

## **Droit des obligations et droit des sûretés**

### **Manuella Bourassin, Docteur en droit, ATER à l'Université Paris X - Nanterre**

En droit des garanties, particulièrement en droit des garanties personnelles, la place du droit commun est ambivalente. En effet, alors que le droit commun des obligations joue un rôle prépondérant dans la détermination du régime de ces sûretés (1), un droit commun des garanties personnelles peine à se dessiner (2).

#### **1 - L'incontournable droit commun des obligations**

##### *a - La nécessité du droit commun des obligations à l'égard des garanties personnelles innomées*

L'omniprésence du droit commun des obligations en matière de garanties personnelles s'explique, en premier lieu, par l'absence de réglementation spéciale des mécanismes utilisés par la pratique comme substituts du cautionnement, telles la garantie autonome et la lettre d'intention. Cette lacune de la loi oblige les juges à appliquer le droit commun des contrats pour qualifier les garanties personnelles nouvelles (1°) et pour construire leur régime (2°).

1° - En ce qui concerne la qualification, la Cour de cassation recourt à la notion d'objet de l'obligation pour distinguer le cautionnement et la garantie autonome. Ainsi, aussi bien la première Chambre civile, le 6 juillet 2004 (Bull. civ. I, n° 199 ; D. 2004, AJ p. 2373), que la Chambre commerciale, le 28 septembre 2004 (pourvoi n° 02-12.990, inédit), ont rappelé que si l'objet de l'obligation de règlement du garant est emprunté à l'objet de l'obligation principale, la garantie présente un caractère accessoire renforcé ; au contraire, si cet objet est distinct de celui de l'obligation principale, la garantie est indépendante. La qualification des obligations de l'émetteur d'une lettre de confort procède, elle aussi, d'une distinction classique du droit des obligations : celle entre l'obligation de moyens et l'obligation de résultat (V. not., Cass. com., 17 déc. 2002, RD bancaire et fin. 2003, n° 73, obs. D. Legeais).

2° - Concernant le régime des garanties personnelles innomées, il apparaît que les juges mettent en oeuvre les mécanismes protecteurs du droit commun des contrats essentiellement pour préserver les intérêts des garants et éviter qu'un fossé trop important ne se creuse entre ces garanties, qui relèvent de la liberté contractuelle, et le cautionnement, qui est au contraire de plus en plus encadré. Outre la théorie des vices du consentement et la mention manuscrite de l'article 1326 du code civil (sur son application en matière de garantie autonome, cf. Cass. com., 10 déc. 2002, pourvoi n° 97-13.330, inédit), ce sont les notions d'abus et de fraude qui permettent aux juges d'atténuer la rigueur des garanties indépendantes. En cette matière, la Haute juridiction a précisé (Cass. com., 17 mars 2004, pourvoi n° 02-18.354, inédit), que l'abus manifeste de la garantie réside dans : « *la conscience de l'absence de droit* » du bénéficiaire à l'encontre du garant. Il convient de souligner que la volonté jurisprudentielle d'endiguer le contournement des règles coercitives du cautionnement a pu conduire à une certaine instrumentalisation du droit commun des contrats (cf. CA Paris, 14 déc. 1999, RJDA 3/2000, n° 342, faisant application de l'art. 1326 à la lettre d'intention, alors que cette garantie ne comporte, en principe, aucun engagement de payer ; 16 avr. 1996, D. 1996, IR p. 165 annulant pour dol une garantie autonome au seul motif qu'il s'agit d'une garantie inhabituelle).

##### *b - L'utilité du droit commun des obligations en matière de cautionnement*

Si le droit commun des obligations tient une place essentielle en droit des garanties personnelles, c'est, en second lieu, parce que son application, en plus d'être nécessaire à l'égard des garanties innomées, est utile en matière de cautionnement. Elle permet effectivement de protéger, aussi bien les cautions qui ne trouveraient aucun secours dans le droit du cautionnement lui-même (1°), que les intérêts patrimoniaux des créanciers, autrement dit l'efficacité du cautionnement (2°).

1° - S'agissant de la protection des cautions, elle résulte des causes d'extinction du droit commun

visées par l'article 2034 du code civil. Dans un arrêt du 14 janvier 2004 (RJDA 5/04, n° 627), la Chambre commerciale a ainsi libéré une caution sur le fondement d'une novation par changement de débiteur. La protection des cautions est également fondée sur l'impératif d'éthique contractuelle, qui autorise la découverte d'obligations implicites à la charge des créanciers. Est particulièrement significative, à cet égard, l'obligation de ne pas faire souscrire à la caution un engagement manifestement disproportionné par rapport à ses biens et revenus. Depuis la jurisprudence *Nahoum* du 8 octobre 2002 (Bull. civ. IV, n° 136 ; D. 2003, Jur. p. 414, note C. Koering ; RTD com. 2003, p. 151, obs. D. Legeais ; RTD civ. 2003, p. 125, obs. P. Crocq), ayant abandonné le principe de proportionnalité au profit d'une comparaison des connaissances respectives des parties, cette obligation ne profite plus qu'aux cautions profanes, comme l'a encore affirmé la première Chambre civile le 12 octobre dernier (RJDA 2/05, n° 196).

2° - S'agissant de la fonction de garantie du cautionnement, la jurisprudence en assure la primauté, notamment en contenant la responsabilité contractuelle du bénéficiaire dans des limites raisonnables. Trois arrêts récents de la Haute juridiction permettent d'en fournir l'illustration. Tout d'abord, le 6 avril 2004 (Bull. civ. I, n° 110), la première Chambre civile a précisé qu'en cas de disproportion de l'engagement de la caution, celle-ci ne saurait être entièrement libérée, puisque le préjudice qu'elle subit « *ne peut être équivalent à la dette tout entière mais seulement à la mesure excédant les biens que la caution pouvait proposer en garantie* ». Ensuite, le 2 juin 2004 (Bull. civ. IV, n° 106), la Chambre commerciale a refusé de « *forcer* » le contrat de garantie en posant le principe selon lequel, « *sauf fraude ou abus, le créancier qui bénéficie d'une pluralité de sûretés ne commet pas de faute en choisissant le moyen d'obtenir le paiement de sa créance* ». Enfin, le 1er mars 2005 (pourvoi n° 01-14.993, inédit), la Chambre commerciale a rappelé que les dirigeants sociaux de la société cautionnée, du fait de leur parfaite connaissance de la situation de celle-ci, ne sauraient en principe reprocher à la banque de leur avoir causé un préjudice en accordant à la société les financements qu'ils avaient sollicités en leur qualité de dirigeant. D'autres règles du droit commun des obligations confortent les attentes des créanciers bénéficiaires. Tel est le cas du principe « *accessorium sequitur principale* », qui a récemment permis de restaurer la spécificité et l'efficacité du cautionnement. En effet, l'Assemblée plénière, le 6 décembre 2004 (RTD com. 2005, p. 51, obs. J. Monéger), prenant le contre-pied de la Chambre commerciale (Cass. com., 26 oct. 1999, Bull. civ. IV, n° 184 ; D. 2000, AJ p. 25, obs. V. A.-R., Jur. p. 224, note L. Aynès ; C. Larroumet, L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire, D. 2000, Chron. p. 155 ; RTD civ. 2000, p. 679, obs. R. Libchaber), a décidé qu'en cas de vente de l'immeuble donné à bail « *le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en tant qu'accessoire de la créance de loyers cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743 et des articles 1692, 2013 et 2015 du code civil* ».

Le droit commun des obligations, parce qu'il peut servir les intérêts antagonistes des parties au contrat de cautionnement et parce qu'il permet de pallier le silence de la loi à l'égard des garanties nouvelles, est donc incontournable en matière de garanties personnelles. Son rôle paraît d'autant plus prépondérant que le droit commun des garanties personnelles est, au contraire, largement insaisissable.

## **2 - L'insaisissable droit commun des garanties personnelles**

### *a - Les causes de l'actuelle inconsistance du droit commun des garanties personnelles*

Il est aujourd'hui très difficile de parler de droit commun des garanties personnelles, et ce pour deux raisons, l'une relative aux garanties personnelles innomées (1°), l'autre au cautionnement (2°).

1° - L'inconsistance du droit commun des garanties personnelles s'explique, en premier lieu, par le fait que le législateur a jusqu'ici ignoré les garanties personnelles autres que le cautionnement. Notons, cependant, que la garantie autonome et l'engagement du codébiteur solidaire pourraient prochainement être reconnus par le droit des procédures collectives, puisque le projet de loi de sauvegarde des entreprises n° 1596 du 12 mai 2004 comporte plusieurs dispositions les concernant. Tout d'abord, il étend la suspension des poursuites de l'article L. 621-48, alinéa 2, du code de commerce, ainsi que l'interdiction de se prévaloir des mesures du plan de redressement de l'article L. 621-65, alinéa 2, à toutes les personnes physiques coobligées ou ayant constitué une garantie autonome. Ensuite, dans le cadre de la nouvelle procédure de sauvegarde (redressement

judiciaire sans cessation des paiements), il rend cette fois les dispositions du plan « *opposables à tous, y compris aux personnes physiques coobligées ou ayant consenti une caution personnelle ou une garantie autonome* ». Enfin, le projet de réforme du droit des procédures collectives précise que « *la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci* » en cas de clôture de la procédure pour insuffisance d'actif.

2° - La seconde raison de l'inconsistance du droit commun des garanties personnelles est la multiplication, ces vingt dernières années, des régimes spéciaux en matière de cautionnement. La dernière loi à s'être intéressée à cette sûreté, à savoir la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 (D. 2004, Lég. p. 1868) pour la confiance dans l'économie numérique, a encore contribué à cet éclatement du droit du cautionnement. En effet, elle a écarté le nouveau principe d'assimilation de l'écrit sous forme électronique aux actes authentiques ou sous seing privé requis *ad validitatem* ou devant comporter une mention manuscrite (nouvel art. 1108-1 c. civ.) à l'égard des engagements pris par les garants profanes. La conclusion par « *double clic* » n'est ainsi admise que pour les actes de garantie « *passés par une personne pour les besoins de sa profession* » (nouvel art. 1108-2, 2°, c. civ.). Se dessinent, en conséquence, un régime propre aux cautions profanes et un régime propre aux cautions s'engageant dans un but professionnel ou commercial. Cette différenciation fondée sur la « *cause* » de l'engagement du garant est conforme à l'objectif d'efficacité des garanties personnelles, puisqu'elle permet de protéger uniquement les cautions ayant besoin de l'être et évite, corrélativement, d'imposer aux créanciers des contraintes excessives. Cette nouvelle distinction est également en accord avec la proposition de directive du 11 septembre 2002 (COM/2002/0443 final), modifiée le 28 octobre 2004 (COM/2004/747 final), relative au crédit aux consommateurs, qui régleme dans le détail le « *contrat de sûreté* » conclu par un « *garant consommateur* » (garant n'agissant pas dans un but commercial ou professionnel). Le texte communautaire exige, en effet, que ce contrat soit conclu « *sur un support papier ou sur un autre support durable* » (art. 10.1, al. 1er).

Si l'édition de régimes spéciaux est donc utile, et même nécessaire compte tenu du nouvel intérêt du droit communautaire pour les garanties personnelles, il est en revanche regrettable qu'elle se fasse au détriment d'un droit commun.

#### *b - L'efficacité attendue de l'avènement d'un droit commun des garanties personnelles*

Pour que les garanties personnelles soient efficaces, c'est-à-dire pour qu'elles puissent remplir leur fonction de protection des intérêts des créanciers, leur régime doit être déduit de toutes leurs caractéristiques : non seulement leurs caractéristiques distinctives (elles ont trait aux parties, à la « *cause* » de l'obligation de couverture du garant et à l'objet de son obligation de règlement), mais aussi leurs caractéristiques communes (à savoir les effets de leur constitution et de leur réalisation sur la situation du créancier et sur celle du débiteur ; l'obligation de garantir, composée de deux obligations distinctes, mais parfaitement complémentaires : l'obligation de couverture et l'obligation de règlement ; leur caractère accessoire essentiel).

Pour satisfaire, d'une part, l'objectif d'efficacité des garanties personnelles et, d'autre part, l'impératif communautaire de lutte contre le contournement (art. 30.3 de la proposition de directive sur le crédit aux consommateurs : « *les Etats membres veillent à ce que les dispositions qu'ils adoptent pour la mise en application de la présente directive ne puissent être contournées par des formes particulières données aux contrats* »), le législateur devrait donc instaurer des règles impératives applicables à l'ensemble des garanties personnelles, fondées sur les caractéristiques qu'elles ont toutes en commun, et les compléter par des corps de règles propres aux principales catégories de garanties personnelles.

Il est dès lors souhaitable que l'imminente réforme du droit des sûretés mette en place une telle réglementation stratifiée (un régime primaire complété par des règles spéciales) et rende par là même plus efficaces les garanties personnelles et plus sûr l'octroi de crédit.