

Droit des sûretés

21/01/2009

Les **sûretés** sont des **mécanismes** (engagement / instrument) qui permettent de **garantir** le **paiement** des **créances**. Elles sont mises en place par la **convention** le plus souvent, ou ont une **origine légale**. Le besoin de sûreté est une préoccupation répandue et est reconnue comme légitime par le législateur. Les sûretés sont des mécanismes naturels et répétés. Ex: caution, dépôt de garantie. Les sûretés conditionnent le crédit. Le marché des économies repose aussi sur les sûretés. Les particuliers et entreprises ont besoin de crédit. Sans sûreté, pas de crédit. Le droit des sûretés est souvent appelé le **droit des crédits**.

Introduction:

Rq:

–le concept de sûretés peut être envisagé de manière plus ou moins large. Sous la définition, on peut ranger les **engagements** que les **débiteurs** prennent parfois, de **s'abstenir** de tel ou tel **comportement**/ prise de position/ initiative, qui **risquerait** de **compromettre** sa **faculté** de **paiement**, et donc ses **chances** de **payer** un jour ses **dettes**. Ex: participation à telle ou telle entreprise risquée/ souscription d'engagements nouveaux. Ces engagements sont-ils des sûretés? Non, ce ne sont **pas** des **sûretés**. Ils n'ont **pas directement** pour **objet** d'**assurer** le **paiement** d'une **créance**. Ils ne garantissent le paiement, au mieux qu'indirectement. Ce sont des **sûretés négatives**. Ce sont les **mécanismes** qui ont pour **objet** de **garantir directement** le **paiement**, qui sont des **sûretés**. Le créancier peut attendre une satisfaction directe et non pas simplement indirecte. Ex: le droit de gage général? Non, car ce droit appartient à tout créancier (= c'est le droit de faire saisir les biens du patrimoine du débiteur récalcitrant, pour les faire vendre, afin de se faire payer sur le prix de la vente). Le droit de gage général n'assure à celui qui s'en prévaut, aucun avantage particulier par rapport aux autres créanciers.

–Or au sens propre du terme, les **sûretés** sont des **mécanismes** qui **assurent** au **créancier**, un **avantage** par **rapport** aux **autres créanciers éventuels**; prérogative supplémentaire qui s'ajoute au droit de gage général par exemple.

–Quelle prérogative? 2 types de prérogative:

- cette prérogative supplémentaire peut prendre la forme d'une **action prioritaire** sur un **bien** du **débiteur**, sur un **ensemble** de **biens**, ou sur **tous** les **biens** du débiteur.

- Cette prérogative peut prendre la forme d'une **action supplémentaire, susceptible** d'être **dirigée** contre **un autre** que le **débiteur principal**. Ex: le cautionnement.

=> Distinction entre les **sûretés réelles** et **personnelles**. Les **sûretés réelles** sont celles qui **reposent** sur les **biens**. Là où il y a **sûreté réelle**, on met un **bien** au **service** de la **créance**. La sûreté réelle permet à son bénéficiaire de **bénéficier** d'une **priorité** sur la **valeur**. Il se fait payer par **priorité** aux **autres créanciers éventuels**. Ex: gage, hypothèque... Les **sûretés personnelles** reposent sur la **possibilité** de **s'adresser** à un **autre** que le **débiteur**, pour **obtenir** le **paiement** de ce que doit ce débiteur. Ce qui est **mis** au **service** de la **créance**, c'est un **2nd patrimoine**. Le créancier n'a certes a priori pas plus de droit sur ce 2nd patrimoine, qu'un simple créancier chirographaire, mais ce patrimoine, en s'ajoutant à celui du débiteur principal, va multiplier les chances du créancier d'être payé.

Histoire des sûretés: les **1eres sûretés pratiquées** sont plutôt les **sûretés personnelles**.

Cela s'explique par le fait que ce mécanisme repose sur qqch de simple, cad la **juxtaposition** de **2 obligations**. L'une liant le créancier au débiteur principal, et l'autre liant le créancier au 2e débiteur = caution. De fait, ce concept a pu voir le jour, dès l'instant où est apparu celui d'obligation. Les **sûretés personnelles** sont d'une constitution très simple et **peu couteuse**. Souvent, un **acte sous seing privé suffit**, alors que pour les

sûretés réelles, il faut un **acte authentique** et il faut que soient accomplies les **formalités de publicité**, par ex, publicité foncière, s'il s'agit d'une hypothèque. Les **sûretés réelles** sont **plus couteuses**. Un autre avantage des **sûretés personnelles**: elles sont tjs susceptibles de **s'adapter exactement** au **montant** de **l'obligation** à **garantir**. Il suffit de demander au garant de s'engager pour le même montant que le débiteur principal. Si c'est une **sûreté réelle**, cela ne sera que **plus ou moins possible**. On cherche un bien dont la valeur est approximativement la bonne. L'adaptation de la sûreté au montant qui est du est plus difficile ds l'hypothèse d'une sûreté réelle.

Mais les sûretés personnelles ne sont pas plus utilisées que les sûretés réelles. Au fil du tps, les **sûretés réelles** ont rapidement **pris le pas** sur les **sûretés personnelles**.

Plusieurs raisons:

–raison d'ordre **économique**: les **sûretés personnelles** ne vont **jms supprimer totalement** le **risque de non paiement**. Car rien ne garantit au créancier, que son 2nd débiteur/ le garant sera nécessairement plus solvable que le débiteur principal. Alors que si le créancier a une **sûreté réelle** constituée sur un immeuble par exemple, la valeur des immeubles diminue peu et elle peut augmenter. Le **risque de non paiement** est **quasiment supprimé**.

–Raison d'ordre **psychologique**: quand on a besoin de crédit et qu'on doit une garantie, il peut paraître **plus simple de recourir** à son **propre patrimoine**, et de proposer une sûreté réelle.

–Les sûretés réelles ont su, au fil du tps, se rendre plus séduisantes qu'elles ne l'étaient à l'origine, où elles reposaient tjs et forcément sur la **dépossession** du **débiteur**. **Pdt lgtps**, la **seule façon** pour celui à qui on offrait une sûreté réelle, **d'assurer** son **droit d'espérer opposer** son **droit** aux **autres**, c'était de **s'emparer** d'un **bien**, que le débiteur mettait au service de ce créancier. Ainsi, le gage se formait par la remise de la chose gagée, entre les mains du créancier. La dépossession/ remise de la chose était une **condition nécessaire** à l'efficacité de la **sûreté réelle**. Pb quand la **chose** est une chose dont on en a besoin/ indispensable. **Progressivement**, l'**exigence de dépossession** a fini par être **remplacée** par l'**accomplissement de formalités de publicité**: des inscriptions ds des registres publics qui peuvent être consultés... Ce sont des formalités couteuses, mais l'inconvénient réel de la dépossession est supprimé.

Depuis une **qq d'années**, on est ds une **situation d'équilibre**: les **sûretés personnelles** sont donc au moins **autant utilisées** que les **sûretés réelles**. Car les **sûretés réelles** ont été **malmenées** par les **légalisations** les plus récentes, notamment par les **réformes successives du droit des procédures collectives**, dont l'application est susceptible de **remettre en cause l'existence** même des **sûretés réelles**, et qui remettra systématiquement en cause leur **valeur**. Ce qui a **remis en cause l'existence** des **sûretés réelles** ds le **droit des procédures collectives**, c'était le **fait** de ne **pas déclarer** notre **créance** lorsqu'une **procédure collective** était **ouverte** contre le **débiteur** => **forclusion**. Cette règle n'existe plus aujourd'hui. Les sûretés personnelles sont moins appliquées ds le droit des procédures collectives. Mais la **valeur** des **sûretés réelles** reste **affectée** par le **droit** des **procédures collectives** pour 3 raisons:

–le **droit** des **faillites empêche** la **réalisation immédiate** des **sûretés réelles**. Cela tient au prpe d'application immédiate = prpe de **suspension** des **poursuites individuelles**. Quand un débiteur est en cessation des paiements, on va neutraliser les droits de ses créanciers, pdt un certain tps.

–Le droit des faillites permet d'imposer aux français, des nouveaux délais de paiement. Ce sont ces **délais de paiement plus longs** que ceux initialement convenus, qui vont pouvoir **s'imposer** à **tous** les **créanciers**, même au titulaire d'une sûreté réelle.

–Le droit des faillites donne très souvent la **priorité** à **d'autres** qu'à ces **créanciers**, qui avaient pris soin dès l'origine, de se faire couvrir par une sûreté réelle conventionnelle. **Ex**: les salariés d'une entreprise en cessation de paiement.

=> c'est pk que les sûretés personnelles ont plus de succès. Mais les sûretés personnelles sont aussi affectées, en leur valeur, par le droit des procédures collectives.

Livre 1: les sûretés personnelles

ce mécanisme contribue à **assurer** au **créancier**, une certaine **sécurité**, voire une **sécurité certaine** selon les cas, par la **possibilité** qu'on va lui donner, **d'exiger** son **paiement**, non pas auprès d'une seule personne, mais de **plusieurs personnes**. Il existe différentes variétés de sûreté personnelle. La plus connue est le **cautionnement**. Il existe ds le CC, des mécanismes de garantie de paiement des créances, qui sont à même de procurer un effet de garantie, comme la **solidarité = obligation in solidum**; la **délégation de créance**... La pratique a su développer de nouvelles formes de garantie personnelle/ de nouveaux contrats, plus contraignantes et radicales que le cautionnement, ou au contraire, plus souples. Le droit du cautionnement est peu instable, c'est un droit qui pdt toute une période, a évolué ds une sens unilatéral, ds le sens du renforcement du garant, au détriment des intérêts du créancier. Les créanciers ont fait des reproches au droit du cautionnement. Ils ont eu envie d'avoir d'autres formes de sûreté personnelle que le cautionnement.

Titre 1: le cautionnement

Art 2288, CC: le **cautionnement**, c'est l'**engagement** que **prend** une **personne**, envers un **créancier**, de **payer** les **dettes** de son **débiteur**, à la **place** de ce **dernier**, pour le **cas où** il ne les **paierait pas** lui même.

Le cautionnement a été pdt lgtps, la seule sûreté personnelle envisagée en tant que telle par le CC. Aujourd'hui, c'est la seule sûreté personnelle réglementée par le CC.

28/01/2009

Le cautionnement doit être distingué du dépôt de garantie, qui est improprement appelé caution. Le cautionnement n'est pas le versement d'une somme d'argent qu'on fait d'emblée: c'est l'engagement qu'on prend de payer, pour une hypothèse qui reste à l'état d'une éventualité. Ds la plupart des cas, on ne paie rien.

Le cautionnement est un contrat qui a une place considérable. Pourtant, pdt lgtps, il était considéré comme un petit contrat. Ce petit contrat était à l'origine conçu comme un service d'amis. De fait, aujourd'hui encore, le cautionnement est parfois un **service d'amis**, ou de **parents**. Aujourd'hui bien plus souvent, il est devenu une **affaire de professionnels**: le **cautionnement donné** par une **banque** est **devenu courant**. Ce cautionnement se rémunère, et par cq, la banque / la caution s'y retrouve, car elle peut s'attendre à avoir un client solvable (qui va développer son **activité**...).

Entre les 2, le **cautionnement donné** pour les **dettes** d'une **entreprise**, par le dirigeant d'une **entreprise** est aussi **très fréquent**. On trouve généralement la banque auprès de laquelle la banque a ouvert ses comptes et qui va lui offrir des crédits, des facilités de paiement...

Il existe un **droit** du **cautionnement**, mais sur certains points, des adaptations ont été créées, en fonction de la qualité de la caution. C'est la **jurisprudence** la 1ere qui a opéré des distinctions, en fonction de la qualité de la personne: **caution avertie** en **matière** des **affaires**, et **caution profane/ simple particulier**. Le **législateur** a aussi fait une distinction: **personne physique** et **autre caution**.

Chapitre 1: le contrat de cautionnement

le **cautionnement** est un **contrat**. Il résulte d'un **accord** de **volontés** qui intervient entre 2 personnes, qui sont la **caution** et le **créancier**.

Section 1: les traits essentiels du contrat et les différentes sortes de cautionnement

parmi ces traits essentiels, il y en a qui sont permanents et d'autres qui sont variables.

§1: les caractères permanents du contrat de cautionnement

le caractère permanent le plus évident est le **caractère unilatéral** du cautionnement. Il y a aussi le caractère **consensuel**, **gratuit**, et **accessoire**. C'est l'engagement qui est accessoire.

A) le caractère unilatéral

le **contrat unilatéral** est le **contrat** qui ne **fait naître d'obligation** qu'à la **charge d'une seule partie**. Cela peut être discuté, car peuvent peser sur le **créancier**, un certain nb d'**obligations**, de devoirs. Ex: art 2314: c'est un texte qui impose au créancier, de ne pas oublier que si la caution le paie, cette caution aura vocation à être subrogée ds ses droits de créancier, contre le débiteur principal. La caution aura droit de réclamer son remboursement et pourra prétendre à tous les droits du créancier qu'il avait contre le débiteur. Si le créancier oublie cela et se montre négligeant/ désinvolte et s'il perd un de ses droits / avantages, qui pourrait faciliter le recours en remboursement de la caution, le créancier pourra être sanctionné. La caution pourra alors être dégagée de son obligation de cautionnement envers lui. Par ailleurs, **pèse** sur le **créancier** un certain nb d'**obligations d'information**. Quand les dettes garanties sont celles d'une entreprise, il faut tous les ans, que le créancier informe la caution du montant de la dette principale en cours.

Le créancier est donc tenu d'un certain nb de devoirs. Mais ces **obligations** ne sont **pas considérées** comme **devant faire perdre** au **cautionnement**, son **caractère unilatéral**. Car **faute de symétrie**. Ces **obligations** ne peuvent **pas** être **regardées** comme une **contrepartie** de la **caution**. La caution ne s'engage pas pour être informée tous les ans, du montant de la dette. Ces devoirs protègent la caution. Si la caution s'engage, c'est pour d'autres raisons. Ces **obligations** doivent être présentées comme des **conditions** du **maintien** de la **garantie**. Le **fait** que le **contrat** puisse être **rémunéré** ne lui fait **pas perdre** aussi son **caractère unilatéral**. Cela s'explique par le fait que **l'engagement**, en vertu duquel la caution sera rémunérée, est **souscrit** non pas par le créancier, mais **par** le **débiteur**. C'est le débiteur qui va verser une rémunération.

Les cq de ce caractère concernent la **preuve** du **cautionnement**: le **contrat** de **cautionnement** va normalement être **soumis** à **l'exigence** de **l'art 1326 du CC** (= quand une personne s'engage unilatéralement à payer une somme d'argent (...), le montant doit être inscrit en toutes lettres et en chiffres sur le contrat qu'elle souscrit). C'est une simple règle de preuve. Par ailleurs, le **contrat** de **cautionnement** peut **se faire** en **un seul exemplaire**. Le contrat de cautionnement est **dispensé** de **l'exigence** du **double exemplaire**, qui s'applique au contrat synallagmatique.

Cela permet de **distinguer** le **cautionnement** de **l'assurance crédit**, qui est souvent appliqué et qui constitue une forme de crédit. L'assurance crédit est le contrat par lequel un **créancier** va **se procurer** auprès d'un **assureur**, une **garantie** contre les **risques** de **non paiement**, à l'échéance. **L'assurance crédit**, comme le cautionnement, **suppose l'existence** d'une **dette** à garantir. L'assurance crédit fait **intervenir** un **tiers**, dont l'engagement va constituer la garantie. Mais la ressemblance s'arrête là, car à la différence du cautionnement, **l'assurance crédit** se **caractérise** par le fait que le **contrat** est **souscrit** à la **seule demande** du **créancier**. Ce sera **tjs** le **créancier** qui **rémunérera** le **"garant"**. L'assurance crédit est un contrat synallagmatique (garantie contre le

paiement).

B) le caractère consensuel

en prpe, c'est un contrat consensuel, qui s'oppose au contrat formel. C'est un **contrat** pour la **validité** duquel le **respect d'aucune forme particulière** n'est **exigée**. Il peut être **valablement conclu verbalement**, par le simple échange d'une offre et d'une acceptation verbale. On se rend compte en lisant **l'art 2288**, que le **cautionnement** doit être **expresse**. Mais cela ne **signifie pas** qu'il doive **être souscrit** ds des **formes particulières et solennelles**, pour être valable. Il est simplement exigé une **volonté claire**. On **admet** le **cautionnement** que ds **l'hypothèse** où la **caution** s'est **exprimée** de **manière claire** et **positive**. C'est un engagement que le législateur n'a pas voulu voir déduit de simples présomptions. Il faut la **manifestation** d'une **volonté claire** et **non équivoque**. Expresse ne signifie pas solennel.

Réserves:

–il reste que pour des raisons évidentes de preuve, le **cautionnement verbal** n'a **jms** été **pratiqué**. Car une volonté purement verbale serait une volonté sujette à caution. Elle serait sommaire et pourrait être facilement remise en cause. Or le cautionnement doit être expresse. Il doit résulter d'une volonté absolument certaine.

–Par ailleurs, le **caractère consensuel** du **cautionnement** a été très **directement remis en cause** par la **loi**. Les 1eres remises en cause sont le fait de la jurisprudence de la CC°, qui ds les années 1970-80, avait remis en cause l'idée que le cautionnement pourrait être valable, sans qu'un contrat ait été rédigé. La CC° a fait machine arrière. C'est alors le législateur qui a pris le relais: **loi du 1er août 2003**, qui prévoit que toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé, en qualité de caution, envers un créancier professionnel doit à peine de nullité faire précéder sa signature de la mention suivante: durée de l'engagement, montant... Avec cette disposition, les cautionnements souscrits par des personnes physiques envers des créanciers professionnels, ne sont plus des contrats consensuels.

C) le caractère gratuit

c'est un caractère qui est discuté. Un **contrat à titre gratuit** est un contrat, au terme du CC, ds lequel **l'une** des **parties procure** à **l'autre partie**, un **avantage purement gratuit**. Incidences: en cas de non exécution des obligations, on sera plus indulgent que si c'était un contrat à titre onéreux. Certains **vices** du **consentement** peuvent **entraîner l'annulation** d'un **contrat** conclu à titre gratuit. Ex: erreur sur la personne. Un **commerçant d'entreprise** en **état** de **cessation** de **paiement** ne peut **pas valablement souscrire** un **contrat à titre gratuit**. On peut remettre en cause des actes pdt la période suspecte: par ex, la période avant d'être déclaré en état de cessation des paiements. Le juge qualifie cette période.

Il faut considérer que le **contrat** de **cautionnement devient** un **contrat à titre onéreux**, quand il est **rémunéré**. Les choses ne sont pas aussi simples que cela. Art 1106: le contrat à titre onéreux est celui qui **assujettit chacune** des **parties**, à **donner**, ou à **faire qqch**. Le pb est que cette définition est insatisfaisante, car elle laisse à penser que tous les contrats unilatéraux sont à titre gratuit, et tous les contrats synallagmatiques sont à titre onéreux. Mais ce n'est pas vrai, car il existe des contrats unilatéraux à titre onéreux. Ex: contrat de dépôt. Il existe aussi des contrats synallagmatiques à titre gratuit.

Le **simple fait** que la **caution s'engage sans contrepartie** de la **part** du **créancier**, ne **permet pas** de **conclure** que c'est un **contrat à titre gratuit**.

Question de savoir s'il peut y avoir une intention libérale ds le cautionnement? L'idée serait que le **cautionnement** est à **titre gratuit**, que s'il y a une **intention libérale**. Mais on a du mal

à concevoir que la caution puisse être animée d'une intention libérale à l'égard du créancier. Il peut arriver que la caution s'engage à garantir les dettes d'un débiteur notoirement insolvable, pour faire plaisir au créancier. Mais ce n'est plus un cautionnement, car on ne garantit plus "pour le cas où" le débiteur est insolvable: c'est une reconnaissance de dette. Même ds cette hypothèse, en payant le créancier, on ne lui verse que son dû. De ce fait, il ne résultera pas de notre engagement, d'enrichissement net de ce créancier. Alors que lorsqu'il y a libéralité, il doit y avoir appauvrissement de l'un et enrichissement de l'autre. Il faut chercher l'intention libérale du créancier, envers le débiteur. Si la caution ne réclame aucune rémunération du débiteur, il est possible de considérer qu'elle est animée d'une intention libérale envers le débiteur. Mais là aussi, quand la caution s'engage sans exiger de rémunération de la part du débiteur, généralement, elle espère pouvoir engager un jour contre lui, un recours en remboursement.

Il est difficile de déterminer de façon certaine si le cautionnement est un contrat à titre onéreux ou à titre gratuit.

La jurisprudence n'est pas claire non plus. Elle donne des solutions, mais qui sont partagées. Selon la disposition dont l'application est en cause, la jurisprudence traite tantôt le cautionnement comme un contrat à titre gratuit, tantôt comme un contrat à titre onéreux, sans égard au fait que le cautionnement soit rémunéré ou non. Ainsi, la jurisprudence traditionnelle n'admet pas que le cautionnement puisse être annulé à cause d'une erreur sur le motif => contrat à titre onéreux. D'un autre côté: les cautionnements consentis avant l'ouverture de la procédure collective, sont généralement annulés par les tribunaux => contrat à titre gratuit.

§2: les caractères variables du contrat de cautionnement

A) le cautionnement civil ou commercial

quand le cautionnement est-il commercial? Le cautionnement est commercial ds 3 hypothèses:

–le cautionnement est commercial, quand il est souscrit par une société commerciale par la forme: SA et SARL.

–Le cautionnement est commercial, par application du critère subjectif: le cautionnement est commercial, quand la caution trouve ds l'opération principale garantie, et qui elle, a une nature commerciale, un intérêt patrimonial personnel. Tous les cautionnements souscrits par un dirigeant d'une entreprise pour les dettes de son entreprise sont commerciaux. En revanche, on n'admet pas qu'en application de ce critère, qu'il faille considérer que le cautionnement souscrit par le conjoint d'un commerçant, pour les dettes de celui ci, soit commercial.

–Le cautionnement est commercial quand il revêt la forme d'un aval. L'aval est celui qui se porte caution de tel ou tel signataire d'une lettre de change. Le donneur d'aval est par définition une caution. Arrêt 1974. Le contrat souscrit par l'aval suit les règles du cautionnement.

Les principaux intérêts qui s'attachent à l'acte de commerce/ la commercialité d'un contrat sont la détermination de la compétence juridictionnelle et la preuve (liberté de la preuve pour les commerçants). Les intérêts supprimés par la loi du 1er août 2003 sont la prescription et le fait que la caution est solidaire que si on en a fait la mention.

B) le cautionnement est simple ou solidaire

c'est une distinction importante et qui concerne les modalités de poursuite de la caution. Le cautionnement solidaire est plus contraignant, plus rigoureux pour la caution. Le

cautionnement simple accorde plus de moyens de retarder le paiement.

1)le cautionnement simple

ce cautionnement n'est pratiquement jamais utilisé, car le créancier n'oublie jamais de faire stipuler la solidarité. Le **cautionnement simple** est celui qui **permet** à la **caution** de **se prévaloir** du **bénéfice** de la **discussion** et de la **division**.

–le **bénéfice** de **discussion**: argument qui permet de retarder le paiement: c'est un **moyen** de **défense**, qui consiste à **demande**/ imposer au **créancier** d'**essayer d'obtenir** ce qui lui est **du**, d'abord du **débiteur principal**. Solution de facilité pour le créancier. Cette solution de facilité n'est pas tjs possible. En opposant au créancier le bénéfice de discussion, cela va empêcher cette solution de facilité.

–Le **bénéfice** de **division**: plusieurs cautions se sont engagées (au moins 2). Ce bénéfice de division va **permettre** à la **caution** d'**exiger** du **créancier** qui le poursuit, de **diviser** les **poursuites**, entre les **différentes cautions** éventuellement engagées. Si la **caution paie** la **totalité**, elle peut **demande** à l'**autre caution**, de **payer** une **partie** de la **somme** => **contribution**.

2)le cautionnement solidaire

la **caution** est **privée** des **bénéfices** de **division** et de **discussion**. Elle ne peut plus demander au créancier qu'il aille d'abord voir le débiteur principal. Quand la caution est engagée solidairement, elle ne peut pas demander au créancier, de diviser ses poursuites entre les autres cautions engagées. La solidarité est susceptible de degrés.

a) les degrés ds la solidarité, en cas de pluralité de cautions:

s'il y a une seule caution et que la solidarité est stipulée, il n'y a pas de différents degrés. Quand il y a plusieurs cautions, et qu'on stipule la solidarité, il existe plusieurs cas. La **solidarité** va **concerner tout** le **monde**, mais **il se peut** que ce ne soit **pas** le **cas**. Parfois, la **solidarité** est **stipulée** entre les **seules cautions**. **Seul** le **bénéfice** de **division** est **exclu**. Les cautions peuvent seulement demander au créancier de voir d'abord chez le débiteur, ce qu'il y a à récupérer.

Ds d'autres cas, la **solidarité** est **stipulée seulement** entre le **débiteur principal** et telle ou telle **caution**. Ds ce cas, les **cautions visées perdent** le **bénéfice** de **discussion**, mais **conservent** le **bénéfice** de **division**.

b) la portée de la solidarité ac le débiteur:

ce n'est pas pck la caution est solidaire, qu'il faut la tenir comme un véritable codébiteur. Quand il y a **solidarité passive**, le **créancier** peut **s'adresser** à **l'un quelconque** des **débiteurs** et **demande** le **paiement** du **tout**. C'est une garantie pour lui. Peu importe que l'un des codébiteurs soit insolvable. Les débiteurs solidaires sont des débiteurs qui sont **intéressés** par une **œuvre commune**. C'est pk chaque codébiteur solidaire est tenu de la dette intégralement. Cette dette pèse sur chacun d'eux au même titre.

Au contraire, la **caution solidaire** n'est **pas tenue** de la **dette**, **au même titre** que le **débiteur principal**. On se porte caution d'une dette qui n'est pas la notre => débiteur secondaire/ subsidiaire.

Il y a un régime pour le cautionnement et un autre pour la solidarité passive, qui sont différents. Un **codébiteur solidaire** ne peut pas invoquer l'art 2314 du CC. Il ne peut **se prévaloir** contre le **créancier**, que des **exceptions** qui sont **inhérentes** à la **dette**. La **caution** peut **se prévaloir** contre le **créancier** qui le poursuit, de **toutes** les **exceptions** du

débiteur principal: inhérentes à la **dette** et **personnelles** au **débiteur principal**.

Mais l'année dernière, la CC° a rendu un arrêt où est remise en cause l'idée que la caution peut se prévaloir d'un vice de consentement dont le débiteur principal aurait été victime.

Contexte = le vice du consentement est une exception personnelle au débiteur principal.

Par cet arrêt, la CC° a dangereusement rapproché le régime applicable au cautionnement, de celui applicable à un codébiteur solidaire.

04/02/2009

C) le cautionnement est indéfini/ défini, indéterminé/ déterminé

1) précisions d'ordre terminologique

le **cautionnement déterminé**, c'est un **cautionnement donné** pour un **montant connu**, cad un cautionnement **chiffré**. 2 hypothèses:

–cautionnement chiffré quand le **montant** de la **dette principale** est **connu**. Le montant de la dette principale n'est pas tjs connu. Au cautionnement de dette unique, on assimile le cautionnement de dettes successives d'un montant tjs égal. Ex: les loyers.

–Le cautionnement est déterminé quand il est **donné** ds la **limite** d'un **certain montant**. Ex: je garantis le solde du débiteur du compte courant, ds la limite de 100.

Le **cautionnement** est **indéterminé/ illimité**, c'est le **cautionnement** dont le **montant** n'est **pas connu**. Il peut ne pas être connu, car le cautionnement a été donné **sans plafond**, sans que la caution limite son engagement à un certain chiffre. C'est aussi indéterminé quand la caution s'engage pour une **dette non encore connue**, ou pour un **ensemble indéterminé** de **dettes**. => **engagement omnibus** = **cautionnement général** (ex: des dettes de X envers Y). Quand on souscrit un cautionnement de ce type, ou quand on s'engage pour une dette dont le montant n'est pas encore connu, et ce, sans limiter l'engagement à un certain montant, alors l'engagement est indéterminé.

Depuis la loi du 1er août 2003, pour l'initiative économique: le **cautionnement indéterminé donné sans limitation de montant** n'est **plus possible**. Elle impose, à peine de nullité, la rédaction d'une mention, qui comprend un chiffre à toutes les cautions personnes physiques.

Le **cautionnement indéfini**, c'est le **cautionnement donné purement et simplement**, cad sans précision particulière, cad **sans restriction** de toute sorte (durée, plafond...).

Le **cautionnement défini**, c'est le **cautionnement** qui contient une **stipulation** qui vient **limiter** sa **durée**, sur une certaine période. Il est enfermé ds des conditions.

Un cautionnement peut être indéterminé, sans être indéfini. Le cautionnement défini est le plus souvent un cautionnement indéterminé, mais il se peut que cela ne soit pas le cas.

2) précisions intéressant le fond

le cautionnement indéfini est visé ds l'art 2293 du CC: ce texte apporte une précision, concernant l'étendue du cautionnement.

a) article 2293, CC:

le **cautionnement indéfini** d'une obligation principale **s'étend à tous** les **accessoires** de la **dette**. Au nom des accessoires, on compte les **intérêts** de la **dette** (légaux ou moratoires). Il y a aussi les **indemnités contractuelles**, les **frais** de **recouvrement** que le créancier engage pour obtenir son paiement. De manière générale, sont **accessoires** à la **dette** garantie par le cautionnement, **tout** ce qui est **considéré** comme une **suite prévisible** du **contrat principal**.

Obs°:

–l'art 2293 ne vise que le cautionnement indéfini. Pour autant, jamais ce texte n'a été

interprété a contrario. On n'a donc pas pu exclure de son champs d'application, le cautionnement défini, qui serait subordonnée à une condition particulière, à laquelle ne serait pas soumis l'engagement principal. La caution serait obligée, sans limite au paiement des accessoires, alors qu'ayant donné son engagement pour une partie seulement de la dette, il échapperait systématiquement à cette charge. Ex: si la dette est de 100, et qu'on est engagé ds la limite de 50, on pourra être poursuivi pour les accessoires, mais que pour la moitié des accessoires.

— Cette règle posée par l'art 2293 a été parfois battue en brèche. Pdt une période, la jurisprudence décidait que les cautionnements soumis à l'art 1326, CC, ne s'étendent aux accessoires, que si la mention manuscrite le précise expressément. Ensuite, la CC° a revu sa décision. Puis le législateur a pris le relais, en intervenant par la loi Dutreil.

b) nature des dettes couvertes par le cautionnement général/ omnibus:

ce cautionnement omnibus est donné pour un ensemble indéterminé de dettes. Souvent, il est donné en des termes très ouverts. On est enclin à penser que la **caution** peut être **poursuivie** pour **toutes** les **dettes susceptibles d'exister** entre le **débiteur** et le **créancier**. La **jurisprudence** ne **l'admet pas**, quels que soient les termes employés. Le juge doit **rechercher** la **volonté réelle** des **contractants**. 2 exemples:

— arrêt où il a été jugé que la caution qui garantit un créancier, qui habituellement est lié au débiteur par dérogation de nature contractuelle, ne garantit pas aussi les éventuelles dettes de nature délictuelle entre les parties à la relation principale.

— Il a été jugé que celui qui garantit un commerçant, au profit d'une banque, ne garantit que les dettes commerciales de ce commerçant, envers cette banque, et non pas les dettes qui peuvent naître, pour satisfaire des besoins non professionnels de ce commerçant.

Section 2: la souscription du contrat de cautionnement

conditions de formation, qui sont celles du droit commun: **art 1108, CC**: le consentement, la capacité, une cause, un objet.

Paragraphe préliminaire: la spécificité du contexte

le contexte est remarquable, car il y a tjs en présence 3 personnes: la **caution**, le **créancier** et le **débiteur**. Le **contrat de cautionnement** est **passé** entre seulement 2 personnes: la **caution** et le **créancier**. Mais il n'empêche que le **caractère triangulaire** du cautionnement n'est **pas sans intérêts** et a des **influences** sur la manière dont le cautionnement va vivre et sur la validité du contrat de cautionnement.

D'un côté du triangle, on a la **relation débiteur – créancier**. Le débiteur doit de l'argent au créancier. L'existence de cette relation est importante. Raisons:

— **l'existence** de cette **relation** est **nécessaire** pour que le **cautionnement** puisse **exister valablement**. On dit que le cautionnement ne peut exister sans une obligation principale valable. Cette **affirmation** est à **relativiser**. Ce qui est vrai, c'est que la **caution** ne peut **jamais** être **poursuivie**, **tant qu'aucune dette principale** est **née**. Ce qui est aussi vrai, c'est que les **poursuites** du créancier contre la caution ne pourront **jms** être **exercées** pour un **montant supérieur** à la **dette principale**.

— Certains **aspects** de cette **relation** ont vocation à **rejaillir** sur le **cautionnement**, cad sur la **relation caution / créancier**. Ex: le débiteur et le créancier sont liés de manière conditionnelle. Il en sera nécessairement de même pour l'engagement de la caution, en raison du caractère accessoire de l'engagement de la caution, vis à vis de l'engagement principal. La **caution** poursuivie par le créancier a le **droit** de **se prévaloir** de **tous** les

moyens de défense que le débiteur peut lui même opposer au créancier. Mais arrêt 8 juin 2007: la caution ne peut pas se prévaloir des moyens de défense appartenant au débiteur principal, qui lui sont personnels.

D'un autre côté du triangle, on a en prpe, la relation caution – débiteur. Art 2291, CC: on peut se rendre caution d'un débiteur, à son insu, cad sans qu'il l'ait demandé, ou sans qu'il le sache. Cette relation est aussi importante. Il s'établit même un véritable contrat entre la caution et le débiteur. La caution, en s'engageant envers le créancier, à la demande du débiteur, accepte en qq sorte, de faire à ce débiteur, l'avance des sommes qu'il doit au créancier et qu'il ne pourrait pas payer. Or tout crédit se rembourse. => c'est une sorte de crédit par signature. L'existence de cette relation est aussi importante, puisque ds cette hypothèse où à la demande du débiteur, la caution va accepter de s'engager envers le créancier, l'existence de cette relation pourra autoriser le créancier envers lequel finalement la caution ne se serait pas engagée, à en faire le reproche à la caution et à la poursuivre en paiement. C'est possible, car on peut considérer que l'accord entre le débiteur et la caution enferme tous les éléments constitutifs d'une stipulation pour autrui. La stipulation pour autrui fait naître un droit personnel et direct contre celui qui a promis. Cela explique que les clients de ces professionnels, soumis à l'obligation de se faire couvrir par un cautionnement, pour pouvoir exercer leur profession, pourront se prévaloir de ce cautionnement, pour le cas où ils ne peuvent pas récupérer les sommes qui leur sont dues, alors que jms l'organisme de caution ne se sera engagé formellement et directement envers eux.

3e coté du triangle: on trouve la relation caution – créancier.

§1: pouvoir et capacité de la caution

s'agissant des règles de pouvoir, elles expriment la capacité qu'une personne a, d'engager un patrimoine qui n'est pas le sien. Capacité = capacité d'engager son propre patrimoine.

A) Règles de pouvoir

–art 1415, CC: le cautionnement consenti par un époux agissant seul, n'engage que les biens propres de cet époux et ses revenus. Mais possible d'en limiter la portée, en demandant au conjoint de participer au cautionnement. Ainsi, les biens propres de la caution et les biens communs seront engagés. Le 2e conjoint n'est pas cocauton. Les biens propres du conjoint de la caution ne sont pas engagés.

11/02/2009

–Possibilité pour les dirigeants de société d'engager par un cautionnement, la société qu'ils dirigent, cad de souscrire au nom de l'entreprise, un engagement qui résulte d'un cautionnement. Distinction de règles:

- au fond, si la personne morale concernée, cad celle au nom de laquelle le dirigeant envisage de souscrire un engagement, n'est pas une SARL ou une SA, alors le cautionnement souscrit en son nom sera tjs nul. Car ce cautionnement ne pourra pas être rattaché à l'objet social.

- Quand la société concernée est une SA ou une SARL, elle est engagée même par les actes qui dépassent son objet social. Assurer la sécurité juridique envers les tiers. Il est quand même un cas, où la société peut échapper à son engagement: c'est le cas où on parvient à démontrer / convaincre le juge, que le bénéficiaire du cautionnement, cad le tiers, savait que l'acte passé dépassait l'objet social de la société, ou ne pouvait l'ignorer. Or le fait qu'un cautionnement peut dépasser l'objet social de la société se

présume facilement. Il y a place pour les **présomptions**, car "ou ne pouvait l'ignorer". Seuls a priori, les établissements financiers peuvent avoir pour objet social, de garantir des garanties. D'un autre côté, on peut observer que la **conformité** de **l'acte** qu'est le cautionnement, à **l'objet social** sera **appréciée** avec une grande **souplesse**, dans un cas particulier, qui est celui dans lequel le **cautionnement** a été **souscrit** par une **société mère**, en **garantie** des **dettes** d'une de ses **filiales**. Dans cette hypothèse particulière, la jurisprudence a souvent admis que **l'acte** pouvait être au fond, **indirectement attaché** à **l'objet social**.

- Si la **société concernée** est une **SA**, et même si l'engagement est souscrit pour les dettes d'une filiale, il faut toujours que le **cautionnement** ait été **autorisé** par les organes, c'est-à-dire les **conseils d'administration** ou de **surveillance**, selon les statuts adoptés.

- il est **interdit** aux **SARL** et **SA**, de **cautionner** les **engagements personnels** de leur **dirigeant**, gérant et même associés, sauf dans le cas où la société concernée est un établissement financier.

B) Règles de capacité

l'intention libérale est introuvable en matière de cautionnement. On n'applique pas au cautionnement, des règles de capacité rigoureuses, qu'on applique par ex, aux libéralités et donations.

Le CC semble conforter ce principe. **Art 2295**: pour **souscrire** un **cautionnement**, il faut **avoir** la **capacité** de **contracter**. Si le législateur avait voulu exiger qu'on applique les règles relatives aux libéralités, il aurait été plus précis. La **jurisprudence** se montre **plus exigeante**. Elle ne **se contente pas** de la **simple capacité** de **disposer**. La jurisprudence considère qu'un **mineur** ne peut **en aucun cas**, **se porter caution**, peu importe qu'il ait obtenu l'autorisation de ses parents, ou du juge des tutelles. Un **majeur incapable** ne peut **pas** aussi **se porter caution**.

§2: l'expression du consentement de la caution

le consentement doit être expresse, donc exprimé. En matière de cautionnement, le **consentement** doit être **exprimé positivement**, mais doit surtout être **exprimé** dans des **formes** spéciales, **imposées** par une **loi récente**, inspirée par la jurisprudence. Idée que ce n'est que par la **forme manuscrite** que le consentement serait correctement exprimé.

A) la mention de l'art 1326, CC

"L'acte juridique par lequel une seule partie s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent ou à lui livrer un bien fongible, doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui souscrit cet engagement, ainsi que la mention, écrite par lui-même, de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres. En cas de différence, l'acte sous seing privé vaut pour la somme écrite en toutes lettres".

Cet article est une **règle** de **preuve**. Le **non respect** de cette **règle** ne **suffit pas** à **décharger** forcément le **signataire**. Le non respect de cette règle ne **suffit pas** à **invalidier l'engagement**. L'art 1326 en tant que règle de preuve, a pour but de **protéger** contre les **fraudes**. Le but est de **conférer** à **l'instrumentum** / l'acte, une **plus grande fiabilité**, dont normalement, il n'existe qu'un seul exemplaire, que le garant gardera entre ses mains. Quand on a fait inscrire le montant, il devient difficile de se livrer à des fraudes, d'alourdir l'engagement de celui qui a signé l'acte, en ajoutant par ex, un chiffre au montant.

L'art 1326 n'a jamais pu être appliqué à la lettre, à tous les cautionnements. Il n'a pas pu être appliqué de la même manière à tous les cautionnements. Pour certains, d'emblée, l'art

1326 a joué un rôle différent. Il est des cautionnements qui sont indéterminés, cad souscrits sans limitation de montant ou pour un ensemble indéterminé de dettes. Or, **l'art 1326 prescrit l'indication d'un chiffre**. Difficile d'appliquer à la lettre l'art 1326. Pdt un certain tps, on s'est posé la question de savoir si l'art 1326 s'appliquait bien aux cautionnements indéterminés. La jurisprudence considère qu'il **faut appliquer l'art 1326, même** ds l'hypothèse où le cautionnement est indéterminé. Cette solution a été proclamée ds l'arrêt de 1970. Mais comment faire? La jurisprudence dit que quand l'engagement est indéterminé, la caution doit apposer une mention qui exprime sous une forme quelconque, mais de façon explicite, la connaissance que la caution a de la nature et de l'étendue de son obligation. Cette solution montre que depuis lgtps, les exigences de **l'art 1326** ne sont pas conçues uniquement, comme un instrument de lutte contre la fraude. Ce n'est plus uniquement qu'une règle probatoire. Depuis lgtps, ds le domaine des cautionnements non chiffrés, l'article est moins destiné à prévenir des fraudes, qu'à assurer le caractère solide du cautionnement et prévenir les pb de consentement, comme la survenance par ex, d'une prétendue erreur concernant l'étendue de l'engagement souscrit. Le rôle de la mention manuscrite a été transformé. Cet art 1326 continue à occuper la même place: c'est une sanction propre au droit de la preuve, qui reste applicable en cas de non respect. Même après qu'ont été rendues les décisions ci dessus, quand l'exigence de **l'art 1326** n'est pas respectée, l'acte n'est pas annulé: il demeure sauvable, chaque fois qu'on peut trouver un commencement de preuve par écrit. Un cautionnement signé vaut commencement de preuve par écrit, à charge pour le créancier de trouver un complément de preuve, cad en prouvant que la caution connaissait l'étendue de son engagement.

Ds les **80's**, les juges vont se croire autorisés à remettre en cause cette logique et donc le caractère consensuel du consentement. Ils vont faire 2 choses, dont le but est tjs de protéger la caution:

- limiter le plus souvent possible, l'étendue du cautionnement, à la couverture du seul principal de la dette;

- faire interdire aux cautions autres que averties, la possibilité de souscrire des engagements indéterminés.

Les juges sont parvenus à faire cela, en décidant, de manière artificielle et contestable du point de vue du droit, que chaque fois que la mention manuscrite ne dit pas expressément que la caution s'engage aussi pour les intérêts, alors les intérêts accessoires ne sont pas couverts, en dépit de la présence d'un article qui dit que le cautionnement s'étend aux accessoires. La CC° adoptait par ailleurs, une attitude sévère sur les mentions manuscrites des cautionnements indéterminés. Il fallait trouver les bons mots: le juge devait vérifier que les mots révélaient bien de manière non équivoque, la connaissance de la nature et de l'étendue de l'obligation, par la caution. Ds toutes les hypothèses, les juges considéraient que les mentions n'étaient pas suffisantes. En revanche, concernant les dirigeants d'entreprise, les juges tenaient la qualité de personne avertie du souscripteur, comme un élément extrinsèque du commencement de preuve par écrit. Le cautionnement indéterminé était inefficace, dès lors qu'ils n'étaient pas souscrits par les dirigeants d'entreprise.

Machine arrière de la jurisprudence, mais **loi du 1er août 2003, dite loi Dutreil**. Domaine de l'art 1326: ce domaine n'est pas absolu car le formalisme de **l'article 1326** ne s'appliquait pas au cautionnement commercial, souscrit par un commerçant. D'autre part, on a tjs admis que l'article ne s'appliquait pas pour le cas où le cautionnement est souscrit par acte authentique. Le domaine est devenu aujourd'hui petit: on l'a remplacé par de véritables exigences de forme. Loi du 1er août 2003: elle soumet presque toutes les cautions personnes physiques, à un très lourd formalisme.

B) le formalisme imposé par la loi

ce formalisme s'inspire d'une logique jurisprudentielle. La CC° avait montré l'exemple.

–1ere intervention = **loi de 1989**: les **dispositions** de cette loi **s'appliquent** au **cautionnement sous seing privé**, souscrit par une **personne physique** pour **garantir** un **crédit** à la **consommation**. => ds ce cas, il faut **rédiger** une **mention**, requise à **peine** de **nullité**. C'est l'art L313-7 et suivants du code de la consommation. Relève de l'ordre public de protection. On **étend** la **protection** aux **garants** du **crédit** à la **consommation**. La nullité encourue est relative: elle sera susceptible de confirmation. Arrêt du 17 mai 1996: par son exécution volontaire, la caution a confirmé son obligation de caution et ne peut plus en invoquer l'annulation.

–**Loi de 1994**: relative à **l'habitat**: elle s'intéresse aux cautionnements issus de bail. Quand une **caution s'engage** à **garantir** les **obligations issues** du **bail**, son **cautionnement** doit être revêtu d'une **mention manuscrite** qui doit indiquer le montant du loyer, les conditions de la révision du loyer...

–**loi du 1er août 2003**: a introduit de nouveaux **articles L341-2** et suivants ds le **code de la consommation**. Cet **article impose** à **peine** de **nullité**, la **rédaction** d'une **mention manuscrite** très lourde, à toutes les **cautions personnes physiques**, **s'engageant** par **acte sous seing privé**, en **faveur** d'un **créancier professionnel**. L'art 341-2: la signature doit être précédée de la mention suivante: "en me portant caution de X, ds la limite de la somme de ..., couvrant le paiement du principal, des intérêts et le cas échéant des pénalités et des indemnités de retard, et pour la durée de ..., je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues, sur mes revenus et mes biens, si X n'y satisfait pas lui même".

Rq:

–pour ce qui est des mots à utiliser, **l'article L341-2 reprend** les **termes** de **l'art L313-7**, sauf que le **domaine d'application** de l'art L341-2 est **plus étendu**.

–**L'art 341-2 vise** la **caution personne physique**, **sans distinguer**. Or la distinction que la jurisprudence faisait, était une distinction entre la caution avertie et la caution profane. Les dispositions de la loi Dutreil ont été introduites ds le code de la consommation: est ce que l'article s'applique aussi au cautionnement souscrit par le dirigeant d'une entreprise? Certains disent non, car le cautionnement est commercial, que ce contentieux relève du tribunal de commerce, qui n'applique pas le code de la consommation. De plus, les dispositions sont ds le code de la consommation = code du consommateur. Or: **là** où la **loi** ne **distingue pas**, le **juge** n'est **pas censé distinguer**. Il faut faire une **application générale** de la **disposition**. De plus, par le passé, il est **arrivé** au **juge**, d'**appliquer** à des **cautions dirigeantes**, des **dispositions réservées** aux **cautions profanes**.

–**L'art L341-2** ds son domaine, **interdit** de fait, une pratique extrêmement répandue: la **pratique** du **cautionnement indéterminé**.

–**L'art L341-2 oblige** de fait, **d'enfermer** tous les **cautionnements** souscrits par une personne physique, envers un créancier professionnel, ds une **certaine durée**. 2 cas de figure:

- le **cautionnement** est **souscrit** pour une **dette donnée** (telle dette de M. X envers Y) et **actuelle**: la **caution** est **tenue** tant que le **débiteur** n'a **pas payé** sa dette.

- Le cautionnement est **souscrit** pour tous les **engagements** de **X** envers la banque **Y**. Ds cette hypothèse, le cautionnement porte sur toutes les dettes. Pk? C'est le fait que la caution est le dirigeant de l'entreprise dont les dettes sont garanties. Le dirigeant a une fonction de direction. **Indiquer** une **durée** va **permettre** au **dirigeant** de **résilier** son **engagement**, quand il n'a **plus** la **fonction** de **dirigeant**. Protection mal conçue qui se retourne contre la caution.

Ce **texte L341-2** a un champ d'application vaste, mais pas absolu: ne **s'applique pas** pour les **cautionnements souscrits** par un **commerçant**, ou au **profit** d'un **créancier non professionnel**. Et il ne s'applique pas non plus quand le cautionnement est souscrit par **acte authentique**.

On a aussi ds la loi, une disposition qui reprend une solution jurisprudentielle: prpe de proportionnalité. Le cautionnement doit être proportionné aux revenus de la caution. La loi ne fait pas la différence entre le cautionnement sous seing privé et authentique: ce prpe de proportionnalité vaut pour les 2 cautionnements.

§3: les vices du consentement

le cautionnement est un contrat, conclu entre la caution et le créancier. On s'intéresse au consentement de la caution qui elle seule, peut avoir des raisons de se plaindre. La théorie des vices du consentement occupe une place importante, car il arrive que la caution se plaigne, et prétende qu'elle est victime d'un vice du consentement.

A) l'erreur

l'erreur n'est pas très propice aux arguments de la caution. **L'erreur** est une mauvaise représentation de la réalité, une **inadéquation** entre la **conviction** de **celui** qui **s'oblige**, et la **réalité** des **choses**. Croire vrai ce qui est faux ou croire faux ce qui est vrai. Il existe différents types d'erreur. Le CC envisage **l'erreur** sur la **personne** (incidence que quand le contrat est conclu intuitu personae) et **l'erreur** sur la **substance** de la **chose**. L'erreur peut être prise en compte, quand elle porte sur la substance/ la matière, cad sur la prestation.

Aux cas envisagés par le CC, on en a ajouté d'autres: **erreur** sur le **motif**, sur la **cause**. L'annulation du contrat peut être admise en raison de l'existence de telle erreur, mais à certaines conditions. On distingue aussi **l'erreur vice du consentement**, de **l'erreur obstacle**, qui **empêcherait** la **formation du contrat**. Elle serait commise en 2 hypothèses: hypothèse où l'une des parties s'est trompée sur l'identité de la chose, ou sur la nature du contrat. Le CC ne dit pas un mot sur l'erreur obstacle, mais admet que la nullité ne fait aucun doute. Certains parlent même d'inexistence du contrat ds ce cas là. Il arrive fréquemment que les **cautions** se **plaignent** d'une **erreur obstacle**, en faisant valoir qu'elles n'ont **pas bien compris** à **quoi** elles **s'engageaient**.

1)erreur sur la nature de l'engagement

les cautions vont dire qu'elles n'ont **pas compris** la **signification** du **cautionnement**. De fait, c'est uniquement ds des **circonstances exceptionnelles** que le **juge prononce l'annulation** pour **erreur** sur la **nature de l'engagement**. Ex: affaire ds laquelle le cautionnement avait été souscrit par des personnes illettrées. Autre arrêt: affaire ds laquelle le cautionnement avait été souscrit par une dame âgée, pour des sommes très importantes, alors qu'elle avait une petite pension.

Rq: aujourd'hui, ds un tel cas de figure, l'inefficacité de l'acte pourrait être prononcée sur la base d'un autre texte, issu de la loi Dutreil.

2)autres types d'erreur

les cautions sont très enclin à se plaindre. Erreur sur le fait qu'il n'y a pas d'autres cautions. Erreur sur la solvabilité du débiteur principal. Erreur sur le maintien du crédit... Il arrive que ces considérations auxquelles les cautions renvoient, aient pu jouer un rôle. Mais ces **considérations participent** aux **motifs** de **l'engagement**. Or **l'erreur** sur un **motif** n'est **pas** une **cause d'annulation** du **contrat**, **sauf** quand le **motif** a été **érigé** en **condition** du **contrat**. C'est pk les cautions qui avancent ces arguments, ne sont pas entendues.

Mais **arrêt ch comm du 1er oct 2002**: les juges admettent que la **caution** avait **fait** de la

solvabilité du débiteur, la condition tacite de son engagement. Intéressant car les cautions prêtes à s'engager pour les dettes d'un débiteur d'ores et déjà insolvable sont extrêmement rares. De sorte qu'on peut considérer que la solvabilité du débiteur est tjs une condition tacite. Depuis cet arrêt, la caution peut obtenir l'annulation de son engagement si le débiteur était insolvable au jour du cautionnement. => Au jour du cautionnement, la situation du débiteur principal était déjà irrémédiablement compromise. Ds cet arrêt, le créancier ne pouvait pas l'ignorer.

Autre erreur ayant influence, sans qu'on la subordonne de conditions: erreur sur le maintien du crédit. Les juges sont réceptifs ds cette hypothèse. Ils admettent d'annuler le cautionnement, car le maintien du crédit rentre forcément ds le champ contractuel.

18/02/2009

Arrêt du 11 février 1986 => une banque accorde une ouverture de crédit à un client, qui prend la forme d'une autorisation de découvert. Au bout de qq mois, la direction change: un nouveau gérant prend la place de l'ancien gérant. La banque profite de cette situation, pour exiger du nouveau gérant, qu'il cautionne les engagements pris par l'entreprise. Le nouveau gérant accepte la garantie. Moins d'un mois plus tard, la banque lui dit que l'autorisation de découvert est finie et lui demande de rembourser le découvert, alors que celui-ci ne s'est pas aggravé. Il est resté inférieur au plafond du cautionnement. La société débitrice dépose son bilan. La banque se tourne alors vers le gérant. Les juges vont annuler le cautionnement, pour vice du consentement. Ils ne disent pas quel vice il s'agit. La C.A.p. va dire que si la banque avait demandé un cautionnement, c'était uniquement pour se donner un nouveau débiteur, contre lequel elle allait pouvoir immédiatement demander le remboursement, ce qui n'est manifestement pas conforme à la volonté du cocontractant. La C.C.° dit qu'il s'agit d'une erreur et approuve la C.A.p. C.C.°: "la C.A.p. a fait ressortir que le consentement de la caution a été vicié par erreur, en montrant qu'au moment de la ccl du contrat de cautionnement, la banque n'avait pas l'intention de maintenir le crédit accordé, alors que la caution ne souscrivait son engagement, que pour obtenir le maintien du crédit". Inadéquation entre ce que pensait la caution, et la réalité des choses. Cette solution est intéressante, car elle a été réitérée => solution constante. Quand une caution s'engage pour qu'un crédit soit maintenu, mais que ce crédit n'a pas été maintenu, il y a lieu d'annuler le cautionnement.

Question de savoir quel type d'erreur a été commis.

–Erreur sur la substance? Non, car on ne peut pas considérer qu'il puisse être de la substance de l'engagement de la caution, que de permettre le maintien ou l'ouverture du crédit, qui est attendu par le débiteur. La substance de la caution est payer à la place du débiteur. La substance = contenu de l'obligation. Donc pas d'erreur sur la substance.

–Erreur sur un motif? L'erreur sur le maintien du crédit existant est une erreur sur le motif. Mais l'erreur sur un motif n'est pas pris en considération. Les juges n'annulent pas en raison d'une erreur sur le motif, sauf s'il est entré ds le champ contractuel, cad érigé en condition de l'engagement.

–C'est normal, car au fond, ac la considération que le crédit sera maintenu, on est au dela du simple motif, car le maintien du crédit ou l'octroi d'un crédit relèvent plutôt de la cause de l'engagement. Pour quoi la caution s'engage t-elle? Pour que le crédit ouvert soit encore maintenu pdt un certain tps => c'est la cause de l'engagement et plus seulement le motif. => erreur sur la cause de l'engagement. Mais l'erreur de la cause n'est pas tenue par le CC, comme une cause d'annulation de l'engagement (CC: erreur sur la personne et sur la substance/ qualités substantielles). Mais ds l'hypothèse d'une erreur sur la cause, on se trouve soit en présence d'une erreur sur la substance, soit en l'absence d'une cause. => ici, on a affaire à une absence de cause. La plupart du tps, c'est l'absence de cause qui est relevée, pour les cautionnements.

B) le dol

art 1116, CC. Le dol n'est pas en soi, un vice du consentement: c'est une **faute** du **comportement**, un **délit civil**, qui a été **commise** au **moment** de la **ccl** du **contrat**, et qui va être **à l'origine** d'une **erreur** et donc d'un **vice** du **consentement**. Le dol est une cause de nullité de la convention, quand les **manœuvres pratiquées** par **l'une** des parties sont **telles**, que **sans** ces **manœuvres**, **l'autre** n'aurait **pas contracté**. Ce qui est constitutif d'un dol, le fait de s'adonner à une action malhonnête: il faut des **actes positifs** et **malhonnêtes**, **destinés à tromper**. Mais l'art 1116 n'a pas fait l'objet d'une interprétation restrictive. Les **exigences** du **texte** (sur l'élément matériel) ont été **assouplies** par la **jurisprudence**. En effet, elle a d'abord **admis** le **simple mensonge**, non appuyé par des actes extérieurs, et ensuite, la **jurisprudence** a **admis** de manière plus libérale, qu'un **simple silence / réticence** pouvait être **constitutif** d'un **dol**, quand le silence était gardé sur une **information** qui **aurait due** être **communiquée**.

La notion de dol a connu une dérive qui est la **traduction** d'une **exigence** de **loyauté** mise à la **charge** des **cocontractants**. De cette exigence de loyauté, les cautions n'ont pas manqué de profiter, car la caution est par nature, en situation de faiblesse. Elle est par hypothèse, en déficit d'information. La **caution** est un **tiers** à la **relation principale**. De fait, a priori, il va lui **manquer** les **données** permettant d'**apprécier** la **situation financière** du **débiteur**.

Il suffit que sa situation ne soit pas brillante sur le plan financier, pour que le débiteur soit tenté de mentir. Souvent, le **créancier** va être aussi **coupable** de ne **rien dire**, car il **connait** le plus souvent, la **situation mauvaise** du **débiteur**, sur le plan financier. => **coupable** d'un **dol** par **réticence**, dol qui est sanctionné promptement, facilement et fréquemment.

Ex: une **banque** a **obtenu** un **cautionnement**, **sans indiquer** clairement à la **caution**, que le **crédit** qui allait être consenti, serait **immédiatement utilisé**, pour **résorber** le **découvert** du **débiteur garanti**. La caution peut obtenir **l'annulation** de son **engagement**, pour **dol**. Arrêt 26 mai 1992.

Il faut reconnaître que la **situation** des **créanciers** n'est **pas confortable**. Les **cautions** apparaissent à l'étude de la jurisprudence, et sur ce terrain du dol, **plutôt choyées**. La **tendance** est d'**ouvrir** aux **cautions**, très largement **l'annulation** pour **dol**. Évolution jurisprudentielle, révélée par plusieurs arrêts. **Ex:** arrêt ch civ, 10 mai 1989: les juges du fond avaient refusé l'annulation pour dol, pour des motifs qui apparaissaient solides. Pour **annuler**, il faut que le **dol** ait été **déterminant**. Il faut que **sans** le **dol**, le **cocontractant** n'aurait **pas contracté**. Les juges du fond disent qu'il n'a pas été prouvé ds cet arrêt, que si la caution avait été mieux informée, elle ne se serait pas engagée. Les juges du fond vont être censurés => CC°: ce n'est **pas** à la **victime** de **démontrer** que **sans** le **dol**, elle ne **se serait pas engagée**. C'est à la banque/ au **créancier** qu'il **appartient** de **démontrer** que la **caution** se serait **engagée quand même**, **même si** on lui avait **informé valablement**. Les juges auraient du se poser la question de savoir si le créancier démontrait que même s'il avait attiré l'attention de la caution sur les difficultés financières du débiteur, la caution se serait quand même engagée. La CC° pose une **présomption** du **caractère déterminant** du **silence**.

Autre arrêt: 1ere ch civ, 24 mars 1992: cet **arrêt lève** un **obstacle** contre **l'annulation** pour **dol**. Jusqu'à cet arrêt, on pensait que quand il **existe** entre la **caution** et le **débiteur principal**, des liens de **proximité/ parenté**, **suffisamment forts**, pour que la **caution** puisse **se renseigner** par **elle même** sur la **situation** du **débiteur**, alors **l'annulation** pour **dol** ne **pouvait être obtenue**. Ds cet arrêt, la caution était le père du débiteur principal. Mais cela n'a pas empêché l'annulation du cautionnement pour dol par réticence.

Le terrain du dol est favorable à la caution, même si un **obstacle** tout de même, **demeure**, et qui est **lié** au **fait** que **l'art 1116 évoque** les **manœuvres** du **créancier**: or, souvent, ce

n'est **pas** le **créancier** qui **se rend coupable** du **dol**, mais le **débiteur principal**. La **jurisprudence n'admet pas l'annulation** pour **dol**, quand c'est le **débiteur principal** qui **se rend coupable** de **mensonges**..., car c'est un **tiers** par rapport au **cautionnement**.

Chapitre 2: l'obligation de la caution

Section 1: l'originalité de l'obligation de la caution

l'obligation de la caution est originale, à 2 points de vue:

–certes, la **caution** est **obligée** de **payer**, mais elle ne **s'oblige pas purement et simplement** à un **paiement**. Elle **s'engage** à **garantir**, et non à payer purement et simplement.

–Le législateur a voulu en faire un **engagement** qui **se trouve** ds la **dépendance** d'un **autre**, cad un **engagement accessoire**, à l'obligation principale.

§1: le caractère accessoire de l'obligation de la caution

en un sens au moins, tout **engagement** de **garantie** est **accessoire**, par **nature**, puisque tout engagement de garantie **suppose** par hypothèse, **l'existence** d'une **obligation**, généralement, de **payer** une **somme d'argent**, que le **cautionnement** va **consolider**, en la garantissant.

En matière de cautionnement, l'idée d'accessoire prend un sens / force particulière. L'idée va exprimer une **dépendance** très **forte** et **permanente**, de **l'obligation** du **garant**, par rapport à **l'obligation principale** du **débiteur**. Il va y avoir une telle dépendance de l'obligation du garant, vis à vis de l'obligation à garantir, que d'ailleurs, **autrefois**, il est **arrivé** qu'on **nie l'existence** d'une **obligation propre** à la **caution**. C'était une sorte de **modalité** à **l'obligation principale**. Un auteur expliquait autrefois que l'engagement de la caution était accessoire et n'hésitait pas à affirmer qu'il n'y a pas ds le cautionnement, 2 obligations (caution et créancier) mais une obligation cautionnée.

On est revenu de ce genre de représentation des choses. L'obligation de la caution est plus complexe. Les propositions des auteurs classiques ne sont pas dénuées de sens. Quelles sont les règles de la traduction de ce caractère accessoire?

A) expression concrète du caractère accessoire de l'obligation de la caution

l'origine du cautionnement est marqué par un certain nb de caractéristiques fortes et essentielles, auquel on assimile le caractère accessoire. Ce sont les **règles** dont **l'éviction** pourra **conduire** à une **requalification** de **l'engagement**, en **autre chose**. Quelles sont les règles qui font parties de l'essence du cautionnement, à défaut desquelles on n'a plus de cautionnement? 3 règles:

–il y a la **nécessité** de **l'existence** d'une **obligation principale valable**, qui est pour le cautionnement, un **support nécessaire**, et un **plafond quantitatif**. À défaut d'obligation principal, aucune obligation de règlement ne peut être mise à la charge de la caution. L'obligation de la caution ne peut pas dépasser en montant, ce qui était exigé au débiteur principal.

–Il y a pour la **caution**, la **possibilité** de **se prévaloir**, à l'encontre du **créancier**, des **moyens** de **défense appartenant** au **débiteur principal**, pour **échapper** elle même à son **engagement**. La caution est en droit d'utiliser à son profit, toutes les exceptions appartenant au débiteur principal, que ces exceptions soient inhérentes à la dette, ou personnelles au débiteur. Mais arrêt de 8 juin 2007, qui affirme le contraire (le vice du consentement dont le débiteur principal a pu être la victime, est un argument que la caution ne peut pas invoquer).

—Il y a l'impossibilité pour la caution, de s'engager à des conditions qualitatives plus dures que le débiteur. Si l'engagement principal est à terme ou conditionnel, il en ira nécessairement de même, pour l'engagement de la caution. L'inverse n'est pas vrai. Ds le cas contraire (où l'engagement principal est assorti d'une condition, non reprise pour l'engagement de la caution), l'obligation de la caution pourra être réduite à la mesure de l'obligation principale, sauf à requalifier l'engagement. Ou bien les parties ont réellement voulu mettre en place un cautionnement, mais elles ne savaient pas qu'on ne pouvait pas obliger plus durement la caution.

=> art 2289 et 2290, CC. L'alinéa 2 de l'art 2289 paraît contraire à l'idée pourtant classique, que toutes les exceptions appartenant au débiteur principal peuvent être opposées par la caution. Cet article dit: on peut cautionner toutes les obligations, qui ne seraient susceptibles d'être annulées que par une exception purement personnelle à l'obligé, par ex, ds le cas d'une minorité. La doctrine a tjs considéré que sur ce point, la plume des rédacteurs du CC avait dépassé leur pensée. Ds l'esprit des rédacteurs du CC, l'exception d'incapacité (minorité) était la seule exception qui devait être inopposable au créancier, par la caution. Mais ce n'est pas l'interprétation retenue. Cet article a été réécrit ds un projet de réforme du droit des sûretés, mais ce projet de réforme est peu suivi d'effet. Ce projet a donné lieu à l'ordonnance du 23 déc 2006, qui s'est contenté de modifier les règles applicables aux sûretés réelles.

B) le fondement du caractère accessoire

à ces 3 règles, on peut trouver, au delà de la volonté du législateur, une explication partielle, qui repose sur l'idée d'unicité de dette.

1) l'unicité de dette

explication d'une partie du caractère accessoire. Ds le cautionnement, il y a unicité de dette. On dit souvent que l'obligation de la caution consiste en la dette du débiteur principal. On traduit cela par cette idée d'unicité de dette. => explication rapide, voire fausse. Mais cette idée est une idée bien ancrée. On fait le rapprochement entre la solidarité et le cautionnement. C'est une idée qui peut se recommander de la manière dont le code est rédigé: **art 2288**: il donne un crédit certain de cette représentation des choses. Cet article dit: celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet à cette obligation, si le débiteur principal ne s'y satisfait pas lui même. La caution est obligée de payer qqch qui lui est étranger: la dette d'un autre. Le texte donne à penser que la caution n'est pas simplement tenue d'une dette similaire à celle du débiteur principal, mais elle est tenue de la dette même du débiteur principal.

Cela peut avoir un sens, si on appuie ces idées sur l'analyse dualiste de l'obligation. C'est une analyse selon laquelle ds toutes obligations, il faut distinguer 2 composantes:

—le devoir naturel, qui pèse sur celui qui s'est obligé d'accomplir au profit de l'autre, la prestation attendue. À ce devoir qui pèse sur l'obligé, correspond un droit que l'on peut appeler la vocation du créancier à recevoir la prestation qui lui est due. En prpe, ce droit du créancier trouve son complément naturel et nécessaire, ds une possibilité de contraindre à l'exécution de la prestation due.

—l'assujettissement au pouvoir de contrainte: on est soumis au pouvoir de contrainte du créancier.

Cette analyse est intéressante pour d'autres propos: elle fournit à l'idée d'unicité de dette, sa meilleure explication, qui consiste à dire que ds l'opération de cautionnement, on a un devoir unique, une unique vocation à recevoir, mais pour 2 engagements/ 2 possibilités de contrainte. La caution est responsable pour la dette d'autre. L'obligation de la caution est alors originale.

Normalement, ds une obligation, il y a tjs les 2 composantes, sauf exception. Ex: obligation naturelle (aspect devoir, mais pas de contrainte). Il est logique que la caution ait vocation à se prévaloir de tous les arguments susceptibles de remettre en cause l'existence de ce devoir, qui pèse sur le débiteur principal.

Mais l'idée d'unicité de dette n'explique pas tout le caractère accessoire. Il n'explique pas que la caution ne puisse pas être engagée ds des conditions qualitatives plus onéreuses (ex: on ne peut pas être tenu pour une durée plus longue que le débiteur principal). L'idée d'unicité de dette n'explique pas forcément que la caution puisse se prévaloir de toutes les exceptions, mêmes personnelles au débiteur principal.

2)des entorses au prpe d'indépendance des engagements

ds le cautionnement, on a 2 contrats distincts: un qui lie le débiteur principal et le créancier et l'autre qui lie la caution et le créancier. En cq, normalement, les vicissitudes susceptibles d'affecter la relation contractuelle principale, cad entre le débiteur et le créancier, devraient rester étrangères à la caution, car elle n'est pas partie à ce contrat. Pourtant, ce n'est pas le cas, la caution peut s'en prévaloir.

De même, la rigueur des termes de l'engagement de la caution ne devrait théoriquement pas avoir d'autres limites que celles voulues par les parties au contrat, mais ce n'est pas le cas. Si le cautionnement est conclu en des termes rigoureux, il pourra être réduit à la rigueur de l'engagement principal.

Pour ce qui les concerne, les vicissitudes qui pourraient affecter la relation contractuelle entre le débiteur et la caution, ne peuvent pas être invoquées par le créancier ds sa relation ac le débiteur.

Les stipulations favorables qui auraient pu être prévues ds le cadre de la relation créancier et caution, ne peuvent pas être invoquées ds la relation débiteur/ créancier. Les modalités particulières, même plus favorables, ds la relation créancier/ caution, ne peuvent donc pas rejaillir ds la relation débiteur/ créancier. Cela procède d'une volonté spéciale des rédacteurs du CC, de lier le plus possible, le sort de la caution à celui du débiteur principal.

25/02/2009

§2: les 2 facettes de l'obligation de la caution: la couverture et le règlement

cette distinction entre les 2 aspects de l'obligation de la caution est liée au fait que même quand le cautionnement est solidaire, l'intervention de la caution n'est jms un pur moyen de paiement, c'est avant tout le moyen de procurer au créancier, une certaine sécurité.

A) présentation de la distinction

la distinction est le fruit d'un travail de réflexion d'un auteur Mouly qui avait soutenu une thèse sur l'extinction du cautionnement. Ds cette thèse, il met à jour/ théorise cette distinction, à propos d'un cautionnement d'une dette future. C'est ds cette hypothèse que la distinction prend tout son sens. Ds l'hypothèse d'un cautionnement d'une dette future, tant qu'aucune dette future envisagée n'est née, la caution ne peut pas être poursuivie. Elle n'est tenue d'aucune obligation de règlement. Pourtant, elle est présente, et elle est déjà engagée. Elle aura généralement déjà commencé à percevoir sa rémunération. Elle assume une obligation de couverture: elle est déjà obligée. Cette obligation de couverture a son importance, puisque c'est l'existence de cette obligation de couverture, qui va faire que la relation principale va pouvoir s'instaurer normalement et en toute confiance. L'obligation de couverture peut être comparée à une obligation d'assureur. L'engagement pris l'assureur permet de vivre tranquille. De ce point

de vue, l'obligation de couverture peut de fait être rapprochée de la fourniture d'un service/prestation de service, consistant en la mise en confiance.

L'obligation de couverture commence dès l'instant de la définition du cadre de la garantie, cad du contrat. Car l'existence de couverture se traduit par cela concrètement.

L'obligation de règlement n'apparaît que plus tard, ac la **naissance des dettes couvertes** par la **garantie**. La jurisprudence a du mal à trouver un fondement solide à certaines situations.

B) intérêts de la distinction

le grand intérêt de la distinction est qu'elle permet de comprendre les solutions posées par la jurisprudence, concernant la mesure ds laquelle s'éteint le cautionnement.

Ex: s'agissant du **décès** de la **caution**, art 2294, CC: les **engagements des cautions passent aux héritiers**. Les héritiers de la caution vont être tenus à qqch. Mais à quoi? Vont-ils être tenus comme leur auteur l'était? Les héritiers vont-ils être tenus même des dettes postérieures au décès de la caution? Si oui, ce serait une solution sévère, car un cautionnement de dettes futures est un cautionnement qui a été souscrit pour une durée indéterminée. Mais souvent, l'existence même du cautionnement n'est portée à la connaissance des héritiers, que tardivement, au moment où on fait le point sur les affaires du défunt. En toute logique, il ne faut **transmettre aux héritiers** que la **charge du passif existant**, cad **déjà né** au **moment** du **décès** de la **caution**. Telle est la position adoptée par la CC°, ds l'arrêt de 1982: solution qui trouve ds la distinction entre l'obligation de couverture et de règlement, une remarquable explication. Solution qui consiste à dire que **l'obligation de couverture s'éteint** par le **décès** de la **caution**, mais **seule l'obligation de règlement** peut être **transmise** en application de l'art 2294.

De fait, les **juges** s'arrangent systématiquement pour décider d'une faute, cad **s'arrangent** que le **créancier** avait sans doute **commis une faute**, en **tardant trop à prévenir les héritiers** de la **caution**, de **l'existence du cautionnement souscrit** par leur **auteur**. De fait, eu égard cette faute, les juges prononçaient une **condamnation** à des **dommages et intérêts**. Par **compensation**, cela **allégeait l'obligation** mise à la charge des **héritiers** de la **caution**.

Au moment où le cautionnement est transmis aux héritiers, ce ne sont que les **éventuelles obligations de règlement** qui sont **transmises**. Les **obligations de couverture** ne sont **pas transmises**, car elles sont **teintées** d'un fort **intuitu personae**, qui n'est pas transmis aux héritiers par exception. Mais le décès n'est pas la seule cause d'extinction du cautionnement.

C) durée de l'obligation de couverture

Cette **obligation s'inscrit** ds le **temps**. De fait, elle peut être présentée comme une **obligation d'exécution successive**. Elle est **susceptible** d'être **frappée** par tous les **événements** qui **peuvent y mettre fin**. Elle peut prendre fin par **l'arrivée du terme**, s'il a été prévu: c'est un **terme extinctif**. Ex: durée fixe, durée des fonctions... Quand la caution est une personne physique, que le cautionnement est souscrit par acte sous seing privé et que le créancier est professionnel, il faut déterminer un terme. Concrètement, cela signifie qu'**aucune** des **dettes** qui **naîtra postérieurement** à la **survenance du terme, ne pourra donner lieu** à des **poursuites** contre la **caution**. Mais **si une** au moins des **dettes envisagées** lors de la **définition** de la **couverture**, est **née**, alors des **poursuites** pourront, à hauteur du montant de cette dette, être **engagées** contre la **caution, même après la survenance du terme**.

Mais reste que le cautionnement de dettes futures peut ne pas être donné seulement pour une durée. Avant la loi de 2003, c'était fréquemment le cas (quand le cautionnement est

souscrit par un dirigeant, pour les dettes de la société, c'était un cautionnement sans terme). Aujourd'hui, ac la loi Dutreil, il faut prévoir un terme. Il est **possible** de **souscrire** un **cautionnement** à **durée indéterminée**: si ce n'est pas une personne physique, mais une personne morale, ou si le cautionnement est fait par acte authentique, ou encore si le créancier n'est pas un professionnel. Raisons: les engagements à durée indéterminée peuvent être tjs résiliés unilatéralement. Par ailleurs, la **jurisprudence** a consacré **l'existence** d'un certain nb de **termes extinctifs implicites**. La jurisprudence admet qu'un certain nb d'évènements sont à même de jouer le rôle de termes extinctifs implicites. Ces **évènements** sont le **décès** de la **caution**, le **décès** du **créancier**, ou du **débiteur**, car le cautionnement est un contrat intuitu personae. Il y a aussi la **fusion** du **débiteur** / **créancier** personne morale, ac une **autre personne morale** => mêmes effets que le décès.

Hypothèse: **cautionnement** du **solde** des **dettes** d'un **compte courant**. Le cautionnement est résilié. Il garantissait le solde des dettes d'un compte courant. Le **compte courant** est un **mécanisme** de **fusion** des **créances respectives** de **2 personnes**, en un **solde** qui sera **débiteur** ou **créditeur**. Au moment où on clôture le compte, on fait la balance entre les dettes et créances de l'un et de l'autre. Seul le comptant devra être réglé par l'un ou par l'autre. Les créances dont le client est titulaire contre la banque, sont affectées au "crédit" du compte. Les créances que la banque peut avoir contre son client sont affectées dans la colonne "débit". Ces **affectations** au débit ou crédit de compte sont des **remises**. Quand le **montant** des **remises** effectuées par la **banque** est **supérieur** au montant des remises effectuées par le **client**, le **solde** est **débiteur**. C'est ce **solde débiteur** qui est **garanti** par un **cautionnement**. D'un point de vue juridique, c'est une **dette unique** qui est **garantie**: le solde débiteur qui pourra apparaître lors de la clôture. Pdt lgtps, la jurisprudence a considéré qu'en cas de **résiliation** du **cautionnement** d'un **compte courant**, la **caution** restait tout de même **tenue** du **solde débiteur** tel qu'il pourra **exister** au **jour** de la **clôture** mais ds la **limite** toutefois du **solde débiteur provisoire** pouvant exister au **jour** de la **résiliation**. Mais cette solution a été très critiquée:

–ac cette solution ancienne, la résiliation par la caution de son engagement aboutissait certes à en limiter le montant, mais ne lui permettait pas d'y mettre fin réellement, puisque son engagement restait valable au fond, tant que le compte courant n'était pas clôturé. Ac cette solution ancienne, quand la caution résiliait son cautionnement, elle en limitait sans doute le montant mais elle restait indéfiniment tenue, pour une durée indéterminée.

–Ac cette solution ancienne, la caution pouvait être conduite à payer au jour de la clôture, alors même qu'entre le moment de la résiliation de son engagement et le jour de la clôture du compte, le solde aurait pu devenir positif.

La **CC°** a fait **évolué** sa **position** et ds un **arrêt de 22 nov 1972**, elle reconnaît **2 choses**:

–elle affirme que le **solde débiteur** existant au **jour** de la **résiliation** du **cautionnement**, est la **seule dette garantie** par la **caution**. Ce n'est pas une simple limite.

–Elle reconnaît aussi que cette **dette** peut **diminuer**, **chaque fois** que le **débiteur** effectuera des **remises** au **crédit** de son **compte**.

La banque a alors 2 possibilités: soit ferme le compte le lendemain de la résiliation du cautionnement, ou à l'arrivée du terme. Soit elle ouvre un nouveau compte, pour lequel la caution ne bénéficiera pas des remises du client. La banque peut aussi introduire ds le cautionnement, une stipulation, selon laquelle les remises effectuées par le client, postérieurement à la résiliation, n'auront pas vocation à bénéficier la caution.

§3: la cause de l'obligation de la caution

le caractère unilatéral de la caution fait qu'il est mal aisé de trouver la cause de son engagement => participe à l'originalité du cautionnement. L'engagement de la caution est

unilatéral donc le cautionnement ne comporte aucune contrepartie.

A) détermination de la cause de l'obligation de la caution

arrêt 1972, "l'empereur": une caution appelée l'empereur, s'était engagée pour les dettes d'une société nommée l'empereur. Il était le dirigeant de la société. Un jour, il cesse d'être dirigeant de cette société. Un autre dirigeant est nommé. Il dit au juge devant lequel il est poursuivi, qu'il ne peut pas être poursuivi, car son engagement est caduque, cad sans cause, car il n'est plus dirigeant. Cette cause n'existe plus. La CC° écarte la prétention et elle donne raison à la CAP. Elle dit que la **CAP a retenu** exactement que la cause de l'obligation de l'empereur était la considération de l'obligation prise corrélativement par le créancier, cad l'ouverture de crédit. La CAP a eu raison de considérer que la perte de la direction de la société par le dirigeant, laissait la cause inchangée.

B) rôle susceptible d'être joué par la cause de l'obligation de la caution

Selon certains, en raison du caractère accessoire du cautionnement, la cause est inutile. En réalité, c'est une présentation trop simpliste, car la cause de l'obligation de la caution ne se **confond pas** ac l'obligation principale. La cause de l'obligation de la caution est l'avantage subordonné à la garantie. De fait, certaines affaires montrent que la cause pourra avoir une influence en réalité. Arrêt 11 février 1986 et 28 nov 2006 (Chambéry): l'erreur quant à la possibilité d'un maintien du concours constitue une erreur sur les motifs, non admise. Arrêt ch comme du 11 juillet 1978. Arrêt du 25 janvier 2007: dès lors que le crédit est maintenu, la caution ne pourra pas faire annuler son engagement pour défaut de cause. Si le crédit n'est pas maintenu, il y a absence de cause.

Section 2: la mise en œuvre de l'obligation de la caution

une caution ne s'engage jamais purement et simplement à payer. Mais la caution est tenue d'une obligation de paiement virtuelle.

§1: la poursuite proprement dite

A) les conditions de la poursuite

1) existence de l'obligation de règlement

quand la caution s'engage pour une dette née et actuelle, naît aussi à sa charge, une obligation de règlement. Cette obligation n'est pas forcément exigible, mais elle est née. En revanche, quand la caution s'engage pour une dette future, et même purement éventuelle, ou pour un ensemble (indéterminé) de dettes, ds un 1er tps, son engagement donne naissance qu'à une obligation de couverture. Ce qui donne naissance à une obligation de règlement, c'est l'entrée ds le champ de la garantie, à un moment où la garantie existe encore, d'une au moins des dettes envisagées, au moment de la définition de la couverture. Il suffit qu'une seule dette soit née pour que la caution puisse être engagée par le créancier. Quand cette obligation de règlement est née, elle pourra s'éteindre à un moment ou à un autre. Question de savoir ce qui va éteindre cette obligation de règlement:

–le paiement par le débiteur ou par la caution. Cependant, le paiement de la dette par le débiteur principal ou par la caution, n'est pas la cause d'extinction la plus intéressante. Il existe d'autres causes.

–L'obligation de règlement née à la charge de la caution peut s'éteindre en raison d'une

remise accordée à la caution, cad une remise de la sûreté consentie par le créancier, ou à la suite d'une novation du cautionnement, pour changement de débiteur. La novation est une opération juridique qui consiste à substituer une obligation nouvelle, à une obligation ancienne, qui va s'éteindre. Le but est d'apporter des nouveautés à la relation contractuelle. La nouveauté peut concerner l'objet de l'obligation, la cause de l'obligation ou la personne du débiteur/ créancier. Ds cette hypothèse où il y a un changement de dirigeant ds une société, si tout cela se fait ds un cadre conventionnel, il arrivera que la banque dise à l'ancien dirigeant, qu'il le libère de ses engagements. Cette remise de la sûreté prendra le nom de novation par changement de débiteur, qui met fin aux obligations de la caution.

11/03/2009

–3e cause d'extinction: la confusion voire la fusion entre la caution et le créancier ou le débiteur. La confusion concerne l'hypothèse où il y a réunion sur la même tête, des qualités de débiteur et de créancier. Cette réunion est le plus souvent la cq de l'ouverture d'une succession. Cette réunion est le résultat de l'ouverture de la succession du créancier dont le débiteur est l'héritier ou inversement. Ds cette hypothèse, puisqu'on ne peut pas être sa propre caution, l'obligation de règlement de la dette va s'éteindre. Cela se produit aussi en cas de fusion qui peut être présentée comme une confusion s'opérant entre personnes morales. Quand il y a confusion ou fusion entre la caution d'une part, et le créancier d'autre part, la qualité de caution va très logiquement s'effacer. On ne peut pas garantir sa propre créance. Quand il y a fusion ou confusion entre la caution d'une part et le débiteur d'autre part (ex: un fils débiteur a été garanti par son père, qui décède), ds cette hypothèse, le créancier se retrouve face à un choix, puisqu'on admet qu'il pourra soit requérir l'exécution de l'obligation principale, soit requérir l'exécution de l'obligation de la caution. Cela présente une différence, ds le cas où la caution était contre garantie par une caution qu'on appelle certificateur de caution, étant la caution de la caution. La garantie personnelle offre la possibilité pour le créancier de se retourner contre la caution, quand le débiteur ne paie pas. Il arrive que pour parer à toute éventualité, le créancier exige que la caution soit elle même cautionnée, cad exige une contre garantie. Le certificateur est celui qui cautionne les engagements de la caution. Ds l'hypothèse où un tel montage existe, il est plus intéressant pour le créancier de requérir l'exécution du cautionnement. Mais le certificateur ne garantie pas les engagements du débiteur, mais de la caution. Si le créancier veut atteindre le certificateur de caution, il doit requérir l'exécution de l'obligation de la caution. On dira que ds cette hypothèse (confusion/ fusion de la caution et du débiteur), le créancier peut se prévaloir de la qualité de son contractant la plus avantageuse. Mais parfois, il peut avoir intérêt à demander l'exécution de l'obligation du débiteur, quand la caution ne garantissait qu'une partie de la dette.

–La prescription: prescription de droit commun, cad de 5 ans. Unification des délais. Le plus souvent, la prescription de l'obligation de la caution va coïncider/ se confondre ac la prescription de l'obligation principale. Car le délai de prescription ne commence à courir qu'à partir du moment où une obligation devient exigible. Or en raison du caractère accessoire, l'obligation de la caution n'est jamais exigible avant l'obligation principale. Donc le délai commence à courir quand commence à courir l'action contre le débiteur principal. Jusque là, il arrivait que les 2 actions puissent être enfermées ds des délais différents. Il pouvait arriver que l'une des obligations soit civile, alors que l'autre était commerciale. Donc l'une des prescriptions pouvait finir avant l'autre. Aujourd'hui, ce n'est plus le cas, car le délai est de 5 ans pour tous. La cause d'extinction des obligations qui tient à la prescription, est un moyen de défense que le débiteur peut opposer au créancier qui le poursuit. Or tous les moyens de défense qui appartiennent au débiteur, peuvent être soulevés par la caution. Cette exception appartenant au débiteur, pourra être invoquée par la caution contre le créancier.

–Le **terme**: quand un **terme** est **prévu**, il va **s'appliquer** à l'**obligation** de **couverture**. Mais **rien interdit** d'**appliquer** l'idée de **terme** à l'**obligation** de **règlement** et de **prévoir** ds le contrat de cautionnement, qu'**après** tel **moment**, il ne sera **plus possible** de **poursuivre** la **caution** pour **paiement**.

–**Novation** qui **intervient** entre le **créancier** d'une part, et le **débiteur principal** d'autre part, cad **novation** de la **relation principale**. La novation peut être due à un **changement** de l'**obligation principale** ou du **débiteur principal**. Cela a pour effet de **libérer** la **caution** de l'**obligation** de **règlement** qui pouvait peser sur elle. Si le débiteur vient à être remplacé par un tiers, les prévisions contractuelles seraient bouleversées si on considérait que la caution pouvait quand même être poursuivie pour les dettes d'un autre débiteur. De la même manière, une **caution** a pu **accepter** de **garantir** telle **dette** de telle **nature** (ex: de loyers), mais **pas telle autre dette**, d'une **nature différente** (ex: emprunt). Ex: les parties à un contrat de bail, opérant une novation de l'obligation du locataire, vont décider que le locataire, ayant des difficultés à payer les loyers, conservera le montant de son loyer, mais à titre de prêt. Le bailleur et le locataire décident d'un commun accord, que les sommes dues à titre de loyers, vont être conservées par le locataire à titre de prêt => c'est une **novation** de l'**obligation** du **locataire**, par **changement** de **cause**. À partir du moment où l'**obligation ancienne s'éteint**, alors l'**obligation** de **règlement** de la **caution s'éteint** elle aussi. La novation par changement de la cause de l'obligation fait une différence pour la caution, car elle n'est pas forcément d'accord pour rembourser les sommes à titre de prêt. L'hypothèse ds laquelle il y a **simple prorogation** du **terme**, ne **libère pas** en prpe la **caution**. La **prorogation** est le **fait** pour le **créancier** d'**accorder** au **débiteur**, un **délai supplémentaire** pour **payer**. À la fin du 90's, un arrêt était intervenu pour considérer que quand ds les relations entre une banque et son client, la banque dit à son client qu'il maintient qq tps sa dette car le débiteur ne peut pas payer au moment du terme, il résulte qu'au fond, un nouveau crédit est consenti. De sorte qu'il faut tenir la caution pour libérée. La jurisprudence semblait admettre que la caution était libérée. En réalité, c'était un arrêt critiquable. Car il confond 2 hypothèses: prolongation de crédit et reconduction. Une décision a ensuite été rendue ds le sens contraire: le prpe = la **simple prorogation** du **terme** ne **libère pas** la **caution**.

2) exigibilité de l'obligation de règlement

il est **interdit** de **soumettre** la **caution** à des **conditions qualitativement plus dures** que **celles** du **débiteur principal**. Art 2290: impose de caler les possibilités d'action contre la caution sur les possibilités d'action contre le débiteur principal. Obs°: **l'échéance** de l'**obligation** de **règlement** de la **caution** ne pourra **jamais** être **fixée** à une **date rapprochée** de **celle** du **débiteur principal**. Il n'est **pas possible** de **prévoir** que la **caution** pourra être **poursuivie** pour le **solde débiteur provisoire** d'un **compte courant**. Car le solde débiteur provisoire du compte courant => c'est un débiteur provisoire, ce n'est pas une dette exigible. De fait, il n'est pas possible de poursuivre la caution pour cette dette provisoire.

Le caractère accessoire va faire qu'on doit reconnaître à la caution, l'impossibilité de se prévaloir de tous les délais qui pourraient être consentis au débiteur. Il arrive qu'un créancier consent des délais au débiteur, différents de ceux convenus initialement. Normalement, de ces reports, la caution pouvait s'en prévaloir. Mais en vérité, on fait une **distinction** selon que le **délai** a été **volontairement consenti** ou **non**, par le **créancier**. Ainsi, normalement, on **permet** à la **caution**, de **se prévaloir** des **délais** qui seraient **conventionnellement accordés** au **débiteur**, par le **créancier**. Le CC est clair sur ce point: art 1287. En revanche, on **refuse** à la **caution** le **droit** de **bénéficier** des **délais** qui seraient **consentis judiciairement** en **application** de l'**art 1244-1**: délais de grâce. Les **délais**, dont pourra **bénéficier**, après qu'un plan aura été adopté, le **débiteur** qui fait

l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, ne profitent pas à la caution. Ils sont consentis au débiteur failli, pour des raisons personnelles et sont imposés par le tribunal. La situation est devenue plus compliquée, par l'intervention de la loi de sauvegarde, du 26 juillet 2005.

–avant la loi de sauvegarde, il existait une procédure collective unique. À côté de cette procédure, il en existait une autre non judiciaire: le règlement amiable. 2 possibilités aux acteurs: le règlement amiable et une procédure de redressement judiciaire, au terme de laquelle on décide de liquider ou on dresse un plan de redressement.

–Depuis la loi de sauvegarde, on a 3 possibilités:

- le règlement amiable existe tjs: il prend la forme de la procédure de conciliation.

- Le redressement judiciaire existe aussi tjs.

- Entre les 2 possibilités, il y a une nouvelle possibilité: la procédure de sauvegarde.

Les procédures que sont la procédure de conciliation et la procédure de sauvegarde sont des procédures non autoritaires. Au terme de la procédure de sauvegarde, on va adopter un plan, selon lequel les créanciers ont accordé des remises, ou des délais de paiement... Ce n'est pas une procédure autoritaire: les mesures ne sont pas imposées par le juge. Les procédures de conciliation et de sauvegarde sont des procédures qui sont supposées pouvoir s'ouvrir bien plus tôt que la procédure de redressement. En effet, la procédure de sauvegarde va être ouverte ds l'hypothèse où le débiteur en difficulté est encore sur la formule consacrée "in bonis": il n'est pas en état de cessation des paiement. C'est pk, on peut envisager une procédure de sauvegarde, pour anticiper les difficultés sérieuses de trésorerie. Son passif n'est pas encore supérieur à son actif. La procédure de conciliation peut être ouverte que le débiteur soit en état de cessation des paiements ou non. La loi de sauvegarde prévoit que les cautions personnes physiques peuvent se prévaloir des dispositions / mesures (remises de dettes ou simples délais) qui résulteraient d'un accord de conciliation ou d'un plan de sauvegarde, qui interviendrait à l'issue de la procédure de sauvegarde. Quand des délais sont imposés par le juge, ds le cadre d'un plan de redressement, à l'issue d'une procédure de redressement judiciaire, ils ne profitent pas à la caution, même si c'est une personne physique. Les délais librement consentis ds les 2 cas, ne vaut que pour la caution personne physique. Et en réalité, le débiteur n'a pas le choix, sinon, ce sera une procédure de redressement judiciaire. On veut que les dirigeants d'entreprise, qui force est de constater, sont souvent garants des engagements de la société, ne tardent pas pour demande que soit ouverte, une procédure de traitement des difficultés de l'entreprise. On veut les inciter à ne pas attendre. Les procédures de traitement des difficultés sont les procédures de conciliation et de sauvegarde, qui peuvent être ouvertes, alors que le débiteur est in bonis, cad avant cessation des paiements. S'ils devancent la procédure de redressement judiciaire, en demandant avant qu'arrive la cessation des paiements, une procédure de conciliation ou de sauvegarde, alors ils bénéficieront des délais et même des remises susceptibles d'être consentis par les créanciers. Il n'est plus possible de prévoir aujourd'hui, que la faillite du débiteur principal entrainera la déchéance du terme contre la caution. Autrefois, avant 1985, l'ouverture d'une procédure collective/ de la déclaration de faillite, entraînait la déchéance du terme. Dès que le débiteur était en faillite, les dettes étaient exigibles. À partir de 1985, les choses changent. Il y a suspension des poursuites individuelles. Le débiteur va pouvoir profiter des échéances initialement prévues et des nouveaux délais qui lui seront consentis et imposés par le juge aux créanciers. Le débiteur failli pourra non seulement continuer à pouvoir compter sur les échéances initialement prévues, mais aussi le plus souvent, il aura de nouveaux délais de paiement.

Il n'est pas possible d'introduire ds le contrat de cautionnement, une clause selon laquelle l'ouverture de la procédure collective (redressement judiciaire) ou la procédure de sauvegarde et de conciliation, entrainera la déchéance du terme de la

caution. Certaines juridictions du fond avaient pu juger qu'au fond, la solution (suspension des poursuites individuelles) était une exception personnelle au débiteur principal et dont la caution ne peut pas en profiter, donc la clause selon laquelle ds l'hypothèse d'une ouverture de procédure collective, il y a déchéance du terme de la caution, est nulle. La **caution** a **droit** au moins, au **maintien** des **échéances initialement convenues**. Sinon, les clauses qui prévoient le contraire, sont nulles.

En outre, quand la **caution** est une **personne physique**, et **même** en **cas** de **redressement judiciaire**, la **caution** a l'**assurance** de ne **pas** être **poursuivie** tant qu'un **plan** n'a **pas** été **adopté**, cad pdt cette **période d'observation**, ou pdt le tps de la procédure. Elle a l'assurance de ne pas être poursuivie pdt cette période, **même si** des **dettes couvertes arrivent à l'échéance**. C'est pour ne pas retarder l'ouverture de la procédure de traitement. On veut encourager la caution, dirigeant d'entreprise, à déclarer le plus tôt possible, ses difficultés. Pour cela, on leur donne l'assurance qu'elle ne va pas être poursuivie tant qu'un plan n'a pas été adopté. C'est une solution d'opportunité. Ds la procédure de sauvegarde et pdt la période de sauvegarde, des **mesures conservatoires** sont **possibles** et peuvent être **demandées** au **juge**, conformément au droit commun. Il n'est **pas possible** de **prévoir** contre la **caution**, une **déchéance** du **terme** qui ne **frapperait pas** le **débiteur principal**.

Question de savoir s'il n'est pas possible en revanche, car le cautionnement est accessoire, ds le cas où le **débiteur principal** est **frappé** d'une **déchéance** du **terme** d'**étendre** automatiquement cette **déchéance** de **terme**, à la **caution**. Le juge a répondu par la **négative** à cette question. Le caractère accessoire est une formule par laquelle on résume toutes ces solutions qui résultent de la loi et qui donne l'assurance à la caution, de ne pas être poursuivie pour des conditions plus dures. Ce caractère accessoire suppose des effets favorables à la caution. On ne **peut pas** au **nom** du **caractère accessoire** dire que **puisque** le **débiteur** est **frappé** d'une **déchéance** du **terme**, alors la **caution** est aussi **frappée** de la **déchéance** du **terme**. La caution connaîtra au pire, le même sort => caractère accessoire.

Il existe une importante solution jurisprudentielle: **solution de 1982**, selon laquelle quand un **contrat** de **prêt** a été **garanti** et que ce **contrat** a été **annulé**, le **contrat** de **cautionnement** qui avait pu être **souscrit** est **maintenu** pour les **besoins** de la **restitution** des **sommes** qui avaient été **versées** à l'**emprunteur**. Quand un contrat de prêt est annulé, le cautionnement est maintenu pour la couverture de l'obligation de restitution des sommes versées à l'emprunteur au titre de ce contrat de prêt. Le **CC exige**, pour que le **cautionnement** soit **valable**, une **obligation principale valable**. Or l'**obligation** de **restitution** consécutive à l'annulation d'un prêt, est une **obligation valable**. Le caractère accessoire n'est pas contrarié par cette solution, mais ce sont d'autres prpes:

–La solution semble bien aller à l'**encontre** de l'**idée** selon laquelle une **obligation sans cause** n'a **pas d'effet**. Quand un **contrat** de **prêt** est **annulé**, l'**obligation** de **restitution** est **immédiatement exigible**, de sorte qu'on ne peut plus **considérer** que le **contrat** de **cautionnement** a **atteint** son **but**. La solution contrevient donc à la théorie de la cause. Elle contrevient aussi à d'autres prpes censés acquis du droit de cautionnement.

–**Maintenir** le **cautionnement** pour la **garantie** de **restitution** des **sommes prêtées** en vertu d'un contrat de prêt annulé, revient à **étendre** le **cautionnement** à une **obligation** qui est **non contractuelle**, cad qui est une **suite non contractuelle** de la **relation principale**. Or les **suites non contractuelles** ne sont **pas couvertes** par le **contrat** de **cautionnement**. Ainsi, quand une caution garantit les obligations issues du contrat de bail, on ne peut pas la poursuivre en paiement de l'indemnité d'occupation dont le locataire vient parfois à être redevable, quand il reste ds les lieux après la fin du bail.

–Par ailleurs, cette solution revient du point de vue pratique, à **étendre jusqu'à la caution**, des **effets** de **déchéance** du **terme**, dont le **débiteur** est **frappé**. Or cette

solution fait que cette déchéance soit opposable à la caution. Récemment, la solution a été étendue à l'hypothèque.

B) moyens de défense de la caution

la caution va soulever des moyens de défense pour essayer d'échapper au paiement. Elle a des arguments qui lui permettront parfois d'échapper à son obligation de paiement. Il existe des bénéfices prévus par le CC: **bénéfice de discussion** et de **division**. Il y a un autre bénéfice prévu à l'art 2314: le **bénéfice de cession d'action** ou de **subrogation**, qui consiste à **reprocher** au **créancier** d'avoir **perdu** tel et tel **avantage** qui aurait **pu profiter** à la **caution** ds son **recours subrogatoire**. La caution peut **reprocher** différentes **fautes** au **créancier** (le fait de perdre un droit). Il y a la **possibilité** de prpe, de **se prévaloir** de tous les **moyens de défense appartenant** au **débiteur principal**. => il existe donc des moyens propres à la cautions et des moyens de défense appartenant au débiteur principal que la caution va invoquer.

1)les bénéfices de discussion et de division

concernant le **bénéfice** de la **discussion**: les **conditions** qui sont soumises à la possibilité de se prévaloir de ce bénéfice, sont sévères et au nb de 3:

–le **bénéfice** de **discussion** doit être **invoqué avant** toute **défense** sur le **fond**, sur les **1eres poursuites**.

–Il faut **désigner** au **créancier**, les **biens** du **débiteur susceptibles** d'être **discutés**, cad d'être **saisis**.

–La **caution** doit **faire** au **créancier**, l'**avance** des **frais d'exécution** contre le **débiteur**. Elle doit financer les poursuites contre le débiteur.

Concernant le **bénéfice** de **division**: les conditions sont plus souples:

–le **bénéfice** de **division** doit être **invoqué avant** toute **défense** au **fond**.

–Il ne peut être invoqué efficacement que si les **autres cautions éventuelles** sont **solvables**.

2)les exceptions appartenant au débiteur principal

en prpe, la **caution** peut **opposer** au **créancier**, tous les arguments et **moyens de défense/ exceptions**, que le **débiteur principal** pourrait lui même **opposer, même** les **exceptions purement personnelles**. Souvent, on dit cela pour souligner la **différence de régime** qui oppose le cautionnement et l'engagement solidaire. Ds l'engagement solidaire = le **coobligé poursuivi** ne peut pas se **prévaloir** des **exceptions purement personnelles** aux **autres codébiteurs**.

Mais un arrêt ahurissant a été rendu récemment par la CC°, le **8 juin 2007**: la **caution** qui n'est pas partie au contrat principal, n'est pas recevable à invoquer l'exception purement personnelle au **débiteur** qu'est le dol. Ainsi, le principe serait que la caution ne peut plus se prévaloir des exceptions personnelles au débiteur principal. La **nature** du **cautionnement** est **changée**. Car elle n'est plus aussi accessoire qu'avant. Le **cautionnement** n'est plus une **garantie** de **solvabilité**, mais une **garantie** de l'**existence** de l'**obligation principale**. Le **législateur** ds la période contemporaine, n'a pas hésité de manière ponctuelle, à **intervenir** pour **priver** expressément la **caution**, de telle ou telle **faveur, susceptible** d'être **accordée** au **débiteur principal**.

Par ex, il est prévu que les **remises** qui pourraient être **consenties** au **débiteur principal** en état de **cessation** des **paiements**, ds le cadre de procédure de **redressement judiciaire**, ne **profitent pas** à la **caution**. Mais puisqu'en droit, le tribunal de commerce peut imposer des délais, il peut en fait, imposer des remises, en envisageant des reports

d'échéance démesurée. Les remises de dette qui seraient constatées ds un accord de conciliation ou un plan de sauvegarde, peuvent être invoquées par la caution personne physique.

Autre ex: la caution ne peut pas se prévaloir de l'arrêt du cours des intérêts dont bénéficie pourtant le débiteur failli, dès l'instant de l'ouverture de la procédure de redressement. Cette procédure entraîne 2 cq: suspension des poursuites individuelles et suspension du cours des intérêts. Cette mesure favorable ne peut pas être invoquée par la caution pour son propre compte. Cela ne vaut que pour le redressement judiciaire. La caution bénéficie en revanche, comme le débiteur, de l'arrêt du cours des intérêts qui résulte d'une procédure de sauvegarde.

Autre ex: il existe d'autres procédures de règlement: la procédure de règlement des surendettements des particuliers. Il est possible ds le cadre de cette procédure, de prévoir ds des conventions, des remises et des diminutions d'intérêt, voire des suppressions d'intérêt. La caution ne peut pas se prévaloir de ces mesures. Les remises d'intérêts consenties aux particuliers en situation de surendettement, ne sont pas des remises au sens de l'art 1287, cad des remises réellement volontaires. Mais on peut espérer ici, un revirement de jurisprudence. Car juste avant la loi de sauvegarde de 2005, la CC° a rendu, ds une espèce voisine, où le débiteur était un commerçant, un arrêt dont il résulte que les remises accordées ds le cadre d'un règlement amiable, bénéficient à la caution. Or les remises consenties par les créanciers ds le cadre d'un règlement amiable/ procédure de conciliation, sont comparables aux remises consenties par le créancier ds le cadre d'une procédure de surendettement d'un particulier.

18/03/2009

Toutes les exceptions appartenant au débiteur sont supposées être invoquées par la caution.

Question de savoir quelles sont les exceptions opposables en cas de procédure collective? **Avant la réforme de la loi de sauvegarde**, il était une exception qui était souvent invoquée par le débiteur principal et la caution: c'était l'exception tenant au défaut de déclaration de sa créance par le créancier. Les créances doivent être déclarées. La sanction du défaut de déclaration tenait en l'extinction de la créance. Question de savoir si la caution pouvait ou non bénéficier de cette extinction. La CC° a répondu par l'affirmative: elle a considéré que la caution d'une personne faillie pouvait se prévaloir de l'exception que constitue le défaut de déclaration de la créance, à la procédure collective.

Mais la **loi de sauvegarde** est venue modifier la donne: cette loi a changé la sanction qui s'applique en cas de défaut de déclaration de la créance. Il n'y a plus d'extinction, mais **forclusion**: le défaut de déclaration de la créance est sanctionné par une perte du droit d'être admis ds les répartitions et dividendes, prévue par le plan qui pourra être adopté. Si on ne déclare pas la créance, on ne sera pas compris ds les créanciers visés ds le plan. Mais le terme d'extinction n'est pas prononcé par la loi, donc on peut considérer qu'on peut au moins poursuivre la caution, si la créance vient à échéance. Cependant, tant qu'un plan n'a pas été adopté, il n'est pas possible d'agir contre les garants, personnes physiques. Par ailleurs, il faut savoir qu'en cas de procédure de sauvegarde, depuis une ordonnance du 18 déc 2008, les créances non déclarées sont inopposables aux garants, personnes physiques, pdt toute la durée d'exécution du plan.

Nouvelle procédure de type non autoritaire: la procédure de sauvegarde. On peut lancer tôt cette procédure. On a l'assurance de ne pas être poursuivi et cela, ni avant, ni pdt la période d'exécution de ce plan.

3) la faute du créancier

la **caution** étant poursuivie par le créancier, tend à **reprocher** des **fautes** au **créancier**. Cette tactique de défense est une tactique qui est souvent visée par la caution, car elle espère être libérée d'une partie de ses engagements. Le **créancier** est **susceptible de commettre** des **fautes**, ne serait ce que pck il existe des **obligations** à sa **charge**, **imposées** par la **loi** elle même. Il y a des obligations d'information.

a) la méconnaissance d'une obligation légale d'information par le créancier:

le droit positif met de plus en plus souvent à la **charge** des **professionnels**, des **obligations d'information**. Cela se vérifie particulièrement en matière de cautionnement. De nombreuses obligation d'information coexistent aujourd'hui et sont mises à la charge du créancier. Il existe plusieurs lois:

–**loi du 1er mars 1984**: a introduit ds le **code monétaire et financier**, d'un **art 48** (devenu l'art 313-22). Ce texte **impose** aux créanciers particuliers que sont les **établissements de crédit** et qui **bénéficient** d'un **cautionnement**, d'**informer** la **caution** du **montant** des **encours**, en **début d'année**. Le créancier doit aussi **informer** la **caution**, de sa **possibilité**, quand son **cautionnement** a été **souscrit** pour une **durée indéterminée**, de le **résilier unilatéralement**. Un **simple courrier** permet d'accomplir cette obligation d'information. De fait, il arrive que se pose un pb de preuve par la suite. Cela donne lieu à un contentieux nourri. La **jurisprudence** ne se **contente pas** de **simples copies des lettres** que le **créancier** a **envoyés**. En revanche, elle admet que le créancier puisse faire la preuve par les listings informatiques. La CC° admet que la **preuve** est **libre**, car c'est la preuve d'un fait. La **sanction** est sévère, car quand **l'établissement bancaire n'informe pas**, il est **déchu** de son **droit** aux **intérêts**. Le créancier n'est **déchu** que des **intérêts** qui ont **couru depuis** la **précédente information**. Si le créancier manque à son obligation d'information, la caution opposera certes un moyen de défense, mais il s'agit uniquement de la **possibilité** pour **elle**, de **diminuer** le **montant** de ce qui peut lui être **demandé**.

–**Loi Néertz/ loi de 1989**: met en place une **obligation d'information** au profit des **cautions**, personnes physiques, **garantissant** un **crédit** à la **consommation**. C'est ds le code de la consommation que cette obligation est prévue à l'art 341-1: cet article impose aux **établissements financiers**, d'**informer** les **cautions personnes physiques**, du **1er incident** de **paiement caractérisé**. Quand le débiteur manque une échéance, la caution doit en être informée par l'établissement bancaire.

–**Loi de 1998**: met en place un **dispositif identique** à celui de **1989**: l'idée d'informer la caution du 1er incident de paiement caractérisé est reprise. Mais elle **étend** son **champ d'application** au **cas** où le **cautionnement** a été **souscrit sans limitation**. C'est le **cautionnement indéfini**, pur et simple. Cette obligation d'information est visée à l'art 2293, CC.

–**Loi Dutreil de 2003**, pour l'initiative économique: a étendu largement le bénéfice de l'obligation d'information issue de la loi de 1984. Depuis cette loi, il y a l'art L341-6 du code de la consommation: cette **obligation d'information** de la **caution** du **montant** des **encours pèse** non plus seulement sur les établissements financiers, mais sur tout **créancier professionnel**, et **bénéficie** à **toutes** les **cautions personnes physiques**. Il est rappelé ds les dispositions nouvelles, que si le **cautionnement** est à **durée indéterminée**, il faut **rappeler** en outre à la caution, la **possibilité** qu'elle a, de **résilier unilatéralement** le **cautionnement**. La **loi Dutreil**, par ailleurs, a semblé **interdire** le **recours** au **cautionnement** à **durée indéterminée**, puisqu'elle impose à la caution personne physique, la rédaction d'une mention manuscrite. Mais la **mention manuscrite** n'est **pas exigée** quand le **cautionnement** est **souscrit** par **acte authentique**. L'exigence de mention manuscrite ne **concerne pas** les **dirigeants d'entreprise**, qui garantissent les dettes de l'entreprise.

=> généralisation des obligations d'information.

b) la perte par le créancier d'un droit préférentiel:

art 2314, CC: la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et privilèges du créancier, ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution. Toute clause contraire est réputée non écrite.

Ce texte organise parfois, le **bénéfice de subrogation**/ le **bénéfice de cession d'action**. C'est l'argument qui consiste à **reprocher** au **créancier** d'avoir **perdu** un **avantage**, qui **aurait pu profiter** à la **caution**, ds le cas de **l'exercice** par **elle**, d'un **recours** contre le **débiteur**. Celui qui a payé à la place d'un autre, peut compter, pour son action en remboursement, d'être subrogé ds les droits du créancier. Ce **texte** permet à la **caution**, d'**échapper** à son **obligation** de **règlement**, quand un **avantage** a été **perdu** par le **créancier**. La **caution** ne pourra **pas** alors **espérer** en **tirer partie**, pour son **propre profit**. **2 conditions** doivent être remplies pour que ce bénéfice de subrogation puisse intervenir au profit de la caution:

–il faut qu'un **droit préférentiel** ait été **perdu** et qui **aurait pu profiter** à la **caution**. Un droit préférentiel peut être n'importe quel **avantage** qui aurait pu profiter à la **caution**, ds le cadre de **l'exercice** par **elle**, de son **recours subrogatoire**. Même si ce n'est pas une sûreté. Si le créancier a perdu une sûreté, dont il bénéficiait, la **caution** peut **invoquer** sa **décharge**. Mais l'art 2314 vise les "droits". Peut pris être compte, **l'avantage** qu'il y a à bénéficier d'une **clause de réserve de propriété** (la propriété ne sera transférée à l'acheteur, qu'après qu'il aura payé totalement le prix. Si **l'acheteur** ne **paie pas intégralement** le **prix**, le **vendeur** pourra **se payer** en allant **recupérer** chez **l'acquéreur**, la **chose vendue** et qui ne lui appartient pas encore). La clause de réserve de propriété, toutefois, doit être invoquée ds un délai bref de 2 mois, en cas d'ouverture de procédure collective, par le créancier. Mais il se peut qu'il oublie. Autre avantage: le **droit de rétention**: **droit** de **retenir** une **chose**, tant qu'il n'a **pas été intégralement payé**. Ce droit est perdu quand le créancier ne veille pas à garder la chose. **L'attribution** du **gage** est aussi un avantage, dont la perte engage l'application de l'art 2314. Si on ne demande pas l'attribution du gage, la sanction de l'art 2314 peut s'appliquer. Compte aussi parmi les droits qu'il ne faut pas perdre, la **possibilité** de **recevoir qqch**, **pdt** la **période d'exécution** du **plan**. Hypothèse où le créancier omet de déclarer sa créance en temps utile, et perd de fait, le droit de percevoir quoi que ce soit, **pdt** l'exécution du plan => la caution pourra alors lui opposer l'art 2314. Autre avantage que le créancier doit veiller à ne pas perdre: la **possibilité** de **se payer** par **compensation**. Quand cet avantage existe t-il? Quand le **débiteur devient titulaire** d'une **créance** contre le **créancier**. Va se produire un **paiement** en **compensation**: ces **créances réciproques** vont **s'éteindre** à **concurrence** du **montant** le **plus faible** des **créances**. On aura bénéficié de cet avantage, **sans concurrence** ac les **autres créanciers**. Sorte de saisie sur le patrimoine du débiteur. Saisie de quel bien? La créance. Quand on fait une saisie sur le patrimoine du débiteur, normalement, la valeur de ce bien doit être partagée entre les créanciers existants. Mais ds cette hypothèse, on n'a pas à partager la valeur du bien. Si le **créancier n'invoque pas** le **paiement** par **compensation**, la **caution** peut le **reprocher** au **créancier**, et **invoquer** l'art 2314.

–Il faut que la **perte** de cet **avantage** débouche sur un **préjudice** de la **caution**, cad soit **préjudiciable** à la **caution**. Il faut que la caution puisse se prévaloir d'un préjudice. Ainsi, si le **créancier** en s'abstenant de l'inscrire, ait **perdu** un **privilège**/ droit de priorité, que la loi lui offrait, **aucune décharge n'interviendra**, si compte tenu de son rang, de l'existence d'autres créanciers privilégiés, munis de privilèges plus forts, le **droit perdu** du **créancier** n'aurait **pas pu s'exercer efficacement**. Il existe des privilèges plus forts que d'autres. S'il apparaît au juge, que le droit perdu n'aurait pas permis au créancier d'être payé, ou n'aurait pas pu être exercé efficacement, il parviendra à la ccl que cette perte n'est pas

préjudiciable à la caution. Et il refusera de prononcer la décharge de la caution. En dehors du cautionnement, si le **privilege** consiste en un **gage**, dont **l'objet** aurait **perdu** de sa **valeur**, en raison de son **usure**, la **caution** ne sera **déchargée** qu'à **hauteur** de la **valeur** du **bien** qui faisait **l'objet** du **gage**, dont le **créancier** a **omis** de **se prévaloir**. Puisque la décharge n'est prononcée que s'il existe un préjudice: quelle est la valeur de l'objet gagé? –Il faut que le **créancier** ait **commis** une **faute**: il faut que la **perte** du **droit préférentiel** soit **due** à une **faute** du **créancier**. L'art 2314 n'exige pas une faute: il renvoie au fait du créancier. Mais on a interprété ce renvoi comme posant l'exigence d'une faute. Pour la jurisprudence: une **faute légère** suffit, même une **faute d'abstention/ négligence**. Ex: le créancier a oublié de déclarer sa créance en temps voulu. Le créancier a omis de renouveler l'inscription. Le fait d'avoir omis d'opposer la compensation à son débiteur est une faute d'abstention.

c) autres fautes du créancier:

il arrive que le créancier ait commis d'autres fautes et que la caution les lui reproche. Ces fautes pourront engager la responsabilité du créancier. Les **fautes stigmatisées** sont souvent **reprochées** à des **banques** généralement.

–1ere hypothèse: la **banque** a **cessé d'accorder** ses **concours** au **débiteur principal**, plus ou moins **brutalement**. La caution se plaint alors de ce que le **créancier** a **précipité** la **faillite** du **débiteur**. Cette faillite fait **perdre** à la **caution**, la **possibilité** de ne **pas payer**. Cette faillite de surcroît, rend complètement **vain**, tout **espoir** à la **caution** de **recourir** à une **action** contre le **débiteur**, puisqu'il est insolvable.

–Le créancier/ la **banque** a selon la caution, **artificiellement maintenu** en **vie** le **débiteur**, en lui **accordant intempestivement** du **crédit**. Le pb est que la banque parfois, en maintenant ses concours, a rendu les difficultés de ce débiteur, progressivement insolubles.

Selon une jurisprudence traditionnelle, le **créancier** doit **éviter** de **faire perdre** à la **caution**, toute **chance** de ne **pas** être **inquiétée**, ou de **payer moins**, ou toute chance d'**exercer** ac **succès** un **recours** contre le **débiteur**. Le résultat que la caution attend est que ce **créancier** soit **condamné** à son égard, à des **dommages** et **intérêts**, à réparer le préjudice lié à la perte de toute chance de ne pas être inquiétée de payer plus. S'opère entre la créance de la caution envers le créancier et la créance du créancier envers la caution, une **compensation**. Il faut encourager les créanciers à rester vigilants. Cette jurisprudence traditionnelle n'est pas choquante, sauf pour le législateur. Il est venu fixer en 2005, par la loi de sauvegarde, une **limite**, non pas sur la responsabilité du créancier pour rupture brutale de crédit, mais **sur** la **possibilité** de **responsabilité** pour **crédit intempestivement accordé**. Art L650-1 du code de commerce: soumet la **responsabilité** du **banquier** à de nouveaux **prpès restrictifs**: en cas de procédure collective, les **créanciers** ne peuvent **pas** être **tenus** pour **responsables** des **préjudices subis** du fait des **concours consentis** (= prpe d'irresponsabilité des banquiers), sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée ds la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours, sont disproportionnées à ceux ci. Le **législateur** a voulu **éviter** que les **banques** voient **trop souvent** leur **responsabilité engagée**, quand elles ont tenu absolument à soutenir l'entreprise en difficulté, en lui accordant des facilités. C'est maladroit, car il est très **rare** en **réalité**, que les **juges retiennent** la **responsabilité** de la **banque** ds **l'hypothèse** du **maintien** du **concours**. C'est ds **l'hypothèse** où la **situation** du **débiteur** était **irréremédiablement compromise** que la **responsabilité** pouvait être **envisagée**. C'est aussi maladroit, car ce texte est un **texte** qui est **mal rédigé** et qui renvoie à des solutions jurisprudentielles qui ne sont pas maîtrisées par les auteurs du texte, car compte tenu des intentions affichées par le législateur en 2005, sur la question de la responsabilité des banques, on ne peut **pas croire** que le **législateur** ait **voulu consacrer un nouveau cas**.

de responsabilité. Donc c'est à une jurisprudence antérieure (prpe de proportionnalité) que le législateur pensait, (=> jurisprudence Macron Nahoum), mais sans la comprendre. Cette jurisprudence vise à sanctionner le créancier, quand il a consenti au débiteur principal, des facilités après un crédit de montant tellement disproportionné, que jamais ce débiteur ne pourra le rembourser. Or la formule de la loi est qu'il peut y avoir responsabilité si les garanties prises en contrepartie de ces concours, sont disproportionnées à ceux ci. La responsabilité est possible quand les garanties sont sans rapport ac les concours, et non pas ac les ressources/ fortunes/ revenus du garant. Cette jurisprudence célèbre a 11 ans, mais est d'actualité.

La jurisprudence Macron Nahoum porte le nom de 2 arrêts.

–Arrêt Macron = arrêt de 1997: un cautionnement est souscrit pour les dettes d'une société par le dirigeant de cette société, et il est souscrit pour la somme de 20 millions de francs. La société est mise en redressement judiciaire. La banque va poursuivre la caution et celle ci va chercher à engager la responsabilité de la banque, pour qu'elle soit condamnée pour faute. Il se trouve que la caution va obtenir satisfaction. Les juges du fond vont considérer que le patrimoine de la caution était d'un montant inférieur au 4 millions de francs. Ses revenus étaient inférieurs à 40000 Frs par mois. Le cautionnement souscrit était donc manifestement disproportionné. La banque avait donc commis une faute en exigeant un tel cautionnement. Elle est condamnée à verser des dommages et intérêts pour 15 millions de francs. Le législateur s'en est inspiré pour introduire un texte ds le code de la consommation. Il y existait déjà des dispositions qui sanctionnaient le cautionnement disproportionné, mais elles n'étaient applicables que ds l'hypothèse d'un crédit à la consommation. Ces dispositions n'étaient pas applicables ds l'arrêt Macro, mais les juges ont crée une règle nouvelle.

–Cette jurisprudence n'est plus d'actualité: car cet arrêt est suivi d'un autre arrêt: arrêt Nahoum de 2002: le cautionnement était de 23,5 millions de francs. Pourtant, les juges vont refuser d'obtenir la responsabilité de la banque. Ils vont se fonder sur les considérations de très forts profits attendus de l'opération de garantie par les cautions. La CC° donnera raison au juge du fond, en faisant valoir que les cautions auraient pu démontrer que cette banque avait surement retenu, sur leurs revenus, patrimoines, des informations que la caution ne connaissait pas. La banque n'a pas commis de faute, car elle pouvait penser que le débiteur allait vite devenir riche. Elle ne possédait pas des informations que la caution n'avait pas.

4)l'exception légale d'insolvabilité de la caution personne physique

c'est un moyen de défense dont l'existence est liée à l'introduction ds le code de consommation de 2 nouveaux articles par la loi Dutreil de 2003.

En 1989: est introduit un art 313-10: un établissement de crédit ne peut pas se prévaloir du cautionnement d'un crédit à la consommation, conclu par une personne physique dont l'engagement était manifestement disproportionné à ses biens et revenus.

En 2003: on élargit la possibilité de sanctions, à tous les cautionnements conclus entre une caution personne physique et un créancier professionnel. Quand il y a un disproportion, une sanction est possible. La jurisprudence Macron Nahoum est a priori rendue caduque. Ds cette jurisprudence, ce qui est sanctionné est une faute à l'occasion de la conclusion d'un contrat.

08/04/2009

§2: les cq de la poursuite: le recours de la caution

la caution pourra recourir contre le débiteur principal, cad contre celui pour le compte duquel elle a payé et consenti indirectement une sorte d'avance. Le cautionnement est

une forme de crédit, or tout crédit se rembourse. Mais le cas échéant, le **débiteur** est **insolvable**, donc il est difficile de trouver de l'argent de son côté et d'obtenir le remboursement. Elle peut aussi **recourir** contre ses **éventuels cofidéjusseurs**, pour leur **demande** de **partager** avec elle le **poids** de ce qu'elle a **du payer**.

A) le recours contre le débiteur garanti

la caution contre le débiteur garanti, se voit proposer par le CC, **2 recours** en **remboursement** différents: le **recours personnel** et le **recours subrogatoire**. Mais la caution a aussi la possibilité d'agir contre le débiteur principal, de manière préventive, avant même d'avoir payé. C'est donc le **recours avant paiement**.

1) les mesures préventives ou le recours avant paiement

art 2309: permet les mesures préventives. La **caution même avant** d'avoir **payé**, peut **agir** contre le **débiteur**, pour **être** par lui **indemnisée**. Mais ce recours avant paiement ne peut être exercé que dans des **cas limitativement énumérés**. L'art 2309 en dresse la liste: il y a au total 6 cas, regroupés en **2 catégories**:

–celle des cas dans lesquels les **poursuites** contre la **caution** sont **imminentes**, car le débiteur principal est en faillite... Donc on va lui **permettre** de **prendre** les **devants**.

–Celle des cas dans lesquels on **permet** à la **caution** d'**agir avant paiement** pour **faire cesser** une **attente**, qui **se prolonge** au **dela** des **prévisions** qui ont pu être celles de la **caution**. Ex: cas dans lequel on va permettre à la caution de prendre des mesures préventives quand le créancier a accordé au débiteur principal, une prorogation de terme. Quelles mesures peuvent être obtenues? Cela dépend de l'objet visé par l'art 2309.

L'objet de cet **article** a été **traditionnellement regardé** comme **purement conservatoire**. Par ce recours, la caution peut obtenir la **consignation** de **certaines sommes**, d'une fraction plus ou moins importante des sommes garanties sur le compte du débiteur principal, des séquestres... Pourtant, la **jurisprudence** n'a **pas hésité** à **voir** dans **l'art 2309**, le **fondement** d'une **véritable action** en **paiement**. Cet article semble ouvrir au moins la voie à une **action** en **réparation** d'un **préjudice**: lettre de l'art 2309. Mais **certaines décisions** de **justice** sont **allées extrêmement loin** et ont dépassé la lettre de l'art 2309. Certaines CAP ont pu admettre que la **caution** est **en droit** de **demande** le **remboursement anticipé** du **montant** de la **dette garantie**. Ces CAP ont alors admis que l'art 2309 permet un authentique recours en remboursement anticipé/ avant paiement. Cette **solution** admise par certaines CAP est **sévèrement critiquée**. L'idée même que la caution puisse obtenir le versement d'une somme alors qu'elle n'a rien remboursé, reste très discutée.

=> un doute subsiste. **L'interprétation restrictive** de l'art 2309 reste **très défendue** en doctrine et en jurisprudence.

2) le recours personnel

art 2305: la **caution** qui a **payé** a son **recours**. Le **recours personnel** est le **recours** de la **caution**. L'art 2305 dit aussi quel est l'objet du recours personnel: il pose que le **recours** de la caution a **lieu** tant pour le **principal**, que pour les **intérêts** et les **frais**. Cet article dit que la **caution** qui a payé, a **droit elle même**, à un **intérêt** sur **l'ensemble** des **sommes** qu'elle a pu avoir à déboursé.

Si la caution a dû payer 100: 60 = principal + 40 = intérêts. La caution a droit alors à un intérêt calculé sur 100.

Les **frais** sont **ceux** que la **caution** a **pu exposer** au **moment** où elle a **du se défendre** contre le **créancier**, qui **exerçait** contre elle, **l'action** en **paiement**. À partir du moment où

la caution ne s'est pas contentée d'opposer une défense dilatoire contre le créancier, elle aura droit de demander au débiteur principal, le remboursement des frais qu'elle a pu engager ds le cadre de cette défense. Parfois, ces **frais** sont les **frais** que la **caution** aura pu **engager** ds le **cadre** des **poursuites** qu'elle **aura pu engager elle même** contre le **débiteur principal**. Chaque fois que la caution, se heurtant à la résistance du débiteur principal, qui refuse de la rembourser, et qu'elle devra faire contre lui un procès, et donc engager des frais, elle aura droit de répéter les frais contre le débiteur principal.

La **caution** a aussi **recours** pour les **dommages** et **intérêts**, s'il y a lieu. Elle peut **demande** des **dommages** et **intérêts**, chaque fois que le **fait** pour elle **d'avoir** du **payer**, **laissera subsister** chez elle, un **préjudice**, que le **seul remboursement** des **frais** qu'elle a payé, ne **permettra pas** de **combler**. Le CC est quand même généreux ac la caution solvens et qui exerce son recours. Il lui donne la possibilité d'obtenir plus que ce qu'elle a payé.

Conditions du **recours personnel**: condition de **délai**, car toute action en justice se prescrit. Autre condition: il faut que la **caution** ait **accompli** en **qualité** de **garant**, un **paiement** entre les **main**s du **créancier**. La jurisprudence a dégagé des solutions qui sont importantes.

Il est jugé que **l'exercice** du **recours personnel** n'est pas simplement subordonné à un paiement fait par la caution, en qualité de caution, il est aussi **subordonné** à un **paiement libératoire** par la **caution**, pour le **débiteur principal**, cad un paiement qui aura effectivement profiter au débiteur principal. Ex: on va refuser à la caution, le droit de recourir contre un débiteur qui avait déjà payé, donc qui est déjà libéré vis à vis du créancier, au moment où la caution a payé. Cela revient à **imposer** à la **caution actionnée** par le **créancier**, de **marquer** tjs un **tps d'arrêt avant** de **payer**, pour **vérifier** auprès du **débiteur**, qu'il n'a **pas** lui même **déjà payé** ou qu'il n'est **pas** sur le **point** de **payer**. Si la **caution** ne fait **pas** cette **vérification**, elle se verra **refuser** le **droit** de **recourir** en **remboursement** contre **lui**. Ds ces hypothèses où elle a payé une 2^{de} fois, elle aura **droit** d'**exercer** contre le **créancier**, une **action** en **répétition** de **l'indu**.

Il ne faut **pas** que la **caution** ait **payé**, alors que le **débiteur** avait les **moyens d'obtenir** sa **libération**. **Art 2308**: quand la caution aura payé sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui, quand le débiteur avait les moyens de déclarer sa dette éteinte. La **caution** doit **vérifier** que le **débiteur** n'ait **pas** d'**exception** à **faire valoir**. De fait, quand la caution prend l'initiative de payer le créancier qui l'a poursuit, sans en référer d'abord au débiteur principal, la **caution** adopte un **comportement condamnable**, d'une **légèreté blâmable**. Ce **comportement**/ désinvolture pourra lui être **reprochée**, à chaque fois qu'effectivement que **débiteur** aurait **pu lui fournir** des **arguments** lui **évitant** de **payer l'indu**. Elle sera **sanctionnée** par une **privation** de son **recours** en **remboursement**.

Art 2308, al 1: la **caution** est **privée** de son **recours** quand elle a **payé** et qu'elle a ensuite **omis** de **prévenir** le **débiteur principal**, qui a **payé** à son **tour**. La caution qui a payé une 1^{ere} fois, n'a point de recours contre le débiteur principal, qui a payé une 2^{de} fois, quand elle ne l'a point averti du paiement. La **caution** a le **droit** alors d'**exercer** une **action** en **répétition** de **l'indu**.

3)le recours subrogatoire

c'est un mécanisme qui **permet** à une **personne** qui en a **payé** une **autre**, à la **place** du **débiteur**, de **prendre** la **place** du **créancier**, au sein de la relation/ **rapport d'obligation**, de manière à **exercer** contre le **débiteur**, tous les **droits** du **créancier**. **Art 1251** prévoit 4 cas de subrogation légale. L'art 1251, 3° dit que **celui** qui a **payé** alors qu'il était **tenu** **avec d'autres**, ou **pour d'autres**, est **subrogé** de plein droit, ds les **droits** du **créancier**, **contre celui** pour le **compte** duquel le **paiement** a été **fait**.

L'art 2306 rappelle cela: la caution qui a payé la dette est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier contre le débiteur.

Il arrive qu'en dehors du cautionnement, le créancier ait bénéficié pour le recouvrement de sa créance, d'un certain nb d'avantages/ droits complémentaires (ex: gage, privilège, hypothèque...), dont la caution pourra se prévaloir éventuellement contre le débiteur, si la caution songe à exercer ce recours subrogatoire.

Le recours subrogatoire emporte un certain nb d'"inconvenients" par rapport au recours personnel:

–si on exerce un recours subrogatoire, on ne peut jamais obtenir le remboursement que de ce qu'on a effectivement payé.

–Le recours subrogatoire normalement, sera soumis à un délai de prescription plus bref que le recours personnel. Car le délai ds lequel est enfermée le recours subrogatoire est le délai ds lequel est enfermée l'action du créancier contre le débiteur. Or au moment où la caution a payé, par hypothèse, le délai a déjà commencé à courir, cad à s'épuiser. Alors que le délai de 5 ans ds lequel est enfermée le recours personnel de la caution, ne commence à courir qu'à partir du moment où la caution paie effectivement.

–Quand la caution pour son remboursement, se fonde sur la subrogation, ce qu'elle invoque contre le débiteur, ce sont les droits qu'avait le créancier contre lui, or ces droits ont été diminués par des remises qui ont été consenties par le créancier ou ils ont été enfermés ds des délais nouveaux d'échéance qui pourront être opposés à la caution, si c'est de la subrogation dont elle se prévaut.

B) le recours contre les éventuels cofidésusseurs

il arrive que la caution se soit engagée à garantir avec d'autres cautions. La caution qui a payé peut alors exercer un recours contre les éventuels cofidésusseurs. Cette possibilité est importante, car si la caution a payé, c'est que le débiteur est insolvable. Les recours contre lui sont très peu hypothétiques. Ce qui rend le recours contre les cofidésusseurs plus intéressant. Ce recours peut être lui même subrogatoire ou personnel.

–Il peut être subrogatoire, car c'est une hypothèse qui est visée par l'**art 1251, 3°**. **Art 2306** pose que la caution est subrogée à tous les droits qu'avait le créancier. Parmi ces droits: il y a le droit qu'a le créancier de poursuivre d'autres cautions. Le recours subrogatoire n'a de sens que ds cette hypothèse particulière, où le créancier avait des droits particuliers contre tel ou tel cofidésusseur. Ds l'hypothèse où un des cofidésusseurs de la caution solvens a contre garanti son engagement par une sureté réelle ou personnel, il sera intéressant d'exercer un recours subrogatoire.

–Le recours peut être personnel: **art 2310**. Cet article ouvre à la caution, contre ses cofidésusseurs, un recours personnel. Pour quoi/ cb la caution solvens peut agir contre les cofidésusseurs? On va demande un partage du poids de ce qui a du être payé. Ce recours de la caution est un recours en contribution. La caution solvens peut recourir contre chacun des cofidésusseurs, pour sa part et portion. Ce recours tente à faire supporter à chaque caution, sa part et portion ds la dette. Quand les cautions sont engagées toutes, sans limitation de montant ou pour un montant maximum équivalent, cette part de chacune ds la dette est facile à calculer: c'est la part virile. Mais ds l'hypothèse où les cautions se sont engagées pour des montants différents, ce sera moins évident de calculer le montant de part de chacune des cautions.

Ex: l'une des cautions a limité son engagement à une certaine somme. L'autre, pour une somme supérieure. La 3e = pas de limitation. Ds cette hypothèse, ce n'est pas la part virile. Il faut faire une répartition de la dette, proportionnelle à chacun des engagements.

Ex: 2 cautions engagées pour une dette de 250000€. La 1ere s'est engagée purement et simplement, sans limitation particulière. Le montant de son engagement est de 250000€.

L'autre a limité son engagement à 500000€. Ces cautions sont poursuivies. La caution A paie les 250000€. La part et portion de A ds la dette n'est pas le montant maximum de son engagement. On commence par additionner le montant des différents engagements: $50000 + 250000 = 300000\text{€}$. On calcule la part de chacune des cautions par rapport à ce total, par division. B: $50\ 000 / 300\ 000$: 1/6e de la dette. A: $250\ 000 / 300\ 000 = 5/6\text{e}$ de la dette. Puis on applique ces portions, au montant de la dette principal. En cq, la caution A pourra recourir pour $50\ 000 - \text{sa part et portion, cad } 41\ 000 = 8\ 334\text{€}$.

[La solidarité passive est envisagée comme une modalité de l'obligation. La délégation de créance est envisagée comme un mode de simplification de paiement. Le délégué doit de l'argent à un délégant, qui doit lui même de l'argent au délégataire. Ainsi, le délégué va payer directement au délégataire la somme qu'il devait au délégant. Hypothèse de la sous traitance: un maitre de l'ouvrage commande des travaux à un entrepreneur. Les travaux sont réalisés: le maitre de l'ouvrage doit de l'argent à l'entrepreneur. Mais en réalité, les travaux sont réalisés par un sous traitant. L'entrepreneur devra alors de l'argent au sous traitant. Les intérêts du sous traitant sont protégés par la loi, car ce sont des petites entreprises. Un risque existe pour eux: tomber en faillite].

La **lettre d'intention** et la **garantie autonome** sont des **suretés personnelles** de création récente. Elles ont été imaginées par la pratique. Le droit du cautionnement est trop favorable à la caution et certains considèrent qu'il est devenu instable au fil des années. Les lois viennent accorder ou refuser à la caution, le bénéfice d'exception... Cette instabilité du droit du cautionnement déplaît aux créanciers. D'autres jugent le droit du cautionnement trop contraignant.

Les praticiens ont cherché à développer des alternatifs. Certains plus contraignants, d'autres moins contraignants. La **garantie autonome** est **plus contraignante**: c'est **l'engagement** que **prend** une **personne**, de **payer** une **certaine somme d'argent**, à **titre** de **garantie** des **créances** qui peuvent **naître** d'un **contrat principal**. La somme d'argent est abstraitement envisagée. Cet engagement est stipulé **payable à 1ere demande**. La garantie autonome est un engagement pris à titre de garantie, mais qui s'apparente à une sorte de reconnaissance de dette. Il suffit que le bénéficiaire de l'engagement estime que les sommes lui sont dues, pour que le garant doive payer. On ne vérifie pas que les sommes soient bien dues. La **vérification** ne se fait **qu'après** le **paiement**. Le garant doit payer sur 1ere réquisition.

La **lettre d'intention** est **moins contraignante** que le **cautionnement**. C'est un **document émis** par une **société anonyme**, pour les **dettes** de **l'une** de ses **filiales**. Les termes de l'engagement sont souvent flous et ambiguës. Ds la lettre, le signataire va recommander sa filiale. C'est une **lettre** qui est **adressée à l'éventuel créancier** de la **filiale**. Selon la jurisprudence, cette lettre est une garantie véritable, car elle **met** à la **charge** des **signataires**, des **obligations véritables**. Ces obligations peuvent être de moyen ou de résultat. La question est de savoir si ces lettres d'intention sont des garanties au sens des articles du code de commerce concernant les règles de pouvoir en cas de souscription de cautionnement. Faut il pour qu'une telle garantie soit opposable à la société, qu'il y ait eu ou non autorisation du conseil d'administration? Obligations de résultat: oui. Obligation de moyens: non.

15/04/2009

Garanties autonomes

La garantie autonome est un engagement brutal, mal compris le plus souvent de celui qui l'a signé.

§1: origines, fonctions initiales

c'est une sûreté personnelle nouvelle née de la pratique du commerce international. Elle est née de la pratique de ce commerce il y a 30 ans, du fait des praticiens. À l'origine, c'est ds les grands marchés de travaux qu'on la rencontrait principalement. Aujourd'hui, la garantie autonome a fait son entrée ds le CC. Il y a une définition, une amorce de description de son régime.

La garantie autonome, c'est l'engagement que prend une personne de payer une certaine somme d'argent à une autre et à titre de garantie de créances, qui pourraient naître à l'occasion de l'exécution d'un contrat principal, cad d'un contrat de base, mais sans que le garant puisse tirer argument des vicissitudes qui peuvent affecter la relation contractuelle de base, des relations qui existent entre les parties au contrat de base pour prétendre que la somme qui lui est réclamée n'est pas due en vérité par le cocontractant de la garantie autonome: le débiteur.

Depuis l'ordonnance de mars 2006, l'**article 2321, CC** pose une définition de la garantie autonome. C'est un engagement personnel de payer, donc la garantie autonome est bien constitutive d'une garantie personnelle.

Pourtant, il faut insister sur le fait que cette sûreté personnelle a la particularité d'être dérivée d'une sûreté réelle. En effet, à l'origine au moins, la garantie autonome était destinée à couvrir les risques de non exécution, ou de mauvaise exécution de contrats complexes (fourniture d'usine, vente de biens manufacturés...) qui souvent lient les entreprises des pays développés qui exportent leur savoir faire, matériel, aux pays en voie de développement qui n'ont pas le même savoir faire. Or initialement, les risques de non exécution des obligations tirées de ces contrats complexes, étaient garantis par des sûretés réelles du type consignation d'une somme d'argent, dépôt de fonds entre les mains du créancier potentiel ou d'une banque ayant sa confiance. Ces dépôts de fond étaient anti-économiques car entraînent une immobilisation. Les pays développés ont donc proposé aux états importateurs, que ces consignations soient remplacées par des garanties personnelles. Il faut une garantie accessoire, c'est ainsi que sont nées les garanties autonomes pour remplacer ces dépôts de garantie.

Un des problèmes lié aux garanties autonomes, c'est qu'une fois qu'elles sont nées, elles vont vu leur domaine s'étendre. Petit à petit, la garantie autonome avait remplacé le cautionnement des familles. La garantie autonome a commencé à être utilisée en droit interne, ds le domaine réservé jusque là au cautionnement. Rapidement, après leur invention, les garanties autonomes se sont mises à être utilisées systématiquement par des établissements financiers. C'est très souvent pour la garantie du paiement de simples sommes d'argent, que la garantie autonome a été proposée à l'échelon interne par des établissements financiers.

Il y a eu une tendance à suggérer une utilisation de plus en plus fréquente à l'échelon interne des garanties autonomes. Ce succès peut s'expliquer par la mauvaise réputation qu'était devenue celle du cautionnement car le droit du cautionnement est changeant, souvent ultra protecteur des intérêts de la caution. Avec la loi Dutreil, de nombreux créanciers vont avoir tendance à se tourner vers les garanties autonomes qui n'y sont pas soumises.

Le mécanisme des garanties autonomes est dangereux, c'est un engagement abstrait de payer une somme d'argent qui expose son souscripteur à l'éventuelle mauvaise foi du bénéficiaire de la garantie. Celui qui garantit, ne peut pas se prévaloir du contrat de base ou de délais. Par ailleurs, les raisons qui peuvent justifier le recours aux garanties autonomes à l'échelon international ne se retrouvent pas à l'échelon interne.

Un importateur insatisfait de l'exécution du marché ne pourra pas plaider devant les tribunaux de l'exportateur dont le garant refuserait de payer le cautionnement avec les mêmes chances que lui.

À l'échelon international, les risques couverts par la garantie autonome sont les

risques de non exécution de contratss complexes, or plus le contrat est complexe, plus il est compliqué de savoir si la somme est bien due ou non. L'importateur n'a pas envie d'attendre. À l'échelon interne, quand la garantie autonome est utilisée pour garantir une simple obligation de payer, les raisons ne sont pas retrouvées et on ne voit pas ds la garantie autonome, une garantie utile. La fonction particulière de la garantie autonome à l'échelon international (dépôt de fond) ne coïncide pas généralement avec celle que remplit le cautionnement à l'échelon interne.

§2: spécificités des garanties autonomes et de leur régime

la garantie autonome se distingue du cautionnement par sa nature même: le cautionnement est accessoire, alors que la garantie est autonome, donc non accessoire.

A) distinction de la garantie autonome et du cautionnement

la distinction a été vite faite, dès le début 80's, ds **2 arrêts de la CC° de 1982** qui sont les arrêts fondateurs où la **CC°** a fermement **refusé d'assimiler** la **garantie autonome** au **cautionnement**. Les arrêts du **20 décembre 1982** font entrer la garantie autonome ds le droit français. La cour juge que **l'engagement pris** par le **garant** de **payer** à une **personne**, une **certaine somme** à **première demande** ne constituait **pas** un **cautionnement** mais une **garantie autonome** ce qui **interdisait** à la **banque** (garant) de **se prévaloir** en **l'état** des **exceptions** que le **débiteur** pouvait **opposer** au **bénéficiaire** et tenant à l'exécution du contrat les unissant.

La grande spécificité est **l'inopposabilité** des **exceptions**, en matière de garantie autonome.

[Le **garant autonome** doit **s'exécuter sans discuter** du **bien fondé** des **prétentions** du **bénéficiaire** dès que **celui-ci** le lui **demande**. C'est ds un procès ultérieur qu'on discutera du bien fondé. **L'engagement** du **garant** est **indépendant** de **celui** du **débiteur** de **base**. Le garant ne s'engage pas à payer ce que doit le débiteur, mais à payer la somme de X€, abstraitement envisagée et fixée par avance].

La règle n'est pas qu'il peut se prévaloir des moyens de défense qui appartiennent au débiteur principal. Du reste, le plus souvent, la **garantie autonome** est **payable** à **première demande**, alors il ne peut que payer ds l'instant. Parfois, la **garantie** est **payable** sur **justification**: une fois la garantie autonome justifiée, le **bénéficiaire** doit **indiquer** les **raisons** pour **lesquelles** il **appelle** la **garantie**. La justification n'émanera que du seul bénéficiaire de la garantie, il suffit qu'il dise pourquoi. Si appel injustifié, cela pourra faciliter le recours. L'autonomie n'est pas remise en cause.

B) le détachement de la garantie par rapport à sa cause

les garanties autonomes sont mal comprises par ceux à qui on les a fait payer. Souvent, les garants autonomes essaient d'échapper au paiement. Les garants autonomes, voulant échapper au paiement, n'ont pas hésité à utiliser tous les arguments possibles et ils ne pouvaient pas passer à côté de l'argument de la disparition de la cause. La théorie de la cause est protectrice des intérêts de l'obligé, puis en matière de garantie personnelle, qui est un engagement sans contrepartie pour celui qui s'oblige, la définition de la cause est entourée d'un flou que l'on peut regarder comme propice à toute sorte ou presque, d'argumentation.

Sur la question de l'identification de la cause en garantie autonome, on suit ce qui se dit en matière de cautionnement. La cause de l'obligation de la caution, c'est la considération du crédit ou de l'avantage subordonné à l'acceptation du crédit. Pour les **garanties autonomes**, **l'avantage attendu** est **l'obtention** d'un **marché**. Cette présentation a été

soumise à la CC° dès 1982, où la **CC°** a **dénié** tout **rôle utile** de la **théorie** de la **cause** en **matière** de **garantie autonome**: la **CC°** **rejette** le **pourvoi** et dit que **même si** **l'engagement** du **garant** avait pour **cause** le protocole numéro 7 (succession d'accords partiels dont l'addition forme le **contrat principal**) dont la **nullité** était **encourue** en **raison** de son **engagement** de **payer** à **première demande**, parce qu'il était un **garant autonome**, le **garant** ne pouvait **pas se dérober** à cette **obligation**. Elle le **condamne** à **payer**, malgré l'argumentation sur la disparition de la cause de son engagement. **L'autonomie** de la **garantie** à une **portée** très forte, qui va jusqu'à **annihiler l'influence possible** de **l'obligation** de la **cause**. Mais il y a quand même une **hypothèse** où le **blocage** de la **garantie** peut être **obtenu**: c'est l'hypothèse de la **fraude** du **bénéficiaire**.

C) recevabilité de l'argument de la fraude

L'argument de la **fraude** ou de **l'abus** est le **seul** qui va **permettre** parfois, que le **juge** **ordonne** le **blocage** de la **garantie**. À l'origine pourtant, certains auteurs ont défendu l'idée qu'à **partir** du **moment** où on est **sûr** que le **bénéficiaire** n'a **pas** de **créance** sur son **cocontractant**, il **perd** le **droit** de **mettre** en **œuvre** la **garantie**. **Ex**: le fait que le contrat a été résilié au tort du bénéficiaire de la garantie, le fait que tout montre que le cocontractant a bien exécuté son obligation ds les délais, ou le fait que la créance dont pouvait se prévaloir le bénéficiaire contre son cocontractant a été éteinte.

L'autonomie / **l'indépendance** est une **simple facilité** de **mise** en **œuvre**.

L'inopposabilité des **exceptions**, qui va avec le caractère autonome de la garantie, c'est une **simple facilité** de **mise** en **œuvre**, dont le rôle se situe sur le terrain probatoire. Ces auteurs voyaient ds l'autonomie, un simple renversement de la charge de la preuve.

Ce **raisonnement** n'était **pas viable** sur le plan juridique, car cette manière d'envisager les choses consistait à **tenir** la **garantie autonome**, comme une **sorte de cautionnement**, dont on aurait aménager les conditions de la garantie / mise en œuvre.

Ds l'hypothèse du cautionnement, le garant s'engage à payer la dette du débiteur principal. Mais ds l'hypothèse d'une **garantie autonome**, le **garant autonome** ne **s'engage pas** à **payer** la **dette** du **débiteur principal**: il **s'engage** à **payer** une **dette abstraite** à **1ere demande**. De fait, il faut considérer que la **dette** qui pèse sur le garant autonome n'est **pas** la **dette** d'un **autre**, mais une **dette** qui lui est **propre**. Il s'est engagé à payer une dette abstraitement envisagée, qui est sa dette personnelle: il a **reconnu devoir** en **signant** un **engagement abstrait** de **payer** une **somme d'argent** (reconnaissance de dettes). Ainsi, les **considérations** relatives à ce que **peut devoir** ou **non** le **cocontractant** du **bénéficiaire** de la **garantie** sont **sans influence juridiquement**.

Ainsi, il faut d'autres éléments pour justifier l'annulation/ le blocage de la garantie. Il faut que le **bénéficiaire apparaisse** au moins comme de **mauvaise foi**: il faut que la **déloyauté** du **bénéficiaire** de la **garantie autonome** soit **avérée**. Ainsi, on pourra lui reprocher qqch. On peut lui reprocher plus qu'une absence de droit, de créance, contre le cocontractant. On peut lui reprocher l'usage abusif de son droit, qui se sanctionne.

Si on doit admettre que le **bénéficiaire** de la **garantie autonome** a le **droit** de la **mettre** en **œuvre**, **sans se préoccuper** de ce que **doit** ou **non** son **cocontractant**, c'est la raison pour laquelle la garantie autonome a été créée. On ne peut **pas admettre** que le **bénéficiaire** de la **garantie autonome** puisse **utiliser sciemment** le **droit** qu'il a **d'appeler** la **garantie**, pour **se procurer** des **sommes** qu'il sait pertinemment ne **pas** lui être **dues**. On peut reprocher un **abus** de **droit**, chaque fois que l'on **détourne** un **droit** de sa **fonction**. On parle aussi de **fraude** parfois. Généralement, les mêmes comportements peuvent être qualifiés d'abusifs et de frauduleux. À l'origine, la fraude se distinguait de l'abus de droit, car la **fraude** comporte un **élément supplémentaire**: la **volonté** de **causer**

un **préjudice**, **l'intention** de **nuire**, qui n'est pas forcément un abus de droit. Il y a entre l'abus de droit et la fraude, des petites différences, qui tiennent au fait que normalement, on peut parler de fraude que s'il y a de la part de l'auteur, une intention positive de nuire. Mais en vérité, la **jurisprudence** a **assoupli** cette **exigence**. Ex: la jurisprudence sur la fraude paulienne.
Aujourd'hui, la pensée de causer un préjudice suffit.