entraîne l'effacement de toutes les dettes non professionnelles du débiteur à l'exception de celles dont le prix a été payé par la caution.

II. L'exception à l'exception : la prise en compte des recours de la caution

La caution s'engage seulement à garantir la dette d'autrui et pas à assumer de manière définitive la charge de cette dette. La caution n'accepte donc de s'engager que dans la perspective des recours qui lui sont offerts par le code civil à l'encontre du DP.

En conséquence, le principe suivant lequel la caution ne peut pas opposer au créancier des événements subis par ce dernier du fait de la défaillance du DP doit connaître une exception chaque fois que l'application de ce principe aurait pour conséquence de priver la caution d'un recours sur lequel elle pouvait légitimement compter.

A retrouver dans JP relative au défaut de déclaration d'une créance en temps utile à la procédure collective du DP.

Avant l'entrée en vigueur de la réforme sur les procédures collectives de 2005, la sanction de la violation de l'obligation de déclaration était sévère, c'était l'extinction de la créance. Le problème était que si le créancier ne déclarait pas en temps voulu sa créance à la PC du DP, la caution pouvait-elle se prévaloir de l'extinction de la créance pour refuser de payer le créancier ?

La caution qui a payé a normalement 2 recours prévus par le code civil ; le recours personnel et le recours subrogatoire. Mais déjà, rien que pour le dernier, il est évident que la caution ne peut pas l'invoquer ; subroger dans quoi ? dans une créance éteinte ? Quant au recours personnel, la CC a dit que son fait générateur c'est le contrat de cautionnement donc il s'agit d'une créance antérieure à l'ouverture de la PC donc elle aurait dû être déclarée dans les 2 mois de la publication du jugement d'ouverture, donc s'est éteint aussi.

Pour éviter qu'on en arrive là, la **com, 17 juillet 1990** a affirmé dans 3 arrêts que la caution pouvait opposer au créancier l'extinction de sa créance pour défaut de déclaration en temps voulu.

Sous l'empire du nouveau droit des PC tel qu'il est issu de la réforme du 26 juillet 2005, la solution est aujourd'hui différente. La sanction du défaut de déclaration de créance a changé. La créance n'est plus éteinte, elle est seulement inopposable à la PC. Cela a pour conséquence que si l'on dit que la caution doit payer, la caution ne sera pas pour autant définitivement privée de tout recours théorique à l'encontre du DP.

La CC a décidé dans un arrêt **com, 12 juillet 2011** que le créancier qui n'a pas déclaré en temps voulu peut quand même agir en paiement contre la caution.

On voit ici que le droit des PC délimite le jeu de la règle l'accessoire suit le principal en fonction de l'engagement qu'elle poursuit. On retient ici que cette délimitation du jeu de l'accessoire est bien faite en prenant en compte la volonté des parties.

Maintenant il reste à savoir quelle part peut être laissée ici à la liberté contractuelle.

III. La part laissée à la liberté contractuelle

Ici il est certain tout d'abord que les parties peuvent écarter l'application de la règle de l'accessoire en choisissant une autre sûreté personnelle que le cautionnement.

Inversement il est tout aussi certain que si les parties choisissent de recourir au cautionnement elles ne peuvent pas supprimer totalement son caractère accessoire.

Il reste à savoir si, entre ces deux situations extrêmes, sans supprimer le caractère accessoire du cautionnement, les parties ne pourraient pas au moins déroger à certains de ses aspects.

Le code civil ne dit rien de probant à cet égard. *Certes l'art 1298 CCiv nous dit que la caution peut renoncer au bénéfice de discussion mais ça ne porte pas atteinte au caractère accessoire (seulement subsidiaire).*

Jurisprudence : La CC admet une dérogation conventionnelle à la règle de l'accessoire lorsque **cette dérogation a pour effet de maintenir l'engagement de la caution**, tel qu'il avait été initialement conçu. Ex : règle de l'arrêt du cours des intérêts ; la caution peut-elle s'en prévaloir ? A une époque la CC l'avait admis, mais en même temps elle avait aussi admis dans **1^{ère} civ, 9 juillet 1996** qu'une clause du contrat de cautionnement pouvait écarter ce bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts.

Peut-il y avoir dans un contrat de cautionnement une dérogation à la règle de l'accessoire qui aboutirait à modifier l'engagement initialement souscrit par la caution ?

Cela est refusé par la JP si cela a pour effet de faire subir à la caution une modification d'engagement que ne subit pas également le DP.

On en trouve une bonne illustration à propos de la question de la déchéance du terme de l'obligation garantie. En cas d'ouverture de redressement ou de sauvegarde il ne peut y avoir de déchéance du terme.

Peut-on prévoir dans le contrat de cautionnement que l'ouverture d'une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire à l'encontre du DP entraîne une déchéance du terme à l'égard de la caution ?

La JP le refuse depuis **1^{ère} civ, 24 janvier 1995**. Ceci est logique parce que sinon la caution aurait subi une modification de l'engagement initial (la déchéance du terme) alors que cette modification ne pouvait pas s'appliquer au DP.

Les parties ne peuvent donc pas modeler d'une manière totalement libre le caractère accessoire de l'engagement de la caution.

Les parties doivent également parfois subir une modification de l'application de ce caractère accessoire en raison de la primauté d'un objectif poursuivi par le législateur.

IV. La primauté de la volonté du législateur

Parfois le législateur va écarter le jeu de l'accessoire et l'opposabilité des exceptions – parfois délibérément, par exemple avec le cas du débiteur incapable.

Parfois au contraire, le législateur va décider de faire jouer le caractère accessoire du cautionnement alors pourtant que l'on se trouve dans une hypothèse où ce caractère accessoire ne devrait pas pouvoir être invoqué.

On en a un très bon exemple avec la question de l'arrêt des poursuites individuelles. Lorsqu'un DP fait l'objet d'une PC, il bénéficie de la règle de l'arrêt des poursuites individuelles (ses créanciers ne peuvent plus agir individuellement contre lui).

Problème : est-ce que l'arrêt des poursuites individuelles profite à la caution ? Logiquement non. C'est ce que grisait la CC jusqu'en 1994. Mais en pratique cette solution a un inconvénient ; pour qu'une PC ait une petite chance de succès il faut que la procédure soit ouverte le plus tôt possible. Le mieux placé pour demander l'ouverture d'une PC au plus vite est le dirigeant social – le même qui en pratique cautionne les dettes de l'entreprise. Ça ne peut pas fonctionner.

Pour éviter cela, la loi du 10 juin 1994 va décider que les cautions personnes physiques pourront désormais bénéficier de l'arrêt des poursuites individuelles si la PC est une procédure de sauvegarde ou de redressement judiciaire.

On trouve un exemple similaire dans la loi du 26 juillet 2005 à propos de la possibilité pour la caution de se prévaloir des remises et des délais qui peuvent être accordés au DP dans un plan de redressement de l'entreprise.

En principe, la caution ne devrait pas pouvoir bénéficier des délais et des remises accordés au DP dans un plan de redressement. Mais là encore, le législateur a voulu inciter les dirigeants sociaux à agir le plus vite possible et à demander l'ouverture d'une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise sans attendre que l'entreprise soit en état de cessation des paiements.

Pour parvenir à cet objectif, le législateur a décidé que dans les deux procédures susceptibles d'être ouvertes alors que l'entreprise n'est pas encore en état de cessation des paiements, à savoir la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde, le législateur a décidé que les délais et les remises de dettes qui pourraient être accordés au DP profiteraient EGALEMENT à la caution. Art L611-10-2 et L626-11 al 2.

En revanche, si le dirigeant social n'est pas assez diligent, s'il laisse l'entreprise aller jusqu'à la cessation des paiements, on ne pourra ouvrir qu'au mieux un redressement judiciaire. Certes ce dernier peut déboucher sur un plan de redressement de l'entreprise avec encore des délais et remises mais cette fois le législateur nous dit dans l'art L631-20 CCom que là la caution ne pourra PAS bénéficier des délais et remises.

C'est la politique de la carotte et du bâton pour le dirigeant social !

Le législateur instrumentalise le droit des PC et le droit du cautionnement au service de l'entreprise pour ouvrir au plus vite la PC.

Cet avantage peut être plus ou moins important selon que le cautionnement est un cautionnement simple ou solidaire.

Sous-section 2 – La distinction du cautionnement simple et du cautionnement solidaire

Cette distinction montre une discordance entre la théorie et la pratique.

En théorie, le cautionnement simple c'est le principe et il faut une convention spéciale pour que le cautionnement soit solidaire.

En pratique, cette convention spéciale existe toujours.

I. Le cautionnement simple

Il est caractérisé par deux éléments : le bénéfice de discussion et le bénéfice de division.

A) Le bénéfice de discussion

Il résulte du caractère subsidiaire de l'engagement de la caution, laquelle ne doit payer le créancier en principe que si le DP est défaillant.

En conséquence, la caution peut en principe refuser de payer le créancier tant que celui-ci n'a pas exercé une action en paiement contre le débiteur principal. C'est ce qui est exprimé par l'art 2298 CCiv.

Ce bénéfice de discussion connaît toutefois deux limites :

- D'une part, selon l'art 2299 CCiv, le créancier est obligé d'agir sur les biens du DP que si la caution invoque expressément ce bénéfice de discussion. Il ne peut le faire que dès les premières poursuites du créancier.
- D'autre part, selon l'art 2300 CCiv, la caution ne peut invoquer le bénéfice de discussion qu'à la condition d'indiquer au créancier des biens saisissables appartenant au DP situés dans le ressort de la Cour d'appel et en plus il faut que la caution avance les frais de la saisie.

Ce bénéfice connaît également plusieurs exceptions. Par exemple, il ne peut pas être invoqué par une caution judiciaire, ni par une caution réelle.

Mais la principale exception résulte de ce que, selon l'art 2298 CCiv, la caution peut renoncer au bénéfice de discussion. C'est le cas chaque fois que la caution accepte de contracter un cautionnement solidaire.

B) Le bénéfice de division

Ce bénéfice existe lorsque plusieurs personnes ont accepté de se porter caution pour garantir une même dette.

Selon l'art 2303 CCiv, chaque caution peut exiger du créancier qu'il ne la poursuive que pour sa part dans la dette garantie.

Ce bénéfice connaît toutefois une limite et des exceptions :

La limite tient au fait que le bénéfice de division ne peut être invoqué qu'entre cautions solvables au jour des poursuites du créancier. Si à cette date, l'un des cautions est déjà insolvable, ce sont les autres cautions qui supportent ce risque d'insolvabilité.

En revanche, si l'une des cautions ne devient insolvable qu'après les poursuites du créancier, alors là c'est le créancier qui supporte ce risque.

Plusieurs exceptions. Par ex le bénéfice de division n'existe pas dans le cadre d'une caution réelle. Mais là encore la principale exception résulte du fait que la caution peut renoncer au bénéfice de division. Là aussi c'est ce qu'elle fait nécessairement si elle accepte de contracter un cautionnement solidaire.

II. Le cautionnement solidaire

Lorsque la caution accepte d'être tenue solidairement avec le DP, cela implique qu'elle accepte que le créancier puisse agir en paiement contre elle pour la totalité de la dette garantie, et sans pouvoir exiger que le créancier agisse d'abord contre le DP, donc sans pouvoir opposer les bénéfices de discussion et de division.

On dit souvent que ce sont là les effets principaux du cautionnement solidaire, parce que par ailleurs le cautionnement solidaire produit également des effets secondaires qui reposent sur une fiction ; l'idée de représentation mutuelle des coobligés.

Cela a pour conséquence par ex qu'une mise en demeure adressée à un coobligé produit automatiquement effet à l'égard de l'autre ou des autres. De même, l'interruption de la prescription à l'égard de l'un des coobligés interrompt la prescription à l'égard des autres.

Si on est dans le cas d'un cautionnement commercial la solidarité est présumée.

Si le cautionnement est civil c'est l'inverse, art 1202 CCiv : la solidarité ne se présume point. Il faut qu'elle soit expressément stipulée.

Mais en pratique, la clause est une clause de style ; elle existe toujours.

Enfin, dans le cas particulier où il y a un DP et plusieurs cautions, on pourrait théoriquement envisager plusieurs hypothèses de cautionnement solidaire.

Il peut y avoir solidarité entre les deux cautions seulement sans qu'il y ait solidarité avec le DP, il peut y avoir solidarité entre chaque caution et le DP sans qu'il y ait solidarité entre les cautions, et il peut y avoir solidarité entre tout le monde – c'est toujours en pratique ce que le créancier exige.

Sous-section 3 – Les sûretés garantissant l'engagement de la caution

Il est possible que le créancier ne se contente pas du seul engagement de la caution. Il peut exiger que l'engagement de la caution soit elle aussi en retour garantie, soit par la constitution d'une sûreté réelle – ce qui pose alors le pb de la qualification de la sûreté elle-même constituée – soit garantie par un autre cautionnement donné par une autre personne – c'est le certificat de caution.

I. La qualification de la sûreté réelle garantissant la dette d'autrui

Il est tout à fait possible qu'une personne s'engage comme caution vis-à-vis d'un créancier et qu'elle renforce son engagement personnel de caution en constituant en plus au profit du créancier une sûreté réelle – par ex une hypothèque – sur un bien qui lui appartient.

La CC a admis à plusieurs reprises de la validité d'un tel montage. Il n'y a pas de difficulté si les parties au contrat ont clairement indiqué quelles étaient leurs intentions.

En revanche un problème important se pose lorsqu'une personne constitue une sûreté réelle pour garantir la dette d'autrui et que l'acte constitutif de la sûreté réelle ne précise pas si cette personne a voulu ou non s'engager également en tant que caution personnelle.

Dans ce cas c'est au juge qu'il va revenir de déterminer quelle a été la volonté des parties. Là il y a plusieurs possibilités pour le juge :

- Il pourrait considérer que ce garant (de la dette d'autrui) a voulu s'engager comme caution personnelle sur tous ses biens et puis il a voulu renforcer son engagement en constituant en plus une sûreté réelle au profit du créancier.
Cette première analyse possible se heurte à l'art 2292 CCiv : un cautionnement personnel ne peut pas être présumé. On l'écarte donc.
- Il considère que la sûreté accordée au créancier est toujours un engagement personnel de caution, renforcé par la constitution d'une sûreté réelle sur un bien appartenant à la caution, mais cette sûreté réelle consistant maintenant à la fois la garantie et la limite de l'engagement de la caution.
Ici on dit que cet engagement est LIMITÉ au bien donné en garantie ou à sa valeur.
- il peut voir dans la sûreté une pure sûreté réelle, consentie par une personne pour garantir le paiement de la dette d'autrui, sans aucun engagement de caution.

La doctrine a considéré pendant longtemps qu'une telle sûreté réelle garantissant la dette d'autrui devait relever à la fois du régime juridique des sûretés réelles mais aussi du régime juridique du cautionnement car cette sûreté est là pour garantir la dette d'un débiteur et non la sienne. La doctrine a donc forgé ce concept de cautionnement réel.

La JP quant à elle a souvent hésité, souvent avec des oppositions entre la 1^{er} civ et la chambre commerciale.

Puis, à partir d'un arrêt du 11 avril 1995 (1^{ère} civ), une innovation importante s'est produite en JP à propos de l'application du droit des régimes matrimoniaux.

A la suite de cette évolution, la CC va finalement décider dans un arrêt rendu en chambre mixte le 2 décembre 2005 qu'une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui. Cette sûreté n'est pas dès lors un cautionnement.

Cette évolution va ensuite être consacrée par la réforme du 23 mars 2006. Dans le nouvel article 2334 CCiv on trouve « le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers. Dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie ».

Cette affirmation n'a été effectuée qu'à propos du gage, mais en réalité elle a vocation à s'appliquer à toutes les sûretés réelles.

On pourrait croire que la question est complètement tranchée, seulement en réalité tous les problèmes ne sont pas résolus pour autant parce que le fait que la sûreté réelle soit ici constituée pour garantir la dette d'autrui et non pas la dette du propriétaire, ceci a pour conséquence que certaines des règles du cautionnement – qui est un peu le modèle de toutes les sûretés garantissant la dette d'autrui – ont naturellement vocation à s'appliquer ici. Mais comment justifier cette application si par ailleurs on affirme – comme le fait à tort la CC – que la sûreté n'est absolument pas un cautionnement ?

Le législateur vient de le reconnaître. Dans la loi ALUR du 24 mars 2014, le législateur a créé une nouvelle forme de société. On a permis à ces sociétés de constituer une sûreté réelle pour garantir le remboursement d'un prêt qui serait consenti à l'un des associés.

Or dans L202-11 du code de la construction dit que la société peut donner caution pour garantir les prêts de ses associés. C'est bien un cautionnement réel.

Le législateur est venu dire l'inverse de la CC.

II. Le certificat de cautionnement

C'est l'engagement pris par un tiers de garantir l'exécution de l'engagement d'une caution si cette dernière est défaillante. Cette possibilité est expressément prévue par l'art 2291 al 2 Cciv : c'est une forme de cautionnement qui ne pose pas de difficultés si ce n'est 2 points.

- Le certificateur de caution garantit l'exécution de l'obligation de la caution et non pas la bonne exécution de l'obligation du débiteur principal. Ce qui a pour csq que l'obligation du certificateur de caution s'apprécie seulement par référence à l'obligation de la caution. Ex : un DP doit 1000, la caution a limité sa garantie à 500. Dans ce cas, l'obligation du certificateur de caution sera nécessairement limitée à 500.
- Il ne faut pas confondre le certificat de caution qui est assez rare en pratique avec le sous-cautionnement qui est assez fréquent. Le certificat de caution c'est un cautionnement qui est donné au profit du créancier pour lui garantir la bonne exécution de l'engagement de la caution. Le sous-cautionnement est un cautionnement qui est donné au profit de la caution pour lui garantir que le DP l'a payera lorsqu'elle exercera un recours contre lui. Ex : une banque prête de l'argent à une société, elle souhaite avoir une garantie parfaitement sûre, elle va exiger qu'un cautionnement lui soit fournit par une caution professionnelle par ex un organisme de caution mutuelle. Cet organisme de caution mutuelle veut lui aussi être sûr qu'en cas de difficultés financières de la société il pourra être remboursé, il va exiger qu'un cautionnement lui soit donné, souvent un cautionnement qui sera donné par le dirigeant de la société. ainsi, les dirigeants sociaux garantissent à la caution professionnelle qu'elle sera remboursée par la société.

Section 2 - Les recours de la caution

Sous section 1. Les recours contre le DP

La caution ne fait que garantir la dette du DP et donc en théorie elle n'a pas vocation à assumer définitivement cette dette. En conséquence, le législateur reconnaît à son profit l'existence de recours contre le DP et ces recours sont de deux sortes :

I. Les recours après paiement.

Le Cciv prévoit deux recours après paiement au profit de la caution : un recours personnel (art 2305 Cciv) et un recours subrogatoire (art 2306 Cciv)

A. Recours personnel.

Il est fondé sur les relations personnelles pouvant exister entre la caution et le DP, il repose soit sur l'idée d'un mandat tacite de payer qui aurait été donné par le débiteur à la caution lorsque le DP a eu

connaissance du cautionnement ou bien sur la gestion d'affaires lorsque le cautionnement a été donné à l'insu du DP. A cause de ce fondement, le recours personnel va permettre à la caution de demander au DP non seulement de lui rembourser ce qu'elle a dû payer au créancier mais aussi de l'indemniser du préjudice qu'elle a pu subir du fait de son paiement. Cela est prévu par l'art 2305 al 3 Cciv.

La caution peut éventuellement réclamer au DP une somme supérieure à ce qu'elle a payé au créancier.

Ayant un fondement spécifique distinct des relations entre le créancier et le DP, le recours personnel va obéir à un régime juridique propre.

Ex :

- Hypo où l'action en paiement du créancier contre le DP obéit à un délai spécial de prescription, le délai de prescription du recours personnel de la caution demeure le délai de droit commun.
- Hypo où des remises ou des délais ont été accordés par le créancier au DP alors que la caution ne peut pas s'en prévaloir : le créancier va pouvoir demander à la caution le paiement de la totalité de la dette. Lorsque la caution se retourne contre le DP, si elle exerce son recours personnel étant donné que ce recours a un régime spécifique, la conséquence c'est que le DP ne pourra pas opposer à la caution les remises ou les délais accordés. Arrêt, 1^{ère} civ, 15 juillet 1999 : juridiquement la solution est logique mais en pratique on aboutit à ce que les remises et les délais n'aient servi en rien.

B. Recours subrogatoire.

L'art 2306 Cciv n'est qu'une application particulière du principe général de subrogation légale qui est posé par l'art 1251 3) Cciv au profit de tous ceux qui ont payé une dette dont ils étaient tenus avec d'autres ou pour d'autres.

La caution qui a payé se trouve subrogée dans les droits du créancier : elle va pouvoir exercer un recours subrogatoire. Ce recours présente un inconvénient et un avantage par rapport au recours personnel :

- L'inconvénient : la caution ne peut pas réclamer au DP plus que ce qu'elle a payé au créancier. Pas d'indemnisation du préjudice éventuel.
- L'avantage : puisque la caution est subrogée dans les droits du créancier, elle bénéficie de tous les accessoires de la créance garantie et notamment des sûretés. Ex : une créance est garantie par une hypothèque et un cautionnement. La caution paye totalement le créancier, quand elle exerce l'action subrogatoire, elle bénéficie de l'hypothèque.

On peut exercer les deux à la fois. Dans l'ex de la créance hypothécaire : la caution peut combiner les deux recours, subrogatoire car elle a payé 1000 pour 1000 et le recours personnel pour les 100 restants en indemnisation du préjudice.

II. Le recours avant paiement.

Ce recours avant paiement est exceptionnel, c'est un recours qui tend à prémunir la caution contre le risque d'insolvabilité du DP. Il n'est accordé à la caution par l'art 2309 Cciv que dans deux grandes catégories d'hypothèses :

- Les cas dans lesquels la caution est sur le point de devoir payer le créancier sûrement rapidement :
 - o Lorsque la caution est déjà poursuivie en paiement par le créancier.
 - o Lorsque le DP fait l'objet de l'ouverture d'une procédure collective.
- Les cas dans lesquels la caution voit son obligation prolongée au delà de ce qu'elle pouvait prévoir initialement
 - o Lorsque le DP s'était obligé de lui apporter à sa décharge dans un délai déjà écoulé

- Lorsque la dette garantie est déjà devenue exigible.
- Une prorogation du terme a été accordé par le créancier.
- Lorsque la dette garantie n'a pas d'échéance déterminée et qu'un délai de 10 ans s'est déjà écoulé depuis la date de l'engagement de la caution.

Ce recours préventif permet à la caution de prendre des mesures conservatoires contre le DP ou bien d'exiger la constitution par lui d'une sûreté au profit de la caution. Ce qui est plus original c'est que la JP admet également que ce recours puisse aussi permettre à la caution de recevoir une somme d'argent de la part du DP. Toutefois, il ne faut pas faire de confusion : il ne va pas s'agir d'un paiement de la créance garantie, la caution au titre du recours **avant paiement ne se voit reconnaître qu'une créance d'indemnité contre le DP (arrêt ch com 21 janv 2003)**. C'est seulement une indemnisation qui a pour objet de compenser l'aggravation du risque subi par la caution.

En conséquence, si finalement le DP n'était pas défaillant cela voudrait dire qu'il n'y avait pas de préjudice, l'indemnité devrait être restituée au DP.

Autre conséquence : puisqu'il s'agit d'une action indemnitaire de la caution, cette action n'a pas la même nature juridique que l'action en paiement qui peut être exercée par le créancier contre le DP. **De ce fait, il est possible que les deux actions soient exercées en même temps : arrêt ch com 2 mars 1993. Arrêt qui s'est prononcé dans un cas d'ouverture d'une PC à l'encontre du DP, il affirme que le fait que le créancier ait déclaré sa créance à la PC du DP, ne dispense pas la caution de devoir effectuer une déclaration de créance si elle veut bénéficier du recours avant paiement.**

Autre conséquence : puisque ce recours avant paiement a une nature indemnitaire, il ne peut être exercé que contre le DP. **Ce recours avant paiement ne peut pas (arrêt ch com 3 mars 1981) exercé contre les autres cautions.**

Sous section 2. Les recours contre les cofidéjusseurs (autres cautions)

Ils ont un point commun avec les recours après paiement exercés contre le DP : il tient au fait que dans les 2 cas la caution qui a payé a toujours 2 recours. Ici, on trouve également un recours personnel (art 2310 Cciv) et un recours subrogatoire (fondé sur le principe général posé par l'art 1251 3) Cciv).

Il existe aussi une différence fondamentale entre ces recours et les recours après paiement : elle tient au fait que si la caution peut demander au DP de lui rembourser la totalité de ce qu'elle a payé, il n'en va pas de même dans le cas de ces recours.

I. L'objet des recours contre les cofidéjusseurs

Il est évident que chaque caution ne peut pas demander à une autre caution le remboursement de la totalité de ce qu'elle a payé. En conséquence, l'art 2310 Cciv pose le principe de la division du recours : lorsque plusieurs personnes ont cautionné un même débiteur pour une même dette, la caution qui a acquitté la dette a recours contre les autres cautions chacune pour sa part et portion.

Ce principe de division va s'appliquer même si les cautionnements sont solidaires : **la solidarité ne joue qu'à l'égard du créancier qui en bénéficie mais elle ne joue pas dans les rapports avec les cautionnements. La caution** qui aura payé la totalité devra diviser ses recours en contribution contre les autres cofidéjusseurs même s'il s'agit d'un cautionnement solidaire.

Ce principe de division n'est pas d'OP.

Ex : un prêt dont le remboursement a été garanti par deux cautions X et Y. il peut être prévu dans les contrats de cautionnement que si le créancier agit contre X, X après avoir payé pourra demander à Y de lui rembourser la totalité de ce que X aura payé. En même temps, on va prévoir que si le créancier agit contre Y, Y après avoir payé ne pourra exercer aucune action contre X. ce montage est possible, le créancier bénéficie bien de 2 cautions mais on le fait pour que ce soit seulement Y qui supporte le risque d'insolvabilité du DP.

Supposons que les parties n'ont pas dérogé par contrat au principe de division, il s'applique.

Ex : une dette de 150 garantie par 3 cautions. Une des cautions a payé la totalité de la dette au créancier.

Si toutes les cautions se sont engagées de la même manière : la division se fait par parts viriles, la caution peut réclamer 50 à chacune.

Si les cautions se sont engagées de manières différentes : caution A de manière illimitée, caution B pour un montant limité de 25, caution C pour un montant limité de 50. La 1^{ère} civ nous dit dans un arrêt du 2 fév 1982 : « la fraction de la dette devant être supportée par chacune des cautions doit être déterminée en proportion de leur engagement initial ». La meilleure méthode consiste à faire d'abord la somme des montants assumés par toutes les cautions et on fait ensuite une règle de trois pour déterminer la part qui doit être finalement assumée par chacun.

Ici, pour A le montant sera de 150/225^{ème} de la dette, pour B le montant sera les 25/225^{ème} et pour C 50/225^{ème} de la dette.

Tout ceci suppose que les 3 cautions soient solvables. Si une des 3 cautions n'est pas solvable : le risque de l'insolvabilité de cette caution doit nécessairement peser sur les deux autres et pas seulement sur la caution qui a payé le créancier. Dans cette hypo, il va falloir recalculer la répartition de la dette en faisant comme si la caution insolvable n'existait pas.

Dans l'ex : on suppose que C est insolvable. La somme des engagements est de 175. La part de A correspond au 150/175^{ème} de la dette et la part de B correspond au 25/175^{ème} de la dette.

II. Les conditions

Ces recours obéissent à 2 conditions :

- La caution qui exerce le recours doit avoir payé le créancier : ici il s'agit seulement d'un recours après paiement.

L'art 2310 al 2 Cciv semble introduire une confusion à ce propos : « ce recours n'a lieu que lorsque la caution a payé dans l'un des cas énoncé en l'art précédent », ce qui renvoie à l'art 2309 et donc aux 5 cas de recours avant paiement. En réalité, si on regarde les travaux préparatoires de cet article, on s'aperçoit que les rédacteurs du code dans cet alinéa ont simplement voulu affirmer que la caution ne peut exercer un recours contre les cofidéjusseurs que dans les cas où elle avait un juste motif de payer le créancier non seulement lorsque la dette est exigible mais aussi lorsque la caution voit son obligation prolongée au delà de ce qu'elle pouvait prévoir.

- La caution qui exerce le recours doit avoir payé au créancier plus que sa part contributive.

Cela a pour csq que cette question de recours ne se pose pas si la caution a pu invoquer le bénéfice de division à l'encontre du créancier

Chapitre 2 - la formation du contrat de cautionnement

Le cautionnement, étant un contrat, sa formation est soumis aux 4 conditions usuelles de validité de l'art 1108 Cciv. L'application de ces conditions ne se fait pas toujours de la même manière, elle varie parfois en fonction de la qualification du cautionnement.

Section 1. Les distinctions importantes

I. La distinction du cautionnement civil et du cautionnement commercial

Le cautionnement est considéré classiquement comme un contrat de bienfaisance et donc comme un contrat civil. Et cela même si il est donné en garantie d'une dette de nature commerciale. Le cautionnement peut aussi avoir un cautionnement commercial dans 4 hypothèses :

- Lorsque le cautionnement est un acte de commerce par nature. Ex le cautionnement donné contre rémunération par un établissement de crédit.
- Lorsque le cautionnement est un acte de commerce par accessoire. Ex le cautionnement donné par un commerçant et pour les besoins de son commerce.
- Lorsque le cautionnement est un acte de commerce par la forme. Ex l'aval.
- Lorsque le cautionnement a un intérêt patrimonial dans l'opération qu'elle garantit. Ex le cautionnement donné par le dirigeant social d'une SARL.

II. La distinction du cautionnement de dette présente et du cautionnement de dette future.

Par définition tout cautionnement est un pari sur l'avenir. C'est un pari qui est encore plus risqué lorsqu'il s'agit d'une dette future que lorsqu'il s'agit d'une dette présente. Dans le cas d'une dette future, il est possible que la caution ne connaisse pas avec exactitude le montant de cette dette future. Cela explique que le régime juridique du cautionnement ne soit pas le même dans les 2 cas.

Il ne faut pas confondre naissance de la dette et exigibilité de la dette.

Ex :

- Le cautionnement donné pour garantir le remboursement d'un prêt est un cautionnement de dette présente car la dette de remboursement existe en totalité dès la conclusion du contrat, peu importe que le remboursement du prêt soit échelonné dans le temps.
- Le cautionnement donné pour garantir le remboursement d'une ouverture de crédit est un cautionnement de dette future car la dette garantie ne naîtra que lorsque l'ouverture du crédit sera utilisée par le DP.

Le cas particulier des dettes naissant d'un contrat à exécution successive. C'est l'ex des dettes de loyers. Doit-on considérer que les dettes de loyer naissent toutes en même temps lors de la conclusion du contrat et qu'il n'y a que leur échéance qui est échelonnée dans le temps ou doit-on considérer que le paiement du loyer n'est que la contrepartie de la jouissance du bien et alors que les loyers sont des dettes qui naissent au fur et à mesure de l'exécution du contrat ?

La JP hésite, la Cour de cassation donne des réponses différentes selon le contexte. On n'a pas la même réponse selon qu'il s'agit d'appliquer le droit fiscal, le droit des procédures collectives...

En droit des sûretés, la JP considère que les dettes de loyer naissent lors de la conclusion du contrat donc le cautionnement du paiement des loyers est un cautionnement de dette présente même si les échéances sont futures et que la durée du contrat est indéterminée.

III. La distinction du cautionnement limité, du cautionnement indéfini et du cautionnement omnibus.

Le cautionnement limité : cautionnement qui comporte des limitations qui lui sont propres, qui ne figurent pas dans l'engagement du DP. Par ex si le cautionnement a été donné pour un montant plus faible que pour la dette garantie ou pour une durée moins importante.

Le cautionnement indéfini : cautionnement calqué sur l'obligation garantie. Cela ne veut pas dire pour autant qu'il n'aura pas de limites, mais il s'agira des limites de l'obligation garantie.

Le cautionnement omnibus : cautionnement qui est donné sans limite pour garantir toutes les dettes présentes ou futures d'un DP envers un créancier.

Ex : un dirigeant social se porte caution de toutes les dettes présentes et futures de la société envers sa banque.

Section 2. Le consentement de la caution.

Le cautionnement est un acte dangereux pour la caution mais en même temps c'est une garantie souvent utilisée en pratique pour des raisons économiques et psychologiques. Les cautions ont toujours tendance à faire confiance au DP.

Le caractère éclairé suppose, d'une part, que la caution reçoive une information suffisante sur la portée de son engagement et, d'autre part, que la caution ne soit pas trompée sur la solvabilité du DP.

I. L'évolution des règles de forme applicables au cautionnement

Initialement, le cautionnement était toujours un contrat consensuel et l'information de la caution sur la portée de son engagement n'était réalisée que par le biais d'une exigence probatoire spécifique aux contrats unilatéraux : l'exigence d'une mention manuscrite (art 1326 Cciv). Seulement, à partir de 1989, le développement du consumérisme va entraîner un renforcement de cette exigence de mention manuscrite. Plusieurs réformes législatives vont formuler dans de nouveaux textes de nouvelles exigences de mentions manuscrites qui sont, cette fois, des conditions de validité du contrat. Petit à petit le domaine d'application de ces mentions manuscrites va s'étendre à presque tous les cautionnements. On voit ainsi que les règles de forme applicables aux cautionnements vont ainsi changer de nature puisqu'on est passé d'une simple exigence de formalité probatoire à un véritable formalisme qui transforme donc la plupart des cautionnements en contrats solennels.

A. L'exigence probatoire initiale.

Deux textes ont vocation à s'appliquer :

- Le premier est commun à tous les contrats unilatéraux c'est l'art 1326 Cciv : l'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit...
- L'art 2292 Cciv : le cautionnement ne se présume pas, il doit être expresse et on ne peut pas l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté.

La JP considère qu'il résulte de la combinaison de ces deux textes que la caution doit apposer sur le contrat de cautionnement une mention manuscrite décrivant les limites de son engagement.

La JP a été fluctuante. Pendant longtemps, elle a considéré que l'exigence de la mention manuscrite n'était qu'une simple règle de preuve du cautionnement et puis revirement de **la 1^{ère} civ dans un arrêt 30 juin 1987** : « les exigences relatives à la mention manuscrite ne constitue pas de simples règles de preuve mais ont pour finalité la protection de la caution ». Il s'agissait donc ici d'une condition de validité.

Ce revirement de JP a été très critiqué par la doctrine car en transformant la mention en une condition de validité, on donnait à bcp de cautions un moyen d'échapper facilement à leur engagement. De ce fait, c'était un revirement qui a entraîné une forte augmentation du contentieux. Pour cette raison, la ch com n'a pas suivi la 1^{ère} civ et finalement la 1^{ère} civ se rendant compte des conséquences de son revirement va **effectuer un nouveau revirement de JP : arrêt 15 nov 1989**. La 1^{ère} civ va finalement considérer que les exigences relatives à la mention manuscrite ne sont que de simples règles de preuve ayant pour finalité la protection de la caution.

a) Le domaine d'application de l'exigence d'une mention manuscrite

Cette exigence en principe s'applique à tous les cautionnements mais il y a 3 exceptions :

- Cette exigence ne s'applique pas aux cautionnements commerciaux donnés par un commerçant car la preuve est libre à l'égard d'un commerçant (art L 110-3 Ccom). Attention dans le cas d'un cautionnement donné par un dirigeant social d'une société est un cautionnement commercial mais pour autant l'art 1326 Cciv s'applique ou non selon la qualité du dirigeant social.
- L'exigence de mention manuscrite ne concerne pas non plus les cautionnements donnés par acte authentique et cela à la fois parce que l'art 1326 est une règle de preuve ne concernant que les actes sous seing privé et aussi parce que la JP considère que le devoir de conseil du notaire est ici suffisant pour assurer la protection de la caution. Solution toujours adoptée par la JP et qui a été consacré par la loi du 28 mars 2011 dans le nouvel art 1317-1 Cciv.
- L'exigence de mention manuscrite ne concerne pas les cautionnements réels depuis arrêt, 1^{ère} civ, 13 mai 1998.

b) La portée de l'exigence d'une mention manuscrite

La mention manuscrite n'est qu'une simple règle de preuve et ceci a une conséquence très importante : une mention manuscrite absente ou irrégulière ne va pas entraîner la nullité du cautionnement. En effet, la JP peut considérer que l'acte de cautionnement dépourvu de mention manuscrite même si il ne suffit pas à prouver que la caution avait conscience de son engagement, il constitue néanmoins un commencement de preuve par écrit.

Un commencement de preuve par écrit peut être complété par des éléments de preuve extrinsèque. Si on les trouve, on pourra sauver le cautionnement. Cette possibilité de recourir à ces éléments a fait l'objet d'une interprétation JP pour le moins favorable au créancier : aussi bien s'agissant de la notion extrinsèque que du rôle du juge en matière d'éléments extrinsèque.

S'agissant de la notion d'élément extrinsèque :

Cela peut être un élément qui est étranger, extérieur à l'acte de cautionnement tel qu'une qualité particulière de la caution, un lien spécifique entre la caution et le DP à la condition du moins que cette qualité soit de nature à établir une connaissance effective par la caution de la portée de son acte, de son engagement. Par ex : la JP va considérer que la seule qualité de conjoint du DP ou de conjoint du dirigeant social de la société débitrice, cette qualité ne suffit pas à établir la connaissance par la caution de la portée de son engagement. En revanche, la qualité de dirigeant social de l'entreprise de la société débitrice principale est de nature à prouver la connaissance. La JP nous dit que cette qualité est même présumée constituer un élément extrinsèque satisfaisant. Ainsi la ch com dans un arrêt 8 janv 2002 nous dit que le juge ne peut écarter la prise en compte de cette qualité qu'à la condition de préciser en quoi la fonction exercée dans la société n'était pas de nature à compléter le commencement de preuve par écrit. Cela pourrait être le cas par ex lorsqu'il est établi que la caution n'exerçait qu'une fonction théorique au sein de la société. On en trouve des hypo dans le cas de personnes étant DS effectif de la société mais à la retraite on les maintient à titre honorifique au conseil d'adm, dans ce cas là la JP admet (arrêt ch com 6 déc 1994) qu'une fonction purement théorique ne constitue pas un élément de preuve extrinsèque.

Un élément de preuve extrinsèque cela peut aussi être un élément qui figure dans l'acte signé par la caution. Cela a été admis par plusieurs arrêts 1^{ère} civ 15 janv et 26 nov 2002. La Cour de cass l'a admis en prenant en compte le fait que le mot « acte » a deux sens différents. Le mot « acte » désigne le contrat (negocium) qui est passé mais cela désigne aussi l'écrit (instrumentum) qui constate le contrat (contenant et contenu). La JP considère qu'un élément de preuve peut être considéré comme un élément de preuve extrinsèque à partir du moment où il est extérieur au contrat (negocium) même s'il se trouve dans le même écrit (instrumentum). L'ex typique : dans le même acte on a le prêt et le

cautionnement. On va demander la caution de signer l'acte et de parapher la totalité des pages de l'acte. La JP admet que ce paraphe qui a été apposé au pied des pages concernant le prêt constitue un élément de preuve extrinsèque permettant d'établir que la caution avait conscience de la portée de son engagement : arrêt 1^{ère} civ 12 mars 2010.

La Cour de cassation cherche à lutter contre le développement du contentieux.

Dans deux arrêts rendus par la ch com le 1^{er} octobre 2002, la Cour de cassation nous dit que les juges du fond ne peuvent pas constater l'irrégularité d'une mention manuscrite sans avoir recherché au préalable « si cette mention incomplète n'avait pas été apportée par la caution au pied d'un acte définissant l'engagement de la société débitrice et contenant toutes les précisions de remboursement ». Cela veut dire que si par inadvertance, le créancier oubliait d'invoquer l'existence d'un élément de preuve extrinsèque, le juge doit vérifier si cet élément ne se trouverait pas dans l'instrumentum.

L'art 1326 Cciv exige seulement la mention manuscrite de la somme ou de la quantité due par la personne qui s'engage. Lorsqu'il est impossible de chiffrer l'engagement de la caution (présence par ex d'un cautionnement omnibus) la JP affirme depuis 1^{ère} civ 22 fév 1984 qu'il suffit alors que la mention manuscrite exprime sous une forme quelconque mais de manière explicite et non équivoque la connaissance qu'à la caution de la nature et de l'étendue de l'obligation qu'elle contracte.

A l'inverse dans le cas d'un cautionnement limité, la mention manuscrite doit indiquer le montant en chiffres et en lettres. Est-il nécessaire que d'autres éléments relatifs à cet engagement soit également indiqué dans la mention manuscrite ? Cette question s'est posée du point de vue des intérêts.

Il y a une controverse entre la ch com et la 1^{ère} civ, mais depuis plusieurs arrêts 1^{ère} civ 29 oct 2002 la controverse est close. En application de l'art 2293 Cciv (le cautionnement s'étend aux accessoires de la dette) les intérêts sont garantis par la caution même s'il n'en est pas fait état dans la mention manuscrite.

A la suite des différents arrêts rendus au cours de l'année 2002, on pouvait considérer que la cour de cass était parvenue à trouver un juste équilibre entre la nécessité de protéger la caution et la protection tout aussi nécessaire de la sécurité du crédit. Cet équilibre se trouve remis en cause aujourd'hui du fait des interventions du législateur et du dvpt du formalisme en matière de cautionnement.

B. Le dvpt du formalisme.

Le formalisme a été introduit au sein du cautionnement par la loi du 31 déc 1989 pour un cas particulier : cas où une personne physique s'est portée caution par acte sous seing privé du remboursement d'un crédit régit par le code de la consommation. Les art L 313-7 et L 313-8 CConso exigent à peine de nullité du cautionnement une mention manuscrite dont le contenu est imposé par le législateur : la caution doit recopier la formule prévue par ce texte. Le contenu implique que le cautionnement soit donné pour un montant limité et une durée limitée. En outre, une mention spécifique supplémentaire en cas de cautionnement solidaire. C'est donc une condition de validité du contrat, c'est donc du formalisme.

Le but est d'attirer la caution sur l'importance de l'acte qu'elle signe.

Par la suite, cette technique va être réutilisée par une loi 21 janv 1994 à propos du cautionnement donné au profit d'un locataire dans le cas d'un bail d'habitation. La loi introduit un art 22-1 al 3 dans la loi du 6 juillet 1989 (statut bail d'habitation) : exige à peine de nullité une mention manuscrite au contenu imposé par le législateur, c'est une mention qui indique le montant du loyer, les conditions de révision du loyer et aussi la faculté de résiliation unilatérale de la caution.

Cela va être généralisé par la loi du 1^{er} août 2003, cette loi va généraliser l'exigence d'une mention manuscrite à peine de nullité. Pour cela, on va adopter un nouvel art L 341-2 CConso. Ce texte s'applique aux cautionnements consentis à compter du 6 fév 2004 par toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel.

Le domaine d'application est très large, cela va donc s'appliquer même aux cautionnements commerciaux donnés par un commerçant. On remarque également que le législateur choisit de parler de créancier professionnel au lieu de ne viser que l'établissement de crédit (comme dans les textes précédents), ce qui montre une volonté d'élargir le domaine d'application. En csq, la ch com dans un arrêt 9 juillet 2009 a énoncé que ce texte pouvait s'appliquer dans le cas où le créancier est une société dès lors que la créance garantie est née « dans l'exercice de sa profession (profession de la société créancière) ou se trouve en rapport direct avec l'une de ses activités professionnelles même si celle-ci n'est pas principale ».

Là encore ce nouveau texte va imposer à peine de nullité une mention manuscrite au contenu pré-déterminé par le législateur avec un contenu qui implique que le cautionnement soit donné pour un montant limité et pour une durée indéterminée, plus une mention supplémentaire exigée en cas de cautionnement solidaire.

Tout ceci a plusieurs csqs importantes :

Il s'agit ici d'une mention manuscrite exigée à peine de nullité donc d'une condition de validité du contrat. Cela veut dire qu'une irrégularité de la mention manuscrite sera nécessairement sanctionnée par la nullité du cautionnement sans que le créancier ou le juge puisse invoquer des éléments extrinsèques prouvant que la caution avait parfaitement conscience de la portée de son engagement. On consacre ici un système de tout ou rien. On a fait disparaître la souplesse que la JP avait introduite. Par ex la caution dirigeant social de l'entreprise ne peut plus être invoqué ici pour sauver cette caution. De même la reconnaissance par la caution dans un aveu judiciaire ne fait pas échapper le cautionnement de la nullité (arrêt ch com 26 avril 2009). En revanche, une limite a été apportée par la Cour de cass : la ch comm dans un arrêt 5 fév 2013 a énoncé que c'est une nullité mais une nullité relative et donc la caution peut y renoncer en exécutant son engagement en connaissance du vice qui l'affecte. Il reste à savoir si toute irrégularité doit entraîner ou non la nullité du cautionnement. La réponse a évolué dans la JP. Parfois des juges du fond ont fait preuve d'une extrême rigueur. Par ex la CA de Rennes dans un arrêt du 22 janv 2010 avait annulé un cautionnement au motif que la mention manuscrite et la mention supplémentaire existait bien mais elles avaient été séparées par une virgule alors qu'il aurait fallu mettre un point. Heureusement cet arrêt a été cassé dans un arrêt ch comm 5 avril 2011, ce qui montre que la ch com se permet déjà en 2011 de prendre une petite liberté.

Aujourd'hui dans la JP de 2013 on peut observer que les solutions dépendent à chaque fois du fait de savoir si le juge arrive ou non à trouver une marge de manœuvre.

Dans certains cas, il n'y a aucune marge de manœuvre par ex pour la place de la signature vis-à-vis de la mention manuscrite. Selon la loi la mention doit précéder la signature.

Dans d'autres cas, la Cour de cassation parvient à considérer que les textes lui permettent de ne pas annuler le cautionnement par ex quand on est en présence d'une erreur véniène : arrêt 1^{ère} civ 27 nov 2013 ou quand la caution a ajouté des mots à la mention prévue par le législateur. La 1^{ère} chambre civile dans le même arrêt nous dit que la caution reste valable.

Dans certaines hypothèses, le juge s'efforce de limiter la portée de l'annulation, c'est l'hypo où il est obligé d'annuler mais il va trouver un moyen de la limiter. Par ex dans le cas d'un cautionnement solidaire qui contenait bien la mention manuscrite mais pas la mention supplémentaire, la ch comm dans un arrêt 8 mars 2011 nous dit que seule la stipulation de solidarité est nulle et non le cautionnement tout entier. Autre ex arrêt ch com 1^{er} oct 2013 : dans cet arrêt la mention manuscrite indiquait seulement que la caution s'engageait sur ses revenus (et pas biens + revenus), ici la Cour de cass nous dit que le cautionnement demeure valable et l'irrégularité commise a seulement pour csq de limiter le gage du créancier aux seuls revenus de la caution.

Le législateur a adopté un système de tout ou rien qui a des csqs excessives. Autant on peut penser que la caution profane a besoin d'être protégée mais pas la caution du commerçant. Le contenu des mentions manuscrites peut se retourner contre les cautions : on parle d'un montant limité. Avec cette loi la caution omnibus est interdite, du moins sous forme d'un acte sous seing privé. En revanche pourquoi avoir imposé une durée déterminée ? Il vaut bien mieux être engagé pour une durée indéterminée car sinon on a une faculté de résiliation unilatérale de l'engagement. Pas de résiliation unilatérale si on a un engagement pour une durée déterminée. On a porté atteinte à la protection des cautions.

II. Les vices du consentement pouvant être invoqués par la caution

Il n'est pas interdit de se porter caution pour un débiteur dont l'insolvabilité est déjà avérée : arrêt ch com 10 oct 1995. Encore faut-il s'engager en connaissance de cause. Le pb qui se pose c'est celui de savoir ce qu'il se passe si la caution a été laissée dans l'ignorance de la situation réelle du débiteur principal : quels sont les recours possibles de la caution ? on songe en premier lieu à invoquer l'erreur comme cause de la nullité de son engagement. Seulement elle ne peut pas être invoquée ici en principe car l'insolvabilité du DP au jour de l'engagement de la caution ça n'est qu'un simple motif de l'engagement de la caution. En droit des oblig si on admet l'erreur sur la cause on n'admet pas l'erreur sur les motifs. Depuis un arrêt ch com 2 mars 1982 la JP affirme que la caution ne peut invoquer une erreur sur la solvabilité du DP que si elle démontre qu'elle avait fait de cette solvabilité une condition déterminante de son engagement.

Quand peut-on l'admettre ?

Si il y a une clause en ce sens dans le contrat de cautionnement. Mais dans les faits on ne rencontre jamais une telle clause.

La JP ne l'admet par hypothèse que dans des circonstances exceptionnelles. Dans un arrêt ch com 1^{er} oct 2002 : le DP est une entreprise en difficulté et qui va faire l'objet d'un plan de redressement. On trouve une caution qui accepte de garantir l'exécution du plan de redressement. Il va s'avérer qu'au moment de l'engagement de la caution l'entreprise était déjà dans un état désespéré, ici en raison des circonstances la cour va admettre que la caution ne s'était engagé que dans la mesure où le redressement était concevable, elle admet que la caution a pu commettre une erreur relative à la santé financière du DP.

En revanche, la JP admet beaucoup plus souvent que la caution puisse invoquer le dol ou la réticence dolosive lorsque le créancier n'a pas révélé à la caution la situation irrémédiablement obérée du débiteur.

La JP va admettre la réticence dolosive dans ce cas là mais la nullité du cautionnement va supposer la réunion de 3 conditions :

- 1^{ère} condition : le dol ou la réticence dolosive doit être le fait du créancier et non pas d'un tiers au contrat. Ce créancier il faut qu'il ait connu la situation réelle du DP au jour de conclusion du contrat de cautionnement.
- 2^{ème} condition : il faut que la réticence dolosive ait été déterminante. Mais la JP admet à ce propos l'existence d'une présomption au profit de la caution. Si la réticence dolosive est établie, elle est présumée déterminante. Dans cette hypo, c'est donc au créancier qu'il appartient de rapporter la preuve contraire.
- 3^{ème} condition : il faut que la caution n'ait pas eu les moyens de se renseigner sur la situation financière du DP. La JP va distinguer d'un côté la caution profane (étrangère aux affaires du DP) pour lequel on va admettre la réticence dolosive et de l'autre côté la caution avertie (cas du dirigeant social de l'entreprise DP) où on n'admet presque jamais la réticence dolosive.

Section 3. L'aptitude à contracter

Le cautionnement est un acte particulièrement grave par nature car il expose la caution à perdre une partie de son patrimoine et à le perdre le plus souvent sans aucune contrepartie. En conséquence, on peut observer que l'aptitude à contracter va se trouver restreinte chaque fois que la signature d'un contrat de cautionnement par une personne a pour effet d'engager le patrimoine d'une autre personne. Cela correspond à l'application au cautionnement du droit des incapacités, du droit des sociétés et du droit des régimes matrimoniaux.

I. Cautionnement et droit des incapacités.

Un mineur ou un majeur sous tutelle ne peut pas, seul, se porter caution du paiement de la dette d'autrui. Le représentant de l'incapable peut-il conclure un tel contrat au nom de l'incapable ?

Jusqu'en 1997, il était admis de manière usuelle en JP que la gravité du cautionnement était tellement importante que le représentant légal de l'incapable ne pouvait pas conclure un tel contrat au nom de l'incapable et cela même avec l'autorisation du conseil de famille, même avec l'autorisation du juge des tutelles. Ce principe d'interdiction a été en partie remis en cause par un arrêt 1^{ère} civ 2 déc 1997. Arrêt qui concernait un cautionnement réel, la Cour de cassation va affirmer que « l'adm légal peut avec l'autorisation du juge des tutelles grever de droits réels les immeubles du mineur lorsque cet acte de disposition est conforme à l'intérêt du mineur ». La doctrine, à la suite de cet arrêt, a pensé que ce qui avait été affirmé au cautionnement réel pouvait s'appliquer au cautionnement personnel dès lors qu'il était limité à un certain montant.

Cette nouvelle solution JP a été ultérieurement brisée par le législateur : loi 5 mars 2007. Cette loi pose dans un nouvel article 509 Cciv à nouveau un principe d'interdiction qui s'applique aux mineurs et majeurs incapables : le tuteur ne peut jamais, même avec une autorisation, constituer une sûreté pour garantir la dette d'autrui.

II. Cautionnement et droit des sociétés

Pour être valablement consenti au nom d'une société, le cautionnement doit rentrer dans son OS et doit être aussi conforme à l'IS.

A. La conformité à l'objet social

S'agissant des sociétés civiles et des SNC, la conformité à l'objet social suppose que l'octroi d'un cautionnement soit prévu dans les statuts. En pratique, ce n'est jamais le cas. Si ce n'est pas prévu dans les statuts la conformité peut être admise dans 2 hypothèses :

- 1^{ère} hypothèse : la conformité à l'objet social va être admise quand le consentement résulte d'une décision unanime de tous les associés. On va considérer que c'est conforme à l'OS car c'est équivalent à une modification des statuts.

- 2^{ème} hypothèse : la conformité est admise dans la JP lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre la société garante et la société cautionnée.

S'agissant des SARL et des SA, le problème de la conformité à l'objet social ne se pose pas car les sociétés de capitaux sont engagées par tous les actes de leurs représentants même s'ils sont étrangers à l'objet social. Dans le cas des SA, le contrôle de la conformité du cautionnement à l'OS est remplacé par l'exigence d'une autorisation du conseil d'adm ou du conseil de surveillance (articles L 225-35 et L 225-68 Ccom).

B. La conformité à l'intérêt social

Pour toutes les sociétés, le cautionnement sera nul si il n'est pas conforme à l'intérêt social. Le défaut d'intérêt social peut résulter :

- Quand on a la preuve de l'existence d'une collusion frauduleuse aux dépens des créanciers sociaux : arrêt ch com 14 déc 1999.
- Quand la réalisation du cautionnement conduit ou peut conduire la société à perdre la totalité de son patrimoine : arrêt ch com 3 juin 2008. Cette JP est d'autant plus importante que la cour de cass nous dit dans un arrêt 3^{ème} civ 12 sept 2012 que l'accord unanime des associés ne peut pas pallier le défaut d'intérêt social.

S'agissant des SA et des SARL, l'exigence de conformité à l'IS se traduit également par une interdiction spécifique. En effet, les art L 223-21 et L 245-43 Ccom interdisent aux personnes physiques administrateurs d'une SA ou gérant d'une SARL de faire cautionner par la société leurs engagements avec les tiers. Cela ne vaut que pour les dirigeants personnes physiques.

III. Cautionnement et droit des régimes matrimoniaux

Avant la réforme de 1985, le mari administrait seul la communauté conjugale et son cautionnement engageait à la fois ses biens propres et les biens communs ordinaires. Au contraire, le cautionnement donné par l'épouse engageait seulement les biens propres de l'épouse et ses biens communs réservés (gains et salaires).

Après la réforme de 1985, il a été décidé dans l'art 1415 qu'un cautionnement consenti par un époux seul ne peut engager que ses biens propres et revenus. Pour que les biens communs soient engagés, il faut que ce cautionnement ait été autorisé par l'autre époux.

Il y a 4 situations possibles :

- 1^{er} cas : le cautionnement donné par un conjoint sans l'autorisation de l'autre. Seul les biens propres et revenus du conjoint caution sont engagés.
- 2^{ème} cas : le cautionnement donné par un conjoint avec l'autorisation de l'autre. Les biens propres et revenus du conjoint caution sont engagés ainsi que les biens communs. En revanche, les biens propres et revenus de l'autre conjoint ne sont pas engagés car il n'a fait qu'autoriser le cautionnement donné par l'autre conjoint.
- 3^{ème} cas : le cautionnement donné par les deux conjoints, chacun s'engageant avec l'autorisation de l'autre : c'est le cas quand ils s'engagent dans le même acte. Arrêt com 5 fév 2013. Dans ce cas, tous les biens et revenus des deux époux sont engagés.
- 4^{ème} cas : le cautionnement donné par les deux conjoints mais chacun des conjoints s'engageant de manière séparée sans autorisation de l'autre. La Cour de cassation considère depuis un arrêt 1^{ère} civ 15 mai 2002 que le fait que chacun des conjoints se trouve engagé dans une caution n'implique pas nécessairement qu'il ait autorisé le cautionnement de l'autre. Dans cette hypothèse les biens propres et les revenus des deux époux sont engagés mais pas les biens communs.

Bien que l'art 1415 Cciv ne vise que le seul cautionnement, la Cour de cassation en a fait application à toutes les sûretés personnelles. Il est appliqué par ex à la garantie à première demande : arrêt 1^{ère} civ 20 juin 2006.

Il s'agit ici de protéger la communauté contre un risque d'appauvrissement dénué de contrepartie : il existe pour le cautionnement et de manière générale pour toutes les sûretés personnelles.

En revanche, ce texte ne s'applique plus au cautionnement réel, le cautionnement réel, ayant pour objet un bien commun, relève de l'art 1422 al 2 Cciv.

L'art 1415 Cciv, en pratique, ne va constituer qu'une protection temporaire du conjoint qui n'a pas donné son autorisation.

C'est une protection dans un 1^{er} temps car le cautionnement contracté par l'un des époux empêche le créancier d'agir sur les biens communs. Seulement, le créancier va agir sur les propres et les revenus de celui qui s'est porté caution.

Or, dans un 2nd temps lors de la dissolution de la communauté par ex à l'occasion d'un divorce le conjoint caution qui a payé le créancier sur ses biens propres aura un recours en contribution contre l'autre. On considère que la dette résultant du cautionnement fait partie du passif définitif de la communauté. Il en ira différemment que si l'autre conjoint prouve que le cautionnement n'avait été donné que dans l'intérêt personnel du conjoint caution : arrêt 1^{ère} civ 19 sept 2007.

Section 4 - La cause du cautionnement

Comme pour tout contrat, la recherche de la cause du cautionnement ne peut se faire que de manière objective en faisant abstraction des motifs et en recherchant de manière abstraite la cause de toute caution. La Cour de cass a jugé dans un arrêt de principe, arrêt époux l'empereur com 8 nov 1972 : l'obligation de la caution trouve sa cause dans le crédit accordé par le créancier aux DP. En conséquence la disparition de ces motifs est sans influence sur l'existence de l'engagement de la caution.

Ce problème en pratique se pose notamment à propos du dirigeant social qui s'est porté caution des dettes de son entreprise et qui cesse ses fonctions. On demande au nouveau dirigeant social de se porter caution des dettes. Quelques années plus tard, l'entreprise est en décaissement, la banque adresse s'adresse à l'ancien dirigeant social et lui demande de payer. Est ce qu'il doit payer ? Oui car il est toujours caution. S'il n'a pas résilié son engagement de caution, il ne peut pas invoquer la perte de sa qualité de dirigeant social, la disparition du motif est sans influence sur son engagement.

Section 5 – L'objet du cautionnement

Définir l'objet du cautionnement implique d'une part de déterminer les dettes garanties par la caution et d'autre part de délimiter le quantum.

I. La détermination des dettes garanties.

Ce problème ne se pose pas lorsque la caution s'est engagée à garantir une dette présente. Ce problème se pose chaque fois que la caution a entendu garantir des dettes futures et incertaines. Lorsqu'on a un tel engagement de garantir les dettes futures, il va falloir déterminer le contenu exact de cet engagement et on va appliquer une distinction qui a été inventé par Christian Mouly dans sa thèse en 1979, qui a été consacré par la Cour de cass.

On va dire que l'engagement de caution fait naître deux sortes d'obligations :

- Une obligation de couverture : l'obligation de garantir le paiement des dettes qui naîtront pendant une certaine période de temps. Cette obligation de couverture dans le cas d'un cautionnement à durée indéterminée va s'arrêter à la date de résiliation du cautionnement.
- Une obligation de règlement : l'obligation de payer en cas de défaillance du DP les dettes qui sont nées dans la période de temps couverte par l'obligation de couverture.

L'intérêt de cette distinction : elle permet d'expliquer les effets d'une résiliation d'un cautionnement à durée indéterminée ayant pour objet des dettes futures.

Ex : on a aujourd'hui un cautionnement à durée indéterminée, il se trouve résilié le 1^{er} janv 2018, la résiliation va mettre fin à l'obligation de couvertures. Les dettes nées après le 1^{er} janv 2018 ne seront pas garanties par le cautionnement, en revanche toutes celles nées avant sont garanties. Mais la résiliation ne met pas fin à l'obligation de règlement, la caution même après le 1^{er} janv 2018 va demeurer tenue par cette obligation, elle sera tenue pour toutes les dettes nées avant la résiliation.

II. La délimitation du quantum de la dette garantie

Il est déterminé par l'acte de cautionnement lui-même (puisque l'on a vu que la caution peut s'engager de manière indéfinie, soit le plus souvent d'une manière limitée en indiquant par ex qu'elle ne peut pas être tenue au-delà de tel montant).

Seulement tous les problèmes ne sont pas résolus.

A. La garantie des accessoires

Si le cautionnement est indéfini :

Il n'y a pas de difficultés puisque l'art 2293 Cciv donne la réponse : le cautionnement indéfini s'étend à tous les accessoires de la dette garantie. Ceci suppose toutefois que ces accessoires aient pu être prévus par la caution lors de son engagement. Cela ne va donc concerner que les accessoires ayant un caractère contractuel. En revanche les D&I délictuels qui seraient dûs au DP par le créancier ne seraient pas garantis par le cautionnement.

Si le cautionnement est limité :

Par ex à hauteur de 100 000 euros.

Avant la loi Dutreil il fallait faire une distinction.

- 1^{ère} hypothèse : la mention manuscrite de l'art 1326 indiquait que la caution s'engageait jusqu'à un plafond de 100 000 euros mais sans plus de précisions. Dans ce cas ce plafond constituait un maximum. De ce fait, les accessoires ne pouvaient être garantis par le cautionnement que dans la mesure où leurs montants ajoutés au principal n'étaient pas supérieurs au plafond.
- 2^{ème} hypothèse : la mention manuscrite indiquait que la caution s'engageait à hauteur de 100 000 euros en principal, la JP considérait que les accessoires étaient garantis en plus des 100 000 euros de principal. Arrêt com 4 fév 2011.

Avec la loi Dutreil : la solution change du fait du changement dans la mention manuscrite.

- Si on a un cautionnement qui est donné par acte sous seing privé : la mention manuscrite prévue par l'art L 341-2 CConso a pour conséquence que le cautionnement doit être donné pour un montant limité couvrant le paiement des accessoires.
- Si on a un cautionnement donné par un acte authentique ou par acte sous seing privé contresigné par un avocat : l'exigence de la mention manuscrite ne s'applique pas. ce cautionnement n'est pas forcément donné pour un montant limité. On peut avoir un cautionnement indéfini donc un cautionnement qui va garantir le paiement des accessoires, les accessoires seront garantis sans limite. Selon l'art L 341-5 CConso, un tel cautionnement illimité ne peut pas être un cautionnement solidaire. Cela ne peut être qu'un cautionnement simple.

B. L'imputation des paiements partiels

Ce problème va se poser seulement dans le cas d'un cautionnement limité et dans l'hypothèse où une partie seulement de la dette a été garantie par le cautionnement.

Ex : une créance de 100 000 euros, le paiement de la dette est garanti par un cautionnement à hauteur de 50 000 euros. Le DP a payé une partie de la dette (50 000). Les 50 000 qu'il a payés est-ce qu'on les

impute sur la fraction garantie par le cautionnement ou sur celle qui n'est pas garantie par le cautionnement ?

Si les parties n'ont rien prévu dans le contrat : la JP considère depuis arrêt ch com 5 nov 1968 que les paiements partiels s'imputent d'abord sur la partie de la dette qui n'est pas garanti par le cautionnement.

Le Cciv nous dit qu'un créancier n'est jamais obligé d'accepter un paiement partiel. La JP considère donc que si un créancier accepte un paiement partiel cela ne doit pas lui porter préjudice. En conséquence, on en déduit que l'imputation du paiement partiel ne doit pas lui porter préjudice non plus donc l'imputation se fait sur la partie de la dette qui n'est pas garanti par le cautionnement.

Chapitre 3 - L'extinction du cautionnement

L'extinction du cautionnement peut être la conséquence du caractère accessoire. On va s'intéresser à l'autre grand mode de cautionnement : l'extinction par voie principale.

Cette extinction peut se faire selon 2 grandes modalités :

- De l'application du droit commun des obligations.
- De l'application de règles spécifiques au droit du cautionnement qui ont trait à la faute que peut éventuellement commettre le créancier à l'égard de la caution.

Section 1 – L'application du droit commun des obligations

I. L'extinction de l'obligation de règlement

A. Les causes de l'extinction

L'extinction de l'obligation de règlement se fait selon le mode classique : paiement, compensation avec une dette que le créancier aurait envers la caution, prescription extinctive... Il faut signaler le fait que l'intuitu personae ne joue aucun rôle en la matière. En effet s'agissant de la garantie d'une dette déjà née, la considération de la personne du créancier ou du débiteur principal a très peu d'importance. En principe et sauf clause contraire du contrat de cautionnement, l'obligation de règlement n'est pas éteinte lorsque la créance garantie se trouve transmise. C'est affirmé dans le cas de la cession de la créance garantie par l'art 1692 Cciv.

Cela vaut d'une manière plus générale pour tous les cas de transmission de la créance garantie et notamment cela va s'appliquer en cas de cession de contrat. Cela a été affirmé par un arrêt AP 6 déc 2004 dans l'hypothèse d'une cession d'un contrat de bail garanti par un cautionnement.

B. Les effets de l'extinction

L'extinction de l'obligation de règlement va libérer la caution.

a) Les effets à l'égard du débiteur principal

La relation d'accessoire à principal c'est une relation qui ne joue qu'à sens unique. Si l'extinction de l'obligation du DP libère la caution, l'inverse n'est pas vrai. L'extinction de l'obligation de la caution ne libère pas le DP.

Il faut distinguer selon que le mode de libération de la caution a ou non pour conséquence de satisfaire le créancier. Il faut envisager 3 hypothèses :

- 1^{ère} hypothèse : **le mode d'extinction de l'obligation de règlement de la caution est totalement satisfaisant pour le créancier.**

Par ex parce que le créancier a reçu un paiement total de la part de la caution. Pour le DP, cela implique qu'il est totalement libéré vis-à-vis du créancier mais il demeure tenu pour la totalité de la dette à l'égard de la caution.

- 2^{ème} hypothèse : **le mode d'extinction de l'obligation de règlement de la caution est partiellement satisfaisant pour le créancier.**

Par ex il n'a reçu qu'un paiement partiel de la caution. Le DP demeure tenu vis-à-vis du créancier pour la partie impayée de la dette et va devenir débiteur de la caution pour la partie de la dette que la caution a payé.

Dans le cas particulier de la compensation qui joue entre le créancier et la caution : il y a 2 points importants.

- Le DP ne peut opposer au créancier la compensation de ce que le créancier doit à la caution avec la dette garantie qu'à la condition que cette compensation ait déjà été invoqué par la caution selon **l'art 1294 al 2 Cciv.**
- Dans le cas particulier où la compensation serait due à l'octroi de D&I à la caution : une telle compensation ne constitue pas un mode d'extinction satisfaisant pour le créancier.

- 3^{ème} hypothèse : **le mode d'extinction de l'obligation de règlement de la caution n'est pas du tout satisfaisant pour le créancier.**

Par ex le créancier a accordé une remise de dette à la caution. Dans ce cas, **l'art 1287 al 2 Cciv** nous dit que la remise de dette accordée à la caution ne libère pas le DP.

Autre ex : en cas de confusion entre la personne du créancier et la personne de la caution. Par ex si il y a eu fusion de la société créancière avec la société caution. **L'art 1301 al 2 Cciv** nous dit que la confusion qui s'opère en la personne de la caution n'entraîne pas l'extinction de l'obligation principale.

b) Les effets à l'égard des cofidélusés

Si le mode d'extinction n'est pas satisfaisant pour le créancier, le cofidélusé ne pourra pas s'en prévaloir : arrêt ch com 28 janv 1997. En l'espèce, on avait un créancier dont la caution était en PC et le créancier ne déclare pas en temps utile sa créance à la PC de la caution. La sanction est que la créance se trouve éteinte. La question était de savoir si un cofidélusé pouvait se prévaloir de cette extinction ? La cour de cass refuse, il ne peut pas s'en prévaloir.

Si le mode d'extinction satisfait le créancier, l'obligation du cofidélusé va se trouver diminuée à hauteur de la satisfaction procurée au créancier. C'est ce qui est affirmé dans le cas d'un paiement effectué par la caution par l'art 1288 Cciv.

II. L'extinction de l'obligation de couverture

A la différence de l'obligation de règlement, l'obligation de couverture est fortement marquée par l'intuitu personae. Ceci est justifié par le fait qu'à défaut le cautionnement de dette future serait beaucoup trop dangereux pour la caution. Si une caution s'engage à garantir toutes les dettes à venir d'une société, pour le faire il faut quand même avoir confiance dans l'entreprise et dans la banque. Quand on accepte un tel engagement cela suppose qu'on ait accordé sa confiance au DP mais aussi au créancier, la prise en compte de leurs personnes doit être faite.

Du fait de ce caractère intuitu personae, l'extinction de l'obligation de couverture va présenter un certain nombre de particularités.

A. Les causes de l'extinction

Le pb de l'extinction de l'obligation de couverture de la caution se pose essentiellement en pratique lorsque cette obligation a une durée indéterminée. Dans ce cas, l'obligation de couverture peut prendre fin de 2 manières : soit par sa résiliation, soit par la survenance d'un événement jouant le rôle d'un terme extinctif implicite.

a) La résiliation unilatérale

La faculté pour la caution de résilier unilatéralement son engagement c'est la csq inéluctable de la prohibition des engagements perpétuels et du fait que le cautionnement soit ici donné pour une durée indéterminée. La résiliation unilatérale n'est pas possible si le cautionnement a été donné pour une durée déterminée.

Cette résiliation unilatérale va permettre à la caution de mettre fin à son obligation de couverture à un moment où la situation financière du DP ne s'est pas encore trop détériorée. Pour cela encore faut-il que la caution n'ait pas oublié l'existence de son engagement. Or toutes les cautions ne suivent pas l'évolution des affaires du DP et si rien n'était prévu dans la loi beaucoup de cautions auraient tendance à oublier leurs engagements en pensant que les affaires du DP sont bonnes.

La protection de la caution ici va supposer que l'on empêche cet oubli et que la caution soit informée de l'évolution des affaires du DP.

Pour protéger la caution, la loi du 1^{er} mars 1984 dans son art 48 devenu aujourd'hui l'art L 313-22 Code monétaire et financier. Cette loi a mis à la charge des établissements de crédit une obligation d'information annuelle de la caution.

Cette obligation présente plusieurs caractéristiques :

C'est une obligation qui doit être exécutée jusqu'à l'extinction complète de la dette du DP même si le créancier a obtenu contre la caution une condamnation au paiement de cette dette et une condamnation même passée en force de chose jugée (pas de recours suspensif). Tant que la caution n'a pas payé il va falloir continuer à l'informer de manière annuelle. Affirmé par un arrêt ch mixte 17 nov 2006.

Cette obligation d'information annuelle s'applique aussi bien dans le cas de la caution profane que dans le cas de la caution avertie et notamment même dans le cas de la caution dirigeant social, cela a été jugé dans un arrêt ch com 25 mai 1993. Cette obligation va s'appliquer pour tous les concours financiers consentis à une entreprise.

Chaque année, au plus tard le 31 mars, l'établissement de crédit doit indiquer à la caution d'une part le montant du principal et des intérêts restant à couvrir au 31 déc de l'année précédente. la cour de cassation a réécrit la loi et a modifié le contenu : arrêt ch com 10 janv 2012. C'était inapplicable à une ouverture de crédit en compte courant d'où la modification.

L'établissement de crédit doit aussi rappeler à la caution le terme de l'obligation garantie ou bien si l'engagement est à durée indéterminée sa faculté de résilier unilatéralement.

L'idée est de permettre à la caution l'évolution de la dette garantie de manière à pouvoir résilier son engagement en temps utile.

En principe c'est à l'établissement de crédit qu'il appartient de prouver que cette obligation d'information a été exécutée. La cour de cass a développé une JP favorable aux banques :

- Arrêt, ch com, 17 juin 1997 : la ch com a commencé par dire que la fourniture de l'information est un fait et donc cela peut être prouvé par tout moyen, y compris par une lettre simple.
- Arrêt, 1^{ère} civ, 25 nov 1997 : elle précise qu'il n'incombe pas à l'établissement de crédit de prouver que la caution a effectivement reçu l'information.

Selon la Cour de cassation, il suffit à la banque pour prouver la photocopie de la lettre d'information et de prouver qu'elle a bien envoyé cette lettre par listing informatique. C'est alors à la caution qu'il incombe donc de prouver qu'elle n'a pas reçu l'information. C'est assez sévère pour la caution car prouver qu'on n'a pas reçu l'information est une preuve négative, preuve négative en général impossible à rapporter. Cette souplesse de JP reste cependant limitée car elle refuse d'accueillir une preuve par le simple procédé du listing. Malgré cette souplesse, cette JP favorable, il arrive qu'une banque ne puisse pas prouver qu'elle a exécuté son obligation d'information.

Quelle est la sanction ?

La sanction est la perte pour le créancier du droit d'exiger de la caution le paiement des intérêts échus depuis la précédente information. Cela concerne les seuls intérêts conventionnels et pas les intérêts moratoires. Cette sanction n'est pas très importante.

Elle a été d'autant moins importante au départ qu'elle était totalement inefficace en pratique. Dans l'immense majorité des cas, quand un débiteur principal est défaillant il n'est jamais défaillant dès la 1^{ère} échéance. Cela veut donc dire en pratique qu'il y a toujours une partie de la dette qui a été payée. Or l'art 1254 Cciv nous dit que le paiement partiel d'une dette s'impute d'abord sur les intérêts. A partir de là, pour le créancier perdre le droit de paiement des intérêts ne change rien à sa situation. L'application de l'art 1254 Cciv rendait ainsi inefficace l'application de la sanction et de l'art 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 : arrêt ch com 11 juin 1996.

Cela a conduit le législateur à intervenir : loi 25 juin 1999. Cette loi est venue ajouter dans l'art 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 une phrase supplémentaire « les paiements effectués par le DP sont réputés dans les rapports entre la caution et l'établissement de crédit affectés prioritairement au règlement du principal de la dette ». Cette nouvelle disposition est venue s'appliquer aux cautionnements en cours mais elle n'a pas d'effet rétroactif : arrêt ch com 29 avril 2003.

Une autre question s'est posée à propos de l'ancien art 48 de la loi du 1^{er} mars 1984 : la sanction édictée par ce texte est-elle ou non exclusive de l'application du droit commun de la responsabilité ? Sur le terrain du droit commun de la resp, le créancier a commis une faute en n'informant pas la caution, il lui a fait perdre une chance de résilier en temps utile son engagement. Ne pourrait-on pas le condamner à des D&I ?

Dans un 1^{er} temps la Cour de cassation avait admis ce raisonnement, ce cumul de la sanction de l'art 48 et de l'application du droit commun de la resp.

Mais, par la suite la ch com va effectuer un revirement de JP : arrêt, ch com, 25 avril 2001. Dans cet arrêt, la Cour de cass affirme « qu'il résulte de l'art 48 que, sauf dol ou faute lourde du dispensateur de crédit, l'omission des informations prévues par ce texte est sanctionnée par la seule déchéance des intérêts ». Cette solution a toujours été reprise depuis avec juste un très léger assouplissement puisque la JP ne réserve plus seulement l'hypo du dol ou de la faute lourde mais elle réserve aussi le manquement distinct ou la faute distincte.

Assez curieusement, la Cour de cassation a finalement analysé ce texte comme une sorte de limitation légale de responsabilité : on retrouve la JP des clauses limitatives de responsabilité.

Le domaine de l'obligation d'information annuelle :

Initialement la loi de 1984 avait prévu que cette obligation s'appliquait à tous les cautionnements consentis par une personne physique ou morale pour garantir les concours financiers accordés par un établissement de crédit à une société pour les besoins de son activité.

Par la suite cette obligation d'information annuelle va être étendue par la loi 11 fév 1994 : les dispositions de l'art 48 s'appliquent également à tous les cautionnements de dettes professionnelles. En revanche, jusqu'en 1998, cette obligation d'information annuelle ne s'appliquait pas s'agissant de cautionnement garantissant un crédit accordé à un particulier pour des fins professionnelles : arrêt 1^{ère} civ, 9 mai 1996.

Ceci va être modifié par la loi 28 juillet 1998, elle va créer une autre obligation d'information annuelle dans un autre texte. Pour cela, cette loi ajoute à l'ancien article 2016 Cciv (nouvel art 2293 Cciv) une phrase qui affirme « lorsque le cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ses accessoires au moins annuellement sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette ».

Désormais, tous les créanciers bénéficiaires d'un cautionnement indéfini (le cautionnement indéfini est le domaine de l'art 2293 : arrêt ch com 2 janv 2010) donné par une personne physique vont être tenus d'une obligation d'information annuelle de la caution.

La loi Dutreil du 1^{er} août 2003 va insérer dans le CConso un nouvel art L 341-6 qui reprend plus ou moins le texte de l'art L 313-22 CMF. Le créancier qui est visé ici à la différence de l'art L313-22 CMF n'est pas forcément un établissement de crédit, on vise cette fois tous créanciers professionnels. Cela a pour csq que l'art L 341-6 est applicable dans les rapports entre une caution professionnelle et sa sous caution. Le pb de l'application dans le temps du nouvel art L 341-6, la Cour de cass dans un arrêt, ch com, 13 fév 2007 a refusé une application rétroactive.

En matière d'obligation d'information annuelle, on a donc L313-22 CMF, 2293 C. civ, et L 341-6 C. conso. Comme le législateur n'abroge pas les anciens textes, on a donc trois textes législatifs dont les domaines d'application ne sont pas définis de la même manière. Le législateur crée une insécurité juridique c'est la raison pour laquelle la **commission Grimaldi** avait proposé de supprimer tous ces textes et de prévoir l'obligation annuel d'information dans un seul article du code civil en lui donnant un domaine d'application général. Malheureusement lors de la délibération, les parlementaires se sont opposés à ce que cette partie de la réforme du droit des suretés puissent être adoptée.

Donc la caution, si son engagement est à durée indéterminée, a la possibilité de mettre fin à son obligation couverture en résiliant unilatéralement cet engagement.

b) Le terme implicite

Lorsque nous avons étudié la cause, nous avons vu que pour assurer la sécurité juridique, la jurisprudence refuse de tenir compte de la disparition des motifs ayant pu déterminer l'engagement de la caution. Mais ce refus n'est pas complet s'agissant de l'obligation de couverture. En effet, cette obligation est d'avantage marquée par l'*intuitu personae* même si la jurisprudence rechigne souvent à admettre l'existence d'un terme implicite de l'obligation de couverture.

Nous allons envisager les trois cas principaux dans lesquels le terme implicite s'impose et voir si la jurisprudence l'accepte ou pas : le **décès de la caution**, la question du **changement dans les relations** entre la caution avec le débiteur principal et enfin, la question de la **modification de la personne** du débiteur ou du créancier.

1) Le décès de la caution

Selon l'article 2294 C. civ : « *les engagements de la caution passent à ses héritiers* ».

- Et, à une époque où la distinction entre obligation de couverture et de obligation de règlement n'avait pas été mis en place par la doctrine (donc avant 1979), la Cour considérait donc que le **décès de la caution n'avait aucune influence** sur le sort du cautionnement. Les héritiers étaient donc tenus du paiement de toutes les dettes, mêmes celles survenues après le décès de la caution. En pratique, cela pouvait avoir des conséquences catastrophiques pour les héritiers, notamment certains n'avaient pas forcément connaissance du cautionnement, et ce qui pouvait arriver c'est que quelques années après le décès, ils recevaient une mise en demeure de payer une somme importante.

- Après la découverte de la distinction entre obligation de couverture et de règlement, la cour de cassation va opérer un **revirement de jurisprudence**, dans un **arrêt de principe Com. 29 juin 1982, arrêt Consorts Ernault** : dans lequel elle a consacré cette distinction en considérant que « *l'obligation de couverture cesse avec le décès de la caution* ». Seule l'obligation de règlement est transmise aux héritiers et les héritiers ne sont donc pas tenus de garantir les dettes qui sont nées avant le décès de la caution.
- Par la suite, la cour de cassation va renforcer cette protection dans un **arrêt Com. 13 janvier 1987** en affirmant que « *toute clause contraire qui aurait pour effet de faire survivre l'obligation de couverture constituerait un pacte sur succession future* ». Or ces pactes sont interdits par l'article 1130 C. civ.
- Cette protection des héritiers de la caution a été encore renforcée puisque le législateur a permis aux héritiers d'échapper à l'obligation de couverture mais aussi d'échapper parfois à l'obligation de règlement. En effet, selon le nouvel article 786 al. 2 du code civil : « *l'héritier ayant accepté purement et simplement une succession peut demander à être déchargé en toute ou partie de son obligation à une dette successorale, qu'il avait des motifs légitimes d'ignorer au moment de l'acceptation; lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour effet d'obérer gravement son patrimoine personnel* ». Ça sous-entend le fait qu'en raison de la dette liée au cautionnement, le défunt aurait transmis plus de passif que d'actif à ses héritiers. Cette action doit être exercée par l'héritier dans un délai de 5 mois à compter du jour où l'héritier a eu connaissance de la dette.
- ➔ Le législateur a conféré au juge un pouvoir modérateur important qui limite l'efficacité du cautionnement en cas de décès.

La nécessité de protéger les héritiers d'une personne physique à l'encontre d'un cautionnement consenti par un défunt dont ils ignorent l'existence, **ne se retrouve** pas dans l'hypothèse où le cautionnement a été consenti par une société et où la personne morale de cette société disparaît à l'occasion d'une fusion absorption. Certains auteurs et parmi les plus éminents spécialistes du droit des sûretés considèrent que dans le cas d'une fusion-absorption, il faut raisonner comme pour un décès. Pour Crocq ceci est erroné car la situation n'est pas du tout la même dans la mesure où la société absorbante le fait en connaissance des engagements qui ont été pris par la société caution. Un arrêt rendu par **Com, 7 janvier 2014** a pu sembler admettre la survie de l'obligation de couverture dans une pareille hypothèse. Néanmoins cet arrêt n'est pas vraiment probant car il se justifie surtout par les particularités de l'espèce : il s'agissait d'un sous-cautionnement et non pas d'un cautionnement.

2) Le changement dans les relations entre la caution et le débiteur principal

Le **revirement de 1982** à propos du décès pouvait donner à penser que la Cour de cassation allait admettre par la suite qu'un changement dans les relations entre caution et débiteur principal puisse également constituer un terme implicite qui mettrait fin à l'obligation de couverture. Mais, tel n'a pas été le cas, notamment à propos de la caution dirigeant-social qui cesse ses fonctions. La jurisprudence considère que « *arrêt des fonctions de dirigeant social ne constitue pas un terme implicite de son obligation de couverture, sauf stipulation contraire dans le contrat* ». Il faudrait donc une stipulation expresse dans les contrats qui le prévoit.

Cette jurisprudence est particulièrement sévère dans le cas d'un dirigeant-social qui prend sa retraite. Si on combine plusieurs décisions de la Cour de cassation on se rend compte que chaque décision restée isolée mais que la combinaison de toutes conduit à une sévérité excessive. Par exemple, un gérant de SARL cède à sa retraite ses parts sociales à un nouveau dirigeant. L'ancien dirigeant et le nouveau vont informer le banquier de la société de ce changement. La banque va en général accepter, mais va dire au nouveau dirigeant-social de se porter caution comme l'était le précédent.

- ➔ Sauf que ce n'est pas un engagement qui remplace l'autre, c'est un engagement qui **s'ajoute** à l'autre, l'ancien dirigeant-social n'est pas pour autant libéré.
- ➔ De plus, l'arrêt **Com. 29 janvier 2002** a affirmé que la banque n'est tenue d'aucune obligation d'information vis-à-vis de la caution dirigeant-social qui cesse ses fonctions.

Certes, on pourrait dire qu'il reste toujours l'obligation annuelle d'information. Mais il est possible que cette obligation ne soit pas délivrée par la banque étant donné sa sanction est très faible : la banque ne pourra pas demander le paiement des intérêts conventionnels mais s'agissant du principal ça ne change rien.

Jurisprudence anormalement sévère à l'égard du dirigeant social qui quitte ses fonctions. Une seule possibilité c'est de mettre en jeu la responsabilité professionnelle du rédacteur de l'acte de cession. Si l'avocat ou le notaire n'a pas pris la peine de mettre en garde l'ancien dirigeant social caution des dangers, ce professionnel va faire une déclaration de sinistre auprès de sa compagnie d'assurance : **Com. 4 décembre 2012.**

3) Le changement de débiteur ou de créancier

Dans le cas d'un cautionnement de dettes présentes (et donc déterminées), la considération de la personne du créancier ou du débiteur n'a en principe pas d'incidence, d'effets sur l'étendue du cautionnement, sur le sort de la dette garantie.

En revanche, s'agissant de dettes futures, l'étendue de l'obligation dépend directement de l'attitude du débiteur et du créancier. Il est alors logique qu'un changement dans la personne du créancier ou du débiteur ait un effet sur l'obligation de couverture de la caution, marquée par *l'intuitu personæ*. Quand on accepte de se porter caution sans limite de dettes futures cela suppose qu'on ait accordé sa confiance au débiteur et au créancier.

- ***S'agissant du changement dans la personne du créancier*** : la Cour de cassation l'a reconnu en cas de fusion de la société créancière avec une autre société. Si cette fusion donne naissance à une personne morale nouvelle ou fait disparaître la société créancière, la jurisprudence d'une manière constante considère que la fusion met fin à l'obligation de couverture de la caution : réaffirmé récemment dans un **arrêt du 16 septembre 2014**.
 - ***Changement dans la personne du débiteur*** : la jurisprudence admet également que la fusion met fin à l'obligation de couverture. En revanche, encore faut-il qu'il y ait bien création d'une nouvelle personne morale. En revanche, un simple changement de forme (donc pas de disparition de la PM) de la société débitrice principale ne met pas fin à l'obligation de couverture de la caution.
- ➔ Cf tableau fiche de TD n°5

B. Les effets de l'extinction de l'obligation de couverture

Les conséquences de l'obligation de couverture sont très simples en théorie :

En principe, les dettes du débiteur principal nées après l'extinction ne seront pas garanties par la caution et inversement, les dettes nées avant l'extinction seront garanties.

Mais en pratique c'est un peu moins simple : le cautionnement des dettes futures d'un débiteur principal consiste bien souvent dans le cautionnement du remboursement du solde d'un compte courant que la société débitrice principale a auprès de sa banque. Il faut donc combiner d'un côté les règles du cautionnement et de l'autre les règles de fonctionnement du compte courant.

Section II. La faute du créancier

L'extinction du cautionnement en raison d'une faute commise par le créancier peut se faire de deux manières différentes :

- soit parce que la responsabilité du créancier va être mise en jeu, et les D&I qu'il devra à la caution vont se compenser avec la dette qu'elle a vis-à-vis de lui.
- soit parce que le législateur sanctionne la violation d'une obligation mise à la charge du créancier par une déchéance totale ou partielle de son droit d'agir en paiement contre la caution.

Mais depuis **Com. 13 mars 2012**, ces deux modes de sanction tendent à se rapprocher.

Ces deux modes peuvent s'appliquer aussi bien à des fautes commises **lors de la conclusion du contrat** de cautionnement (Paragraphe 1) ou bien liée à **l'exécution du contrat** (Paragraphe 2).

I. L'extinction du cautionnement en raison de fautes commises lors de la conclusion du contrat de cautionnement

Si on laisse de côté la réticence dolosive du créancier, vue précédemment, l'éventualité d'une faute du créancier lors de la conclusion du contrat peut être envisagée sous forme de deux questions :

- *Le créancier peut-il se voir reprocher par la caution le fait de ne pas avoir attiré son attention sur le caractère risqué de l'obligation de garantie (A)?*
- *Le créancier peut-il se voir reprocher le fait d'avoir accepté un cautionnement excessif par rapport aux capacités financières de remboursement de la caution (B)?*

A. Le caractère risqué de l'obligation garantie

Il y a un principe et une exception :

En principe, la jurisprudence considère qu'il n'appartient pas au créancier de conseiller la caution sur **l'opportunité de son engagement**. Ceci a été affirmé par un arrêt **Civ. 1e, 13 février 1996** : vente d'un fonds de commerce. L'acheteur a recours à un crédit, et le vendeur du fonds de commerce s'est porté caution du remboursement du prêt. La Cour dit que la banque n'était pas tenue d'attirer l'attention de la caution sur le caractère insolite de l'engagement.

Exception : ce principe doit être nuancé aujourd'hui et notamment depuis un **arrêt com. 23 juin 1998** : la Cour a eu à statuer dans une affaire où des dirigeants sociaux s'étaient portés caution des dettes de leur société à l'égard d'un établissement de crédit-bail immobilier. On leur avait dit de construire un hôtel dans les DOM-TOM pour gagner de l'argent, sans payer d'impôts. Or, petit problème, les charges de remboursement constituaient 43% du chiffre d'affaire. Avant même d'avoir loué la moindre chambre d'hôtel, l'entreprise était déjà en déficit. L'établissement de crédit s'est empressé d'agir contre les cautions. Mais la Cour a donné raison à la cour d'appel, qui a considéré que l'établissement de crédit-bail les a laissés se méprendre sur **les risques réels de l'engagement**, car il savait bien que l'opération économique n'était pas économiquement viable et que les cautions n'étaient pas des personnes averties.

- ➔ Selon cet arrêt, si l'opération n'est pas économiquement viable dès le départ, la jurisprudence reconnaît l'existence **d'un devoir de mise en garde** du créancier exceptionnellement. Reste très exceptionnel.

Il y a donc une différence très théorique entre obligation de mise en garde, devoir de conseil. Attention aux termes utilisés.

- **Obligation d'information** : c'est le minimum d'exigence, obligation de donner une information à quelqu'un, peu importe ce qu'il en fait après. L'information est brute.
- **Devoir de mise en garde** : on donne une information, et on met aussi en garde, on illustre l'information, on attire l'attention du cocontractant.

- **Devoir de conseil** : on donne l'information, on met en garde, et on ajoute son opinion. (Mais peu importe si le conseil est suivi ou non). → frontière mince avec le devoir de mise en garde.
- **Devoir d'abstention** : on donne l'information, on dit à la personne de ne pas le faire, mais si elle veut le faire quand même, on refuse de contracter. Exigence maximale

Il faut aussi souligner que bien évidemment, le défaut d'information sur la viabilité initiale de l'opération garantie peut être sanctionné sur le terrain du devoir de mise en garde, mais aussi sanctionné sur le terrain de la réticence dolosive : **Com. 10 juillet 2012**.

B. Le caractère excessif du cautionnement consenti

Peut-on reprocher à un créancier d'avoir accepté un engagement de caution alors que cet engagement était manifestement disproportionné par rapport aux capacités financières de la caution ?

Cette question a reçu une **réponse législative** au sein de l'article L.313-10 C. conso, qui a été créé par la **loi du 31 décembre 1989**. Ce texte pour la première fois, interdit à un établissement de crédit de se prévaloir d'un contrat de cautionnement lorsque ce contrat a été conclu par une personne physique dont l'engagement était, lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens ou à ses revenus, à moins qu'au jour de l'action en paiement dirigée contre la caution, le patrimoine de celle-ci ne lui permette de faire face à son obligation.

On voit que pour la première fois dans notre droit, ce texte pose une **règle de proportionnalité** mais il ne fait pas de la proportionnalité une condition de validité du cautionnement, comme l'a d'ailleurs reconnu la **Civ. 1^{ère} 22 octobre 1996**. Selon le texte, la proportionnalité doit être appréciée non seulement au jour de la conclusion du contrat, mais aussi au jour de l'exécution du contrat. On voit ici que le défaut de proportionnalité fait seulement perdre au créancier son droit d'agir en paiement contre la caution. Une déchéance temporaire, tant que la caution n'est pas revenue à meilleure fortune.

Cette règle posée par l'article L.313-10 n'était initialement applicable qu'en matière de crédit à la consommation, ce qui lui donnait une application limitée mais ceci va changer avec l'**arrêt Com., « Macron » rendu le 17 juin 1997**. On n'est pas dans le domaine d'application de L.313-10 : Macron possède un patrimoine important (de 4 millions) et s'est porté caution des dettes de sa société (à hauteur de 20 millions). Dans cet arrêt, la Cour de Cassation va **généraliser l'exigence de proportionnalité**, en se fondant sur le droit commun de la responsabilité et en affirmant que la banque a commis une faute lorsqu'elle demande à une caution un engagement disproportionné par rapport à son patrimoine. La Cour de cassation va considérer que la banque a commis une faute. La faute va être sanctionnée par des D&I (20 – 4 = 16 millions).

- ➔ Par ce biais, la cour de cassation reconnaît au juge un **pouvoir de réduction du cautionnement**.
- ➔ Cet arrêt aboutit à consacrer en matière de cautionnement un principe général de proportionnalité.
- ➔ En même temps, cet arrêt Macron consacre l'existence d'un véritable **devoir d'abstention** pesant sur le créancier. Ici, la responsabilité de la banque est engagée, alors même que M. Macron s'était engagé en parfaite connaissance de cause : on n'est pas sur le terrain de l'information ou la mise en garde.

Cet arrêt Macron a suscité de nombreuses critiques à l'époque. La principale critique étant liée au fait que l'arrêt semblait incompatible avec les cautionnements *omnibus* de l'époque (montant de cautionnement illimité). En effet, à l'époque la coutume voulait que le dirigeant social souscrive un cautionnement *omnibus* ce qui est incompatible avec l'exigence de proportionnalité. En raison de ces critiques, on a eu à l'époque beaucoup de juridictions de fond qui ont résisté à cette nouvelle jurisprudence. Au bout de quelques années, cette résistance a ébranlé les convictions de la chambre commerciale.

La **chambre commerciale** va rendre l'**arrêt Nahoum le 8 oct. 2002**, et procède à un premier **revirement de jurisprudence** partiel, dans une hypothèse similaire à l'arrêt Macron. Cette fois, la Cour de Cassation refuse de reconnaître la responsabilité de la banque, parce qu'« *il n'est pas établi que la banque disposait d'informations ignorées des cautions, sur leur faculté de remboursement raisonnable prévisible en l'état du succès escompté de l'opération garantie* ». Par cet arrêt, la Cour de cassation abandonne l'idée d'une responsabilité fondée sur une disproportion objective de l'engagement de la caution (abandon du devoir d'abstention), et à la place on vient y substituer une responsabilité qui ne peut être fondée que sur un **défaut de partage des connaissances** quant au succès escompté de l'opération garantie. Si la banque avait disposé d'informations sur le succès de l'opération garantie, elle aurait pu être responsable sur le fondement du devoir de mise en garde de la caution.

On retrouve la jurisprudence de 1998 à propos de l'opération garantie économiquement dès le départ. La **jurisprudence Macron** se trouve en partie abandonnée, en tout cas s'agissant d'une caution dirigeant social. Dans le cas de dirigeants sociaux, les hypothèses dans lesquelles la banque pourrait avoir des informations sur les chances de succès de l'opération garantie ignorée du dirigeant social ne peuvent qu'être exceptionnelles. La resp. de la banque sur ce terrain est très rare.

L'arrêt Nahoum, dans un premier temps, n'opère pas un revirement complet de la jurisprudence, car ne se prononce que dans le cas du dirigeant social. Si on regarde les arrêts rendus à la même époque (2002-2004) sur cette même question de proportionnalité de l'engagement de la caution, mais à propos des cautions profanes, on remarque que la Cour applique toujours la jurisprudence Macron. Pendant quelques années, la Cour va appliquer la jurisprudence Macron pour une caution profane, et la jurisprudence Nahoum pour une caution dirigeant social.

Puis ceci va à nouveau évoluer en 2006, à propos des cautions profanes, l'exigence de proportionnalité va se trouver réduite. En effet, en 2006, la Cour de Cassation complète son revirement de jurisprudence et elle se fonde sur un simple **devoir de mise en garde** de la caution. Si l'engagement de la caution est disproportionné, la Cour de Cassation dit que la responsabilité du créancier ne sera retenue que sur le terrain du devoir de mise en garde, que s'il n'a pas attiré l'attention de la caution sur le caractère disproportionné de son engagement. Cette nouvelle jurisprudence suscite plusieurs remarques qui sont liées sur le fait que cette jurisprudence est fondée sur une disparité de compétences entre le créancier et la caution.

- **Si on se place sur le terrain de la mise en garde**, cela suppose que l'une des parties puisse mettre en garde l'autre. Ceci implique que ce devoir de mise en garde ne soit reconnu que dans le cas où le **créancier est un professionnel** : **Com. 13 novembre 2007**. Ce devoir de mise en garde donc suppose que la caution ait la **qualité de profane**. Le devoir de mise en garde ne s'applique pas si la caution est un dirigeant social. Mais ce n'est pas toujours si facile de savoir si on a affaire à une caution avertie ou une caution profane. Par exemple, lorsque la caution profane est assistée par un professionnel (avocat), lorsq de la signature du cautionnement, *l'assistance transforme-t-elle le profane en caution avertie ?*
 - ➔ Divergence au sein de la Cour de cassation, puisque la ch. com. répond oui, le profane est traité comme une caution avertie (**Com. 12 nov. 2008**), alors que la ch. civ. répond non, le profane assisté reste profane (**Civ. 1re, 30 avril 2009**).
- **Si on se place sur le terrain de l'obligation de mise en garde**, cela a pour conséquence que la caution peut seulement se plaindre de la perte d'une chance de ne pas avoir contracté. Cela a une conséquence directe sur l'indemnisation accordée : on ne saura jamais si la caution, une fois mise en garde, aurait ou non contracté. Les dommages et intérêts ne pourront jamais être ni de 0%, ni de 100% de la somme. Dans un arrêt **Com 20 oct. 2009**, la Cour dit que la réparation du préjudice subi par la caution ne peut jamais être égale à la totalité de la somme que le créancier lui demande de payer. La caution ne peut jamais être totalement libérée.
- **Sur la sanction du devoir de mise en garde**, cela se traduit par une compensation entre la dette de la caution et les D&I dus par le créancier. Mais cette compensation n'est pas un mode d'extinction de l'obligation satisfaisant pour le créancier. La conséquence est que cette compensation fondée sur la faute du créancier ne peut pas être invoquée par le débiteur principal lorsque le créancier agit en paiement contre lui (**Com. 13 mars 2012**). Cela revient à traiter la compensation comme si c'était une forme de déchéance du droit d'agir du créancier.

On voit que la Cour de Cassation était parvenue à un certain équilibre entre d'un côté, la protection du créancier, et de l'autre, la protection de la caution, avec l'idée qu'on protégeait uniquement les cautions qui doivent l'être (profanes), sur le fondement du devoir de mise en garde. En effet, il ne faut pas que les cautions soient protégées de manière excessive, sinon les créanciers font se réfugier vers d'autres formes de sûretés. Mais cela va être bouleversé par la loi Dutreil.

La **loi DUTREIL du 1er août 2003** va insérer un nouvel article L.341-4 du Code de la conso. : « *un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique, dont l'engagement était au moment de la caution, manifestement disproportionné à ses*

biens et revenus, à moins que le patrimoine de cette caution au moment où elle est appelée à payer, lui permette de faire face à ses engagements ». Ce texte appelle plusieurs remarques :

- Le législateur reprend le contenu de l'art L.313-10 du Code de la conso, mais en généralisant la règle, puisque l'on ne distingue plus selon le **crédit garanti**, tout crédit est concerné, pas seulement ceux régis par le C. de la conso.
- Il existe une **généralisation quant aux créanciers concernés**. L'article L.313-10 ne visait que les établissements de crédit, alors qu'ici sont visés les créanciers professionnels.
- Il y a une **généralisation** encore plus grande **s'agissant des cautions concernées**. Il s'agit de contrats de cautionnement conclus par une personne physique. On ne distingue pas entre la caution profane ou la caution avertie. Cet article s'applique dans le cas de la caution dirigeant social. Ceci a été confirmé par **Com. 13 avril 2010**.

On voit que la **loi DUTREIL** est venue **réintroduire le principe de proportionnalité** là où la jurisprudence l'avait supprimé : le cas du dirigeant social. En cela, cette réforme est critiquable car autant on peut comprendre que l'on protège les cautions profanes, autant il n'y a guère de raison pour protéger les cautions averties. La caution dirigeant social sait ce à quoi elle s'engage, mais on va la protéger quand même. Il aurait été préférable de limiter la protection aux personnes physiques souscrites à titre non professionnel.

Cette réforme est critiquable en ce qu'elle reprend le **devoir d'abstention**, sanctionnée par la **déchéance du droit du créancier d'agir en paiement** contre la caution. Le problème ici est que cela aboutit à un mécanisme de « tout ou rien » (**Com. 22 juin 2010**). Soit le cautionnement était proportionné, et la caution est totalement tenue, soit à l'inverse, le cautionnement était disproportionné, au jour de sa conclusion et au jour de la demande en paiement, et dans ce cas, le créancier se peut se prévaloir de la caution, la caution est totalement libérée.

- ➔ A comparer avec l'affaire Macron : on voit qu'on ne libère pas totalement la caution. On prend la même situation, si on applique l'article L.341-4, M. Macron ne paierait rien du tout ! On permet à un dirigeant social d'être totalement libéré s'il invoque 341-4, c'est excessif, il aurait fallu juste donner au juge un pouvoir de réduire.

Ces inconvénients sont d'autant plus sensibles que ce nouveau texte est d'application immédiate et s'applique à tout contrat de cautionnement conclu par une personne physique à compter de 7 août 2003. En revanche, la Cour a affirmé que ce texte n'a pas d'effet rétroactif, il ne s'applique donc pas à des contrats de cautionnement conclus antérieurement. Cela a été affirmé par la Cour en **chambre mixte le 22 septembre 2006**.

II. L'extinction du cautionnement en raison de faute commise lors de l'exécution du contrat

Deux manquements possibles du créancier sont envisageables : le manquement du devoir d'information (A), et la perte par le créancier d'un droit susceptible de bénéficier à la caution par subrogation (B).

A. Les obligations d'information pesant sur le créancier

Au cours de l'exécution du contrat, le législateur fait peser deux sortes d'obligation d'information sur le créancier :

- d'une part, l'obligation d'information annuelle de la caution sur l'évolution de la dette garantie (voir section 1) ;
- et d'autre part, l'obligation d'informer la caution sur la défaillance du débiteur principal.

Cette dernière obligation est importante en pratique. *Pourquoi informer la caution de la défaillance du débiteur principal ? En quoi est-ce que cela protège la caution ?* Cela la protège car si la caution a immédiatement connaissance de la défaillance du débiteur principal, la caution, si elle a les moyens financiers, pourra prendre l'initiative de payer tout de suite le créancier. L'intérêt de payer tout de

suite le créancier est que l'on va éviter de payer des intérêts de retard et des pénalités, lesquels à défaut vont s'accumuler et accroître la dette de la caution.

Jusqu'en 1998, cette obligation n'existait que dans deux textes spéciaux :

- **La loi NEYIERTZ du 31 décembre 1989**, avec l'article L.313-9 C. conso. dans le cas du cautionnement d'un crédit régi par ce code. Ce texte affirme que la caution doit être informée de la défaillance du débiteur principal, dès le premier incident de paiement caractérisé. A défaut d'information, la sanction pour le créancier est que la caution ne va pas être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retard échus depuis ce premier incident de paiement et ce jusqu'à la date à laquelle elle sera finalement informée de la défaillance du débiteur principal.
- Par la suite, cette obligation d'information va ensuite être étendue une première fois au cautionnement du locataire. La **loi du 21 juillet 1994** vient modifier l'article 24 de la loi du 6 juillet 1989, et prévoit que lorsque le bailleur adresse un commandement de payer adressé au locataire, ce commandement de payer doit être signifié à la caution dans un délai de 15 jours à compter de la signification au locataire. A défaut, la caution ne va pas être tenue au paiement des pénalités et intérêts de retard.
- Par la suite elle va être étendue à nouveau par la loi du 29 juillet 1998 : elle va créer 2 nouveaux textes.
 - ✓ Nouvel art L 341-1 CConso : étend cette obligation d'informer la caution de la défaillance du DP à tte personne physique s'étant porté caution envers un créancier professionnel et cela quelque soit la nature du crédit garanti.
 - ✓ **Nouvel alinéa 3 à l'art 47 II de la loi du 11 fév 1994 : il étend cette obligation à toute personne physique s'étant porté caution du remboursement d'une dette professionnelle et quelque soit la qualité du créancier.**

Cette loi étend considérablement cette obligation car elle bénéficie désormais à toutes les personnes physiques s'étant porté caution soit d'une dette entre pro/particulier soit de la dette professionnelle d'une entreprise.

La loi du 29 juillet 1998 a également prévu que la caution devrait être informée de l'ouverture d'une procédure de traitement de surendettement à l'égard du DP. On trouve cela dans ce qui est devenu l'art L 331-3 II al 3 et 4 de la loi :

- alinéa 3 : au début de la procédure de traitement, le créancier doit indiquer à la commission de surendettement si sa créance est garantie ou non par un cautionnement

- alinéa 4 : lorsque la commission constate qu'une créance est garantie par un cautionnement, la commission doit informer la caution de l'ouverture de la procédure.

Pourquoi cette volonté d'informer la caution et de lui permettre d'intervenir dans une telle procédure ?

Dans deux arrêts 1^{ère} civ 13 nov 1996 et 1^{ère} civ 3 mars 1998, la Cour de cassation a affirmé que les mesures de traitement du surendettement du DP ne bénéficient pas à la caution.

La csqce c'est qu'on risque fort que le créancier agisse contre la caution...

On comprend que le législateur fasse tout pour que la caution se trouve associée à cette procédure, si le créancier accorde un délai ou une remise de dette au DP il devra l'accorder à la caution. On incite la caution à demander pour elle l'ouverture d'une procédure.

B. Le bénéfice de cession d'actions ou le bénéfice de subrogation

Le propre de la caution c'est qu'elle n'entend assumer la dette du DP que d'une manière temporaire donc la caution s'engage toujours la perspective des recours qu'elle pourra exercer à l'encontre du DP après avoir payé le créancier.

Parmi ces recours, figure le recours subrogatoire : il permet à la caution qui a payé le créancier de bénéficier de l'ensemble des garanties dont ce créancier pouvait se prévaloir à l'égard du DP. La caution étant subrogée dans les droits du créancier elle doit bénéficier de toutes les suretés dont ce créancier pouvait bénéficier. Encore faut-il que le créancier n'ait pas été négligeant, qu'il n'ait pas laissé dépérir les garanties en questions. Le recours subrogatoire n'a un intérêt que dans la mesure où les garanties existent toujours au jour où la caution doit payer. Si le créancier a été négligent, si il a laissé dépérir les garanties, la caution peut refuser de payer le créancier.

Art 2314 Cciv (ancien art 2037) : 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.

On dit souvent que la caution peut opposer au créancier le bénéfice de subrogation (bénéfice de cession d'actions).

Avant une loi 1^{er} mars 1984, cette protection était illusoire en pratique. En effet, avant 1984 ce texte n'était pas d'OP et le résultat était que les créanciers pro imposaient systématiquement une clause de renonciation aux bénéfices de subrogation.

Ceci a changé avec la loi 1^{er} mars 1984 puisque aujourd'hui toute clause contraire est réputée non écrite selon l'art 2312, ce texte est devenu d'OP.

a) Le domaine d'application du bénéfice de subrogation

Il est délimité par le fondement de cette protection.

1) *Le domaine d'application quant aux personnes*

Le domaine d'application du bénéfice de subrogation est plus restreint que le domaine d'application du recours subrogatoire. Toutes les personnes susceptibles d'exercer un recours subrogatoire ne bénéficient pas nécessairement du bénéfice de subrogation. La raison en est que le bénéfice de subrogation concerne seulement les personnes ayant accepté de garantir la dette d'autrui tout en refusant d'assumer définitivement une partie de la dette garantie.

En application de ce principe, on va pouvoir affirmer que le bénéfice va pouvoir être invoqué par toutes les cautions. La JP a même admis depuis arrêt ch des requêtes 27 avril 1942 que la caution réelle peut également invoquer le bénéfice de subrogation.

En revanche il y a des personnes qui ne peuvent pas l'invoquer alors qu'elles bénéficient du recours subrogatoire :

- Par ex le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué, elle va subir l'exercice du droit de suite du créancier hypothécaire. Pour éviter que son immeuble soit saisi et vendu, il va souvent payer le créancier hypothécaire et comme il paye la dette d'autrui il va pouvoir exercer un recours contre le débiteur de cette dette, un recours subrogatoire selon l'art 1351 Cciv. Pourtant la JP depuis un arrêt ch civile 2 déc 1846, la cour de cass refuse la possibilité pour lui d'invoquer le bénéfice de subrogation. La JP est constante depuis. C'est logique puisque le tiers détenteur n'a jamais accepté de garantir la dette d'autrui.

- De la même manière, la JP depuis un arrêt ch des requêtes 12 mai 1835, la cour de cass refuse le bénéfice de subrogation aux codébiteurs solidaires. Ce qui est logique puisque le codébiteur solidaire a accepté d'assumer définitivement une partie de la dette qu'il doit payer au créancier.

2) Le domaine d'application quant aux droits

Les droits concernés ce sont toutes les garanties conférant un avantage spécifique améliorant la situation du créancier et un avantage que la caution pouvait légitimement s'accorder à se voir transmis par subrogation.

Cela comprend toutes les sûretés mais aussi plus généralement tous les avantages pouvant permettre à un créancier d'échapper au concours avec les autres créanciers du débiteur : le droit d'agir en résolution du contrat, le droit d'invoquer une compensation...

Par ex un créancier bénéficie en plus du cautionnement d'une sûreté réelle qui garantit le paiement de sa créance. Il ne déclare pas en temps voulu la créance à la PC du DP. La csqce est que la créance est inopposable à la PC, il ne recevra aucun paiement dans ce cadre. De fait, sa sûreté réelle ne peut pas être mise en œuvre efficacement dans la procédure. La caution va invoquer le bénéfice de subrogation.

Du fait de cette définition des droits concernés, il y a 2 catégories de droits qui se trouvent exclus du domaine d'application du bénéfice de subrogation.

On peut exclure des droits qui sont liés à la seule qualité de créancier chirographaire : par ex la possibilité d'exercer une action paulienne, oblique. Ces droits ne confèrent pas un avantage spécifique à un créancier (tous les créanciers ont ces droits). Pas d'avantage spécifique sur lequel la caution pouvait compter.

En conséquence, la caution ne devrait pas pouvoir reprocher à un créancier de ne pas avoir déclaré sa créance à la PC du DP ds l'hypothèse où ce créancier ne bénéficie pas d'une autre sûreté que son cautionnement. Ce n'est qu'un créancier chirographaire, il n'y a aucun avantage spécifique.

Cela a été pendant des années l'opinion de la JP jusqu'à un revirement de JP de la Cour de cass : arrêt 1^{ère} civ 12 juillet 2011. Cela a été plus clairement confirmé par un arrêt ch com 19 fév 2013 et arrêt 1^{ère} civ 3 juillet 2013.

On peut également exclure une 2^{ème} catégorie de droits : tous les droits sur lesquels la caution ne pouvait pas compter au jour où elle s'est engagée. L'idée c'est que la caution quand elle s'engage, elle le fait dans la perspective des recours qui lui sont accordés donc en fonction des droits dans lesquels elle pourrait être subrogée.

Elle ne peut dès lors se plaindre ultérieurement de la perte d'un droit que si au moment où elle s'est engagée elle pouvait bénéficier de ce droit par subrogation. Elle ne saurait se plaindre de ce qu'une sûreté réelle n'a pas été prise par le créancier si au jour du ... la caution ne s'est pas engagée.

Elle ne peut pas invoquer le fait qu'une sûreté n'a pas été constituée par le créancier que si elle pouvait légitimement croire que cette sûreté pouvait être prise.

Quand peut-on admettre que la caution pouvait légitimement penser qu'une sûreté allait être constituée ?

- Dans le cas des sûretés légales cad des sûretés réelles conférées par la loi à un créancier sans intervention du DP et donc une sûreté réelle dont la constitution ne dépend que de la seule volonté du créancier. La caution peut-elle reprocher au créancier de ne pas avoir constitué une telle sûreté alors que cette constitution ne dépendait que de lui ?

Dans un arrêt 1^{ère} civ 29 fév 2000, la Cour de cassation avait affirmé d'une part que la croyance en la constitution d'une sûreté n'existe légitimement que si cette constitution future est expressément

mentionnée dans l'acte de cautionnement ou dans l'acte relatif à l'opération de crédit. La Cour de cassation avait affirmé d'autre part que cette croyance ne peut résulter de la seule nature du prêt accordé. Il s'agissait en l'espèce d'un prêt immobilier qui a pour particularité d'inscrire pour le créancier un privilège de prêteur de denier. Dans cet arrêt, la Cour de cass nous dit que si il y aucune précision en ce sens dans l'acte de cautionnement, la caution ne peut pas lui reprocher de n'avoir inscrit une sûreté légale

Arrêt ch com 19 déc 2006 : elle affirme que la constitution d'un gage sur véhicule auto qui était aussi une sûreté légale à cette époque ne constituait pas une oblig pour le créancier, c'était une simple faculté pour lui. Elle considère que si le créancier ne s'était engagé à rien, on ne peut pas lui reprocher de ne pas avoir constitué cette sûreté légale.

Ceci a changé en partie aujourd'hui : arrêt 1^{ère} civ 3 avril 2007. La cour de cassation opère un revirement de JP.

Elle affirme que « le prêteur de denier bénéficiaire du privilège institué par l'art 2374 Cciv qui se garantit par un cautionnement, s'oblige envers la caution à inscrire son privilège ». Aujourd'hui on a une divergence entre la 1^{ère} civ et la ch com sur cette question. Pour la ch com, l'inscription de la sûreté légale est une simple faculté pour le créancier alors que pour la 1^{ère} civ l'inscription de la sûreté légale devient une obligation pour le créancier quand ce dernier bénéficie d'un cautionnement.

La 1^{ère} civ instaure un devoir de collaboration entre le créancier et la caution sur ce point.

b) Les conditions du bénéfice de subrogation

Pour que le bénéfice de subrogation puisse être invoqué par la caution il faut 4 conditions réunies.

Il faut que la perte du droit soit due à la faute du créancier, il faut que cette perte soit exclusivement due à cette faute du créancier, il faut que cette perte ait causé un préjudice à la caution, il faut que le bénéfice de subrogation ait été invoqué en temps utile.

1) Condition 1 : la faute du créancier

Le bénéfice de subrogation peut être invoqué que si la perte du droit est due à une faute commise par le créancier, il peut s'agir de n'importe quel type de faute : légère, lourde, inexcusable, intentionnelle... Il peut s'agir d'une faute résultant d'une action mais il peut aussi s'agir d'une faute résultant d'une omission (le vendeur bénéficie à son encontre d'une clause de réserve de propriété et qui alors que son acheteur en PC n'exerce pas en temps voulu une action en revendication du bien vendu). Encore faut il qu'il y ait bien eu commission d'une faute par le créancier. Cela ne pose pas de problème quand il a laissé déperir sa sûreté.

Mais quand est il lorsque le créancier décide de ne pas exercer un de ces modes possibles de réalisation ? Par ex un créancier gagiste. Il peut décider de ne pas demander l'attribution judiciaire du gage et peut faire saisir le bien pour le vendre aux enchères.

Supposons que le créancier n'a pas demandé l'attribution judiciaire alors que son DP est défaillant parce qu'il préfère le vendre aux enchères, mais avant que la sûreté ne soit réalisée le DP fait l'objet d'une PC (redressement judiciaire ou sauvegarde), cela paralyse l'action du créancier. On demande alors paiement à la caution et elle peut expliquer que si le créancier avait demandé l'attribution avant la PC, la caution aurait pu en bénéficier par subrogation. L'ouverture de la PC a pour csqce que l'attribution judiciaire n'était plus possible (que dans le cas d'une sauvegarde exclusivement). Est ce que la caution dans cette hypothèse peut refuser de payer le créancier parce qu'il lui a fait perdre un avantage dont elle aurait pu bénéficier sur le terrain du bénéfice de subrogation ? La particularité ici est que rien n'obligeait le créancier d'utiliser plus un mode de réalisation plutôt qu'un autre.

La JP était divisée :

- Arrêt ch com 13 mai 2003 : le créancier gagiste commettait une faute si en s'abstenant de demander l'attribution judiciaire il privait la caution d'un droit susceptible de lui profiter.

- Arrêt 1^{ère} civ 8 juillet 2003 : la demande d'attribution judiciaire n'étant qu'une simple faculté pour le créancier, son défaut d'exercice ne pouvait pas être invoqué par la caution sur le terrain du bénéfice de subrogation.

La Cour de cass a mis fin à cette divergence : arrêt ch mixte 10 juin 2005.

Elle rejette un pourvoi qui invoquait le fait que le créancier n'est pas tenu de demander l'attribution judiciaire du gage. On adopte la position de la ch com. JP réitérée depuis.

Il faut être prudent ici dans l'interprétation de cet arrêt, en l'espèce le créancier n'avait pas seulement négliger de demander l'attribution du gage il avait aussi demandé main levée du gage, il était alors certain que la caution puisse invoquer le bénéfice de subrogation. Il semble avoir actuellement une tendance très forte en JP pour reconnaître sur ce terrain du bénéfice de subrogation l'existence d'un devoir du créancier de préserver les droits de la caution.

La Cour de cass tend à considérer que chaque fois que le créancier a un choix, son choix doit être fait en fonction des intérêts de la caution.

2) Condition 2 : le lien de causalité

Le bénéfice de subrogation ne peut être invoqué par la caution que si la perte du droit est exclusivement due à la faute du créancier. En csqce la caution ne peut pas se prévaloir de l'art 2314 si la faute est due à la force majeure ou à la faute d'un tiers. C'est le cas lorsqu'une saisie est exercée par un autre créancier et empêche la réalisation de la sûreté réelle dont bénéficie le créancier garanti par le cautionnement. C'est aussi le cas lorsque la dépréciation de la sûreté n'est pas due au fait exclusif du créancier.

Ex : le créancier d'un commerçant dispose comme garantie d'un cautionnement et d'un nantissement du fonds de commerce. Le commerçant est défaillant. Le créancier tarde à réaliser son nantissement. Au jour où il le fait, le fonds de commerce ne vaut plus rien. Arrêt 1^{ère} civ 14 nov 2001 : la cour de cass le refuse au motif que la dépréciation de la sûreté n'est pas uniquement due à l'inaction du créancier.

De même, l'application de l'art 2314 Cciv ne peut pas être invoqué non plus lorsqu'un créancier peut bénéficier de la part du DP que d'une simple promesse de nantissement et que cette sûreté réelle n'a pas été constituée. La caution ne peut pas sur le terrain du bénéfice de subrogation invoquer le fait qu'elle n'a pas été constitué car la constitution de la sûreté est sous la dépendance de la volonté du créancier et du DP.

Arrêt 1^{ère} civ 19 nov 2009 : la caution ne peut pas se prévaloir dans cette hypothèse du fait que la sûreté réelle n'ait pas été constituée pour refuser de payer le créancier sur le terrain du bénéfice de subrogation. C'est logique puisque si la sûreté n'a pas été constituée c'est en raison de la volonté du DP et non d'une faute.

3) Condition 3 : le préjudice subi par la caution

Ce préjudice est à la fois la condition du bénéfice de subrogation et en même temps la mesure de la libération de la caution.

Pour que le bénéfice de subrogation puisse être invoqué par la caution il faut que la perte du droit lui ait causé un préjudice.

Par ex : si le droit perdu était une hypothèque de 2nd rang portant sur un immeuble valant 1 million d'euros et si sur cet immeuble il existait une hypothèque de 1^{er} rang au bénéfice d'un autre créancier pour une dette impayée de 1,2 million. La perte de l'hypothèque de 2nd rang ne peut pas être invoqué par la caution au titre du bénéfice de subrogation parce que même si l'hypothèque de 2nd rang n'avait pas été perdue, elle n'apportait aucun avantage au créancier.

La JP est ici favorable aux cautions dans la mesure où elle considère que si la perte d'un droit est établie, cette perte est présumée causer un préjudice à la caution. C'est alors au créancier qu'il incombe de prouver que le droit perdu n'aurait pas été profitable à la caution. Dans l'ex, c'est à la banque qui est hypothèque de 2nd rang.

Le préjudice est aussi la mesure de la libération de la caution selon la JP. En effet, la caution ne peut être libérée sur le fondement de l'art 2314 Cciv qu'à hauteur de la valeur du droit perdu.

Par ex : une caution garanti une dette de 100. Le créancier a fait perdre à la caution un droit dont elle aurait pu bénéficier par subrogation, qui lui aurait permis d'obtenir 70. La caution invoque un BS, elle n'est libérée qu'à hauteur de 70, elle doit 30 au créancier.

La valeur du droit perdu doit être appréciée selon la JP à la date d'exigibilité de l'obligation de la caution cad à la date de défaillance du DP et non à la date des poursuites exercées contre la caution. L'intérêt de cette solution JP est que cela laisse à la charge du créancier le risque d'une dépréciation de la valeur du droit perdu entre le moment de la défaillance du DP et la date d'exercice des poursuites entre la caution. La caution ne va ainsi pas subir les csqs d'une éventuelle négligence du créancier.

Pour que cette solution soit justifiée encore faut il que l'écoulement du temps, source de la dépréciation du droit perdu, puisse être imputé à une négligence du créancier. Si tel n'est pas le cas, alors cette règle doit recevoir une exception.

C'est ce qui a été décidé par arrêt ch com 17 fév 2009 : « La valeur de ces droits perdus s'apprécie à la date d'exigibilité de l'obligation de la caution sauf si à cette date le créancier était empêché de mettre en œuvre la sûreté ».

4) Condition 4 : la nécessité d'invoquer en temps utile le bénéfice de subrogation

Le bénéfice de subrogation doit être invoqué à l'encontre du créancier avant que celui ci ait obtenu en sa faveur un jugement irrévocable condamnant au paiement la caution. Il ne pourra pas être invoqué ultérieurement par la caution pour essayer par ex de récupérer le paiement effectué. Ceci a été refusé par un arrêt 1^{ère} civ 1^{er} juillet 2010 : c'est une application du principe de concentration des moyens, application de l'arrêt AP 7 juillet 2006.

Titre II : Les garanties non accessoires

Elles présentent 2 points communs importants.

Le 1^{er} tient à ce que l'engagement du garant n'est pas défini par référence à ce que doit le débiteur garanti, cette fois le garant s'engage à fournir une prestation qui est déterminée d'une manière autonome. Cette distinction n'est pas facile à faire en pratique parce que parfois les parties vont déguiser un cautionnement en une garantie non accessoire pour contourner l'application d'une règle impérative au cautionnement. Cela constitue une fraude à la loi, les juges devront requalifier en cautionnement.

Le 2nd point commun tient au fait que les garanties non accessoires ont toutes été créées par la pratique, elles sont le fruit d'une liberté contractuelle consacrée par la JP. Cette liberté peut se manifester de 2 façons :

- Elle peut tout d'abord constituer en l'utilisation à des fins de garantie de mécanisme du droit des obligations qui à l'origine n'était pas fait pour cela. On en trouve 2 exemples en pratiques.

- Le 1^{er} est celui de délégation de créance. A l'origine c'est un mécanisme de paiement simplifié mais qui peut aussi être utilisé comme garantie. L'engagement pris par le délégué de payer le délégataire constituant alors la garantie de la créance qu'à le délégataire sur le délégué.
- Le 2nd est celui du porte-fort. L'art 1120 Cciv a prévu que l'on puisse se porter fort de la ccl d'un contrat par un tiers mais la ch com dans un arrêt 13 déc 2005 a admis qu'on puisse se porter fort de l'exécution d'un contrat et cela sans que cela constitue pour autant un cautionnement.

- La liberté contractuelle peut aussi se manifester par la création de mécanismes contractuels totalement nouveaux dont on trouve 2 exemples en pratique :

- La garantie à première demande
- La lettre d'intention.

Chapitre 1 - la garantie à première demande

Selon l'art 2321 Cciv, la garantie à 1^{ère} demande ou garantie autonome est « l'engagement par lequel le garant s'oblige en considération d'une obligation souscrite par un tiers à verser une somme soit à première demande soit suivant des modalités convenues ».

Avant l'ordo du 23 mars 2006, la garantie à 1^{ère} demande ne faisait l'objet d'aucun texte, elle a été créée dans les années 1960-1970 par la pratique bancaire pour éviter la constitution d'un dépôt de garantie dans des relations contractuelles internationales.

Ex : une entreprise française souhaite obtenir un gros marché dans un pays étranger. Un tel marché va faire l'objet d'un appel d'offres et les entreprises en concurrence doivent fournir au maître de l'ouvrage des garanties du respect de leurs obligations. Pendant de nombreuses années dans les pays du moyen orient, ces garanties ont constitué dans la consignation d'une somme d'argent : d'un dépôt de garantie remis au créancier ou à un tiers pouvant s'élever à quelques pourcents du montant total du contrat.

Consigner quelques pourcents du montant d'un très gros contrat cela contraint à immobiliser une forte somme d'argent. Cela peut poser des pbs de trésorerie même pour les grosses entreprises.

Pour éviter ces pbs la pratique bancaire va créer la garantie à 1^{ère} demande : le créancier accepte de renoncer au versement immédiat du dépôt de garantie si à la place il bénéficie de l'engagement pris par une banque de verser la même somme à 1^{ère} demande de la part du créancier. La banque s'engage dans une garantie à 1^{ère} demande non pas à garantir la bonne exécution du contrat mais à garantir le versement immédiat du dépôt de garantie qui aurait du déjà être payé. Cela a pour csqce que la banque ne peut pas se prévaloir d'une exception ayant trait à l'exécution du contrat de base pour refuser de verser ce dépôt de garantie. Cela a été affirmé par 3 arrêts de principe ch com 20 déc 1992 ou 1982.

La banque à la demande de l'entreprise, que l'on appelle ici le donneur d'ordre, émet une lettre de garantie au profit du maître de l'ouvrage, que l'on appelle ici le bénéficiaire. Lorsque cette garantie est appelée par le bénéficiaire, la banque garante doit payer immédiatement et elle exercera ensuite un recours contre le donneur d'ordre pour obtenir le remboursement de la somme qu'elle a payé.

Dans ce système, la garantie est fournie par la banque qui a pour client le donneur d'ordre. Mais pour le bénéficiaire cette banque est une banque étrangère en laquelle il n'a peut être qu'une confiance limitée. Le bénéficiaire très souvent va souhaiter que cette garantie elle lui soit donnée par une banque de son pays. Dans ce cas, le système mis en place change : la garantie va être donnée au bénéficiaire par une banque de son pays et cette banque va se faire contre garantir par la banque du donneur d'ordre. On va avoir une garantie à 1^{ère} demande et une contre garantie à 1^{ère} demande.

La garantie à 1^{ère} demande comme la contre garantie suscitent peu de contentieux parce que les banques et les sociétés exportatrices souhaitent assurer leur crédibilité internationale.

Il en va toutefois différemment lorsque du fait de soubresauts politiques dans un pays la garantie risque d'être appelée de manière abusive sans qu'un recours du donneur d'ordre contre le maître de l'ouvrage soit possible en pratique.

Egalement, on voit apparaître du contentieux lorsque la garantie à 1^{ère} demande quitte son domaine naturel, le commerce international, pour être utilisée pour garantir des relations purement internes. Il y a beaucoup plus de chances que ce soit un cautionnement caché.

Section 1- La constitution de la garantie à première demande.

La garantie à 1^{ère} demande étant une garantie efficace, certaines banques ont essayé de l'utiliser dans des relations purement internes comme substitut au cautionnement en faisant souscrire des garanties à 1^{ère} demande à des personnes physiques. Cette tentative a fait surgir 2 questions relatives à la constitution d'une telle garantie :

- une question de qualification ayant trait à l'objet de la garantie et à sa distinction avec le cautionnement.
- une question de capacité : peut-on admettre qu'une personne physique consente une telle garantie ?

I. La qualification de la garantie à première demande

On a vu apparaître ces garanties dans des relations purement internes et cette apparition a très vite posé problème parce que bien souvent ces garanties n'avaient pas seulement pour objet un simple pourcentage de la dette du débiteur mais avait pour objet une somme d'un montant égal à la totalité de ce qui était dû par le débiteur garanti. Comment savoir si l'on est en présence d'une vraie garantie à 1^{ère} demande ou bien si on est en présence d'un cautionnement que les parties ont voulu déguiser sous le masque d'une garantie à 1^{ère} demande pour échapper à certaines règles du cautionnement.

La JP apporte plusieurs éléments de réponse :

Pour qu'il y ait garantie à 1^{ère} demande il faut que le garant ait renoncé à opposer quelques exceptions que ce soit tirées du contrat principal. Cela ne suffit pas, la garantie à 1^{ère} demande sera disqualifiée en cautionnement même si la 1^{ère} condition est respectée si l'objet de la garantie est défini par référence à ce que doit le débiteur.

Ex : X s'engage à effectuer sur l'ordre de Y sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestations pour quelques motifs que ce soit le versement des sommes dus par Z au titre de tel contrat.

L'objet est ici défini en référence à ce que doit le débiteur. La JP va dire que c'est un cautionnement.

Si on veut une vraie garantie à 1^{ère} demande il faut avoir X s'engage à verser telle somme.

Il faut nuancer le propos. Cela ne veut pas dire que toute référence au contrat principal serait exclue au sein de la garantie à 1^{ère} demande. En pratique, il faut bien indiquer à l'occasion de quel contrat de base cette garantie a été consentie. Cela a été admis par la JP, notamment par un arrêt ch com 30 janv 2001 : énonce expressément que « les garanties ne sont pas privées d'autonomie par de simples références au contrat de base n'impliquant pas appréciation des modalités d'exécution de celles-ci pour l'évaluation des montants garantis ou pour la détermination des durées de validité ».

Tout va dépendre en pratique de la manière dont la lettre est rédigée.

- Si il est indiqué dans la lettre de garantie qu'elle a pour objet ce qui est dû par le débiteur ou si il est fait référence aux modalités d'exécution du contrat de base, c'est un cautionnement.

- En revanche, si il est indiqué que la garantie a pour objet le versement de telle somme, qu'on indique qu'elle est donnée à l'occasion de tel contrat et qu'il n'y a pas de référence à l'appréciation des modalités d'exécution de ce contrat de base, il s'agit d'une garantie à 1^{ère} demande.

C'est cette distinction que la réforme du droit des sûretés a entendu consacrer en affirmant dans l'art 2321 Cciv que le garant s'oblige seulement à verser une somme d'argent en considération d'une obligation souscrite par un tiers.

Cette distinction doit être encore à nouveau nuancée parce que ce qui compte ici c'est que le garant ne puisse pas refuser le versement de la somme promise en émettant une contestation relative à l'exécution du contrat. Dès lors, la possibilité d'une référence dans la garantie à 1^{ère} demande aux modalités d'exécution du contrat de base peut être exceptionnellement admise si cette référence n'ouvre pas au garant une possibilité de contestation.

Cela a été admis par la ch com dans des arrêts rendus les 7 juin 2006 et 5 oct 2010 : la Cour de cassation a admis qu'une garantie à 1^{ère} demande puisse imposer au bénéficiaire de la garantie de justifier sa demande de paiement par exemple en indiquant que le contrat de base n'a pas été correctement exécuté dès lors que le garant n'a pas la possibilité de contester ou de contrôler le bien fondé de cette affirmation effectuée par le bénéficiaire.

II. La garantie à première demande donnée par une personne physique

De manière générale, les garanties à 1^{ère} demande sont quasiment toujours données par des personnes morales, surtout des établissements de crédit. Il peut arriver de façon exceptionnelle qu'on soit en présence d'une garantie à 1^{ère} demande donnée par une personne physique. A partir du moment où cette garantie repose sur la liberté contractuelle, rien ne s'oppose à ce qu'une garantie à 1^{ère} demande puisse être donnée par une personne physique.

Cependant, le législateur, même si il n'interdit pas de façon générale qu'une personne physique constitue une telle garantie, est hostile à une telle utilisation de la garantie à 1^{ère} demande parce qu'il voit dans cette utilisation une tentative de contournement de la réglementation protectrice des cautions. Il va chercher à éviter un tel contournement.

Pour cela, il procède de 2 manières différentes :

- Le législateur interdit parfois de façon exceptionnelle la constitution d'une garantie à 1^{ère} demande par une personne physique.

Par ex : c'est le cas des crédits qui sont régis par le CConso (art L 313-10-1 CConso)

- Le législateur peut aussi rendre inutile le recours à la garantie à 1^{ère} demande.

Il le fait chaque fois qu'il aligne le régime juridique de la garantie à 1^{ère} demande sur le régime juridique applicable aux cautionnements.

Par ex c'est ce que l'on retrouve dans le droit des PC. Au fur et à mesure des différentes réformes on voit que tous les articles de ce droit relatifs aux cautions personnes physiques ont été étendus aux sûretés personnelles en général et à la garantie à 1^{ère} demande en particulier.

On trouve la même chose dans l'art 792 al 2 Cciv qui est issu de la réforme du droit des successions de la loi du 23 juin 2006.

Dans ce cas, on décourage la constitution d'une garantie à 1^{ère} demande par une personne physique car le créancier n'a aucun intérêt à le demander vu que c'est le même régime juridique qui est applicable. Cette réaction du législateur est tout à fait compréhensible, il faut ici protéger les personnes physiques puisque les effets d'une garantie à 1^{ère} demande sont sévères pour le donneur d'ordre et le garant.

Section 2 – Les effets de la garantie à 1^{ère} demande

Le garant ne peut en principe opposer aucune exception au bénéficiaire de la garantie et cette sévérité est tellement forte qu'en principe la garantie à 1^{ère} demande n'est pas transmissible à un autre créancier que celui qui en a bénéficié initialement.

I. Le principe de l'inopposabilité des exceptions

Dans une telle garantie le garant ne s'engage pas à payer ce que doit le débiteur au titre du contrat principal, le garant s'engage à verser une somme d'argent qui est le substitut d'un dépôt de garantie. Puisque le garant ne garantit pas l'exécution du contrat de base, il ne peut se prévaloir d'aucune exception relative à ce contrat. Ce principe ne connaît des exceptions que dans les cas où il est absolument évident que l'appel de la garantie par le bénéficiaire est injustifié. Selon l'art 2321 al 2 Cciv : c'est en cas d'abus ou de fraude manifestes du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre.

Cela suppose selon la JP que l'absence du droit du bénéficiaire ou la fraude soit absolument évidente.

II. Le principe d'intransmissibilité de la garantie

Lorsque le bénéficiaire de la garantie cède sa créance sur le donneur d'ordre est-ce que cette cession de créance transmet en même temps le bénéfice de la garantie à 1^{ère} demande ?

Cette question n'a jamais été résolue par la JP et la réponse n'est pas évidente.

D'un côté on peut dire que la garantie à 1^{ère} demande est autonome et donc elle ne peut pas être transmise à titre accessoire.

D'un autre côté, on peut remarquer que la garantie à 1^{ère} demande a quand même un minimum de liens avec le contrat de base ce qui va lui donner une sorte de caractère accessoire indirect. La garantie est le substitut d'un dépôt de garantie ici qui si il avait existé aurait lui été accessoire au contrat de base.

Si la garantie à 1^{ère} demande ne se transmet pas, que devient-elle ? Elle ne peut que disparaître car si l'ancien bénéficiaire appelait cette garantie il commettrait un abus manifeste.

La JP n'a pas eu à trancher mais il était évident qu'elle finirait par se poser et quand on a préparé la réforme au sein de la commission Grimaldi on a tranché : on a pris en compte le caractère intuitu personae de cette garantie. La garantie à 1^{ère} demande a des effets tellement sévères pour le garant que pour être accordé il faut que ce garant ait une confiance assez forte dans le bénéficiaire. En conséquence le nouvel art 2321 al 4 Cciv issu de la réforme prévoit que « sauf convention contraire, la garantie à première demande ne suit pas l'obligation garantie, elle ne se transmet pas automatiquement à un nouveau bénéficiaire ».

Chapitre 2 – La lettre d'intention

Selon l'art 2322 Cciv la lettre d'intention (ou lettre de confort/de patronage) 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 ».

En pratique, les lettres d'intention sont données au sein de beaucoup de sociétés. Le plus souvent cela va être une lettre d'intention donnée par une société mère à sa filiale pour qu'elle obtienne un crédit ou l'inverse.

Cette définition a été donnée pour la première fois par la réforme de 2006, elle appelle plusieurs remarques :

- La lettre d'intention au sens de ce texte suppose un véritable engagement juridique et non pas un simple engagement moral. Par ex, une lettre d'une société mère faisant part à un établissement de crédit de tout l'intérêt qu'elle porte aux intérêts de sa filiale n'est pas une véritable lettre d'intention.
- L'auteur de la lettre d'intention (société mère dans l'ex) ne doit pas prendre l'engagement de se substituer au débiteur garanti (filiale dans l'ex) dans l'exécution de son obligation si la filiale était défaillante, on serait en présence d'un cautionnement. Les juges requalifieraient comme dans un arrêt ch com 21 déc 1987.

C'est plus qu'un engagement moral mais c'est moins qu'un cautionnement

- L'engagement juridique qui est pris cela peut être une obligation de faire. Par ex la société mère prend l'engagement de soutenir financièrement sa filiale si celle-ci a des difficultés. Cela peut être également une obligation de ne pas faire. Par ex la société mère prend l'engagement de ne pas céder sa participation au capital de la filiale.

Il reste à savoir dans le cas où il s'agirait d'une obligation de faire, si on est en présence d'une obligation de moyen ou de résultat. La question ne se pose pas si il s'agit d'une obligation de ne pas faire.

Ici tout va dépendre du contenu de la lettre d'intention et de l'interprétation par les juges de la volonté des parties. Attention, l'interprétation des juges est assez fluctuante mais on peut noter une tendance récente à la sévérité pour l'auteur de la lettre.

Par ex la formule souvent employée dans les lettres d'intention par laquelle une société mère s'engage « à faire tout le nécessaire pour qu'une filiale dispose d'une trésorerie suffisante lui permettant de faire face à ses obligations envers le prêteur ».

Autrefois c'était une obligation de moyen, aujourd'hui pour la JP elle fait naître une obligation de résultat : arrêt ch com 17 mai 2011.

Cette distinction entre obligation de moyen et résultat va être utile pour déterminer dans quelle mesure la responsabilité contractuelle de l'auteur de la lettre peut être engagée ou non.

Il faut savoir ici que la JP a également utilisé cette distinction à propos de l'application de l'art L 225-35 Ccom (impose une autorisation du conseil d'adm pour qu'une SA soit engagée par un cautionnement, aval ou garantie).

Pb : ce texte s'applique-t-il ou non à la lettre d'intention ?

Certaines sociétés mères ont prétendu que ce texte devait s'appliquer à leurs engagements.

La JP depuis un arrêt ch com Sony 26 janv 1999 fait une distinction entre les lettres d'intention engendrant une obligation de moyen et celle engendrant une obligation de résultat. La JP considérerait que l'autorisation du conseil d'adm n'était requise que pour les lettres d'intention engendrant une obligation de résultat.

C'est ce que dit la JP avant la réforme. Depuis, la JP n'a pas eu à se prononcer. Or, on peut douter que ce soit toujours d'actualité. Aujourd'hui depuis la réforme du droit des sûretés, l'art 2322 Cciv ne fait plus aucune distinction entre obligation de moyen et résultat, dans les deux cas la lettre est considérée comme une sûreté personnelle, ceci va donc dans le sens d'une application de l'art 225-35 Ccom à toutes les lettres d'intention.