

Des critères de distinction clairs mais des différences de régime injustifiées entre la garantie autonome et le cautionnement

Manuella Bourassin

► **To cite this version:**

Manuella Bourassin. Des critères de distinction clairs mais des différences de régime injustifiées entre la garantie autonome et le cautionnement. *Gazette du Palais*, Lextenso, 2019, 139 (21), p. 64. hal-02466843

HAL Id: hal-02466843

<https://hal-univ-paris10.archives-ouvertes.fr/hal-02466843>

Submitted on 4 Feb 2020

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

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

Manuella Bourassin, professeure agrégée à l'université Paris Nanterre, codirectrice du master Droit notarial, CEDCACE (EA 3457)

Gazette du Palais - n°21 - page 64

Date de parution : 11/06/2019

Réf : Gaz. Pal. 11 juin 2019, n° 353m8, p. 64

Des critères de distinction clairs mais des différences de régime injustifiées entre la garantie autonome et le cautionnement

Cet arrêt du 30 janvier 2019 confirme et précise les critères de distinction entre la garantie autonome et le cautionnement, avant d'évincer toute obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome. La justesse de la qualification, minutieusement fondée sur les caractéristiques distinctives de la garantie litigieuse (objet propre ; justification de l'appel en paiement par la défaillance du débiteur, mais inopposabilité des exceptions afférentes à la dette de celui-ci ; solidarité prévue avec d'autres garants, et non avec le débiteur), contraste avec l'illégitimité du principe, énoncé pour la première fois, qui exclut à tort du régime de la garantie autonome certaines règles du droit du cautionnement et du droit commun des contrats.

Cass. com., 30 janv. 2019, no [17-21279](#), ECLI:FR:CCASS:2019:CO00073, M. Y c/ Sté Cuisines design industries, PB (rejet pourvoi c/ CA Toulouse, 29 mars 2017), M. Rémy, prés. ; SCP Thouvenin, Coudray et Grévy, SCP Zribi et Texier, av.

La définition et les bribes de régime fournies par l'article 2321 du Code civil ne suffisent pas à résoudre l'ensemble des difficultés que soulève la conclusion d'une garantie autonome plutôt que d'un cautionnement. En atteste l'arrêt rendu par la Cour de cassation le 30 janvier 2019¹, dont les faits sont déjà révélateurs de la proximité avec la sûreté personnelle modèle. Effectivement, le contexte n'est point celui habituel de la garantie autonome – la couverture de relations commerciales internationales par la banque du créancier, elle-même contre-garantie par la banque du donneur d'ordre – mais celui que l'on rencontre habituellement en matière de cautionnement, à savoir un crédit interentreprises garanti par le gérant de la société débitrice. Pour résister à la demande de paiement consécutive à la liquidation judiciaire de celle-ci, le garant a soutenu que son engagement devait être qualifié de cautionnement et qu'il n'avait pas été mis en garde par la société créancière. Aucun de ces moyens de défense n'a prospéré devant la cour d'appel de Toulouse qui a considéré, d'une part, que l'acte contesté exprimait clairement la volonté de consentir une garantie indépendante de l'obligation principale et, d'autre part, que toutes les conditions du devoir de mise en garde n'étaient pas établies, ni même invoquées par le garant. En réponse au pourvoi en cassation formé par ce dernier, la chambre commerciale a confirmé et précisé les critères de différenciation entre la garantie autonome et le cautionnement (1), avant d'énoncer un nouveau principe : « le créancier bénéficiaire d'une garantie à première demande n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome » (2).

1. Au sujet de la qualification de la garantie autonome, l'arrêt commenté présente un triple intérêt.

D'abord, et dans le prolongement d'une jurisprudence constante depuis près de 25 ans, il rappelle que le critère primordial de distinction entre la garantie autonome et le cautionnement réside dans l'objet de l'obligation du garant : s'il s'agit des sommes dues par

le débiteur principal, la requalification en cautionnement s'impose, quel que soit l'intitulé donné à l'acte par les parties², eussent-elles prévu un paiement à première demande et/ou l'inopposabilité des exceptions afférentes à l'obligation principale³ ; en revanche, si le garant assume une dette distincte, dont le montant est déterminé, la qualification de garantie autonome l'emporte⁴. En l'espèce, la cour d'appel a retenu que l'engagement de M. Y n'avait pas pour objet la propre dette du débiteur, et ce en se fondant sur les paragraphes des mentions dactylographiées qui décrivaient un engagement autonome et indépendant des relations contractuelles entre les sociétés créancière et débitrice⁵, ainsi que sur la mention manuscrite fixant le montant et la durée de la garantie à première demande⁶. La Cour de cassation a reproduit par le menu ces constatations et appréciations de la cour d'appel, assurément propres à établir que le garant n'assumait pas la dette même du débiteur principal.

L'acte n'était toutefois pas dénué d'ambiguïté, puisqu'il subordonnait le paiement du garant à la notification de la défaillance du débiteur.

C'est à propos de cette modalité convenue entre les parties qu'un deuxième apport de l'arrêt se fait jour : est confirmée la possibilité de motiver l'appel du garant autonome par l'inexécution du débiteur (la garantie autonome est dite « justifiée »), dès lors que « le garant, à réception de cette demande, ne pouvait en différer le paiement ni soulever de contestation pour quelque motif que ce soit »⁷. Cette solution est parfaitement cohérente au regard des degrés que connaît le lien d'accessoire à principal. En effet, la garantie autonome évince l'opposabilité des exceptions, emblématique de l'accessoriété renforcée du cautionnement⁸, mais présente un caractère accessoire général qui repose sur l'adjonction nécessaire de la garantie à une obligation principale⁹ et autorise des références au contrat principal aux stades de sa constitution¹⁰ comme de sa réalisation.

L'ambiguïté de la garantie litigieuse procédait par ailleurs des adjectifs « solidaire et indivisible » figurant dans la mention manuscrite. De fait, le caractère propre de l'obligation du garant se trouve contredit par de telles stipulations, qui supposent une unicité de dette. Ainsi, la Cour de cassation a-t-elle admis à plusieurs reprises la requalification en cautionnements de garanties prétendument autonomes souscrites à titre solidaire¹¹.

Le troisième intérêt de l'arrêt commenté réside dans le maintien de la qualification de garantie à première demande « en dépit des mentions "solidaire et indivisible" et du fait que l'acte désignant "les garants" a été signé par M. Y seul ». Il s'en déduit que la solidarité est compatible avec la qualification de garantie autonome dès lors qu'elle affecte, non pas les relations entre le garant et le débiteur principal, mais celles existant entre garants. En ce sens, la cour d'appel a relevé que « l'acte tel que préparé était destiné à plusieurs garants ; qu'ainsi la mention d'une garantie solidaire et indivisible était destinée à engager solidairement et indivisiblement les garants entre eux, pour la même dette qu'ils avaient contractée »¹² ; partant, la circonstance que l'acte n'a finalement été signé que par un seul garant n'était pas de nature à remettre en cause la qualification de garantie à première demande. Le pouvoir souverain des juges du fond quant à l'interprétation d'un acte ambigu suffit à justifier cette dernière solution.

Les différents critères d'interprétation et de qualification mobilisés en l'espèce apparaissent donc pertinents. Ne l'est pas, en revanche, la précision apportée relativement au régime de la garantie autonome.

2. « Le créancier bénéficiaire d'une garantie à première demande n'est débiteur d'aucune obligation de mise en garde à l'égard du garant autonome ».

La présente décision, promise à publication, fait figure d'arrêt de principe en énonçant cette règle pour la première fois¹³ et de façon si générale. L'éviction du devoir de mise en garde est effectivement absolue *ratione personae*. On ne saurait ni la justifier, ni la circonscrire en relevant qu'en l'espèce la garantie autonome profitait, non pas à une banque (débitrice de ce devoir depuis une quinzaine d'années), mais à une société spécialisée dans le design des cuisines, puisque l'attendu décisoire vise « le créancier bénéficiaire d'une garantie à

première demande ». La qualité du garant autonome est pareillement indifférente. La Cour de cassation a ainsi déclaré inopérante la quatrième branche du pourvoi qui reprochait à la cour d'appel d'avoir affirmé que M. Y, gérant de la société débitrice, était averti, « sans motiver sa décision plus avant sur ce point ». La généralité de la solution s'évince encore des termes « aucune obligation de mise en garde ». Deux règles occupant une place essentielle en matière de cautionnement s'en trouvent écartées. D'une part, le formalisme informatif ad validitatem ; d'ailleurs, en l'espèce, les juges n'ont pas relevé d'office le non-respect des dispositions du Code de la consommation **14** relatives aux mentions manuscrites ; il est vrai que la rédaction qu'en impose la loi est adaptée aux caractères accessoire, subsidiaire, voire solidaire du cautionnement, et non à l'indépendance de la garantie autonome **15**. D'autre part, le devoir prétorien de mise en garde sur le risque d'endettement excessif né du caractère disproportionné de l'engagement par rapport au patrimoine du garant ou de l'inadaptation du crédit garanti aux capacités financières du débiteur principal. De telles évictions, qui simplifient grandement la conclusion des garanties autonomes et en renforcent l'efficacité, sont de nature à encourager les créanciers à y recourir, au détriment du cautionnement. Ce contournement n'est pas en soi critiquable, puisque la liberté contractuelle préside au choix de la sûreté **16**. Il est en revanche tout à fait contestable d'écartier toute obligation de mise en garde, comme le fait ici la Cour de cassation. Outre que la solution n'est pas motivée, elle n'est pas justifiée sur le fond, et ce pour plusieurs raisons. D'abord, la dangerosité de la garantie autonome, tenant surtout à l'inopposabilité des exceptions, rend la mise en garde sur les risques d'endettement encore plus utile que dans le cadre du cautionnement. L'application de cette obligation aurait donc pu être fondée sur un raisonnement a fortiori **17**.

Ensuite, le régime du devoir de mise en garde que la Cour de cassation construit depuis 2007 en matière de cautionnement est compatible avec les spécificités de la garantie autonome, puisque ni ses conditions (en particulier, l'appréciation des capacités patrimoniales du garant), ni sa sanction (la mise en cause de la responsabilité contractuelle du créancier, n'affectent le caractère propre de l'engagement du garant **18**.

Enfin et surtout, la mise en garde ne constitue pas aujourd'hui une obligation légale propre au droit du cautionnement, mais une déclinaison du principe de bonne foi contractuelle. Or, si l'application des règles particulières gouvernant le cautionnement aux autres sûretés personnelles (garantie autonome, lettre d'intention) et aux garanties personnelles innomées (telles la solidarité sans intéressement à la dette, la cession de dette, la délégation imparfaite ou la promesse de porte-fort) est discutable **19**, l'application des règles générales du titre III du livre III du Code civil, dont font naturellement partie celles relatives à la bonne foi **20**, est commandée par le principe de subsidiarité du droit commun des contrats. Celui-ci doit jouer chaque fois que les règles spécifiques à un contrat déterminé sont obscures, imprécises, voire lacunaires, ce qui est le cas du contrat de garantie autonome dont le régime n'est pas suffisamment détaillé par l'article 2321 du Code civil. Les juges devraient donc le compléter en se fondant sur des règles générales, à l'instar du devoir de mise en garde.

Pour plus de sécurité juridique, il est souhaitable que la prochaine ordonnance portant réforme du droit des sûretés **21** étoffe le régime propre à la garantie autonome **22** et consacre des règles communes aux sûretés personnelles, indifférentes à leur caractère accessoire ou indépendant **23**, comme celles concrétisant l'exigence de transparence contractuelle **24**.

Notes de bas de page

1 – Sur lequel, v. aussi Blandin Y., « Garantie autonome : absence d'obligation de mise en garde », Dalloz actualité, 20 févr. 2019 ; Pellier J.-D., « Qualification de la garantie autonome et obligation de mise en garde », D. 2019, p. 801 ; Piette G., « Le créancier bénéficiaire

d'une garantie autonome n'a pas de devoir de mise en garde à l'égard du garant », AJCA 2019, p. 141.

2 – Conformément à l'article 12 du Code de procédure civile qui prescrit au juge de « donner ou restituer leur exacte qualification aux faits et actes litigieux sans s'arrêter à la dénomination que les parties en auraient proposée ».

3 – [Cass. com., 13 déc. 1994, n° 92-12626](#) : Bull. civ. IV, n° 375, confirmé not. par [Cass. com., 11 mars 1997, n° 95-18356](#) : Bull. civ. IV, n° 67 – [Cass. 1re civ., 23 févr. 1999, n° 97-10008](#) : Bull. civ. I, n° 64 ; [Cass. com., 8 oct. 2003, n° 01-10144](#) ; [Cass. com., 16 juin 2004, n° 01-15394](#) ; [Cass. com., 16 juin 2009, n° 08-17490](#) ; [Cass. com., 3 juin 2014, n° 13-17643](#) ; [Cass. 1re civ., 12 déc. 2018, n° 17-12477](#). Le même critère est adopté par les juges administratifs ayant à connaître des garanties couvrant des marchés publics ([CE, 6 juin 2007, n° 237390](#)).

4 – La définition de l'article 2321, alinéa 1er, du Code civil (issu de l'ordonnance du 23 mars 2006) traduit cette exigence : « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues ».

5 – La cour d'appel a relevé que « le deuxième paragraphe de ces mentions précise que les garants s'engagent à paiement dès réception d'une demande de paiement du bénéficiaire par lettre recommandée avec accusé de réception notifiant la défaillance de la société Euro cuisines bain 2000 dans ses obligations, "étant bien entendu que l'effectivité ou le bien-fondé du manquement dénoncé est totalement indifférent à l'exécution de notre engagement de garantie", et que, dans le troisième paragraphe, les garants s'interdisent d'opposer une quelconque nullité, exception, objection, fin de non-recevoir tirée des relations juridiques ou d'affaires entre ces deux sociétés, enfin, qu'il est clairement ajouté dans un paragraphe suivant que la garantie n'est pas un cautionnement ».

6 – Mention ainsi rédigée : « Bon pour garantie à première demande, solidaire et indivisible à hauteur de 100 000 € en principal, frais et accessoires en sus à compter du jour des présentes et jusqu'au 31 mars 2014 ».

7 – Déjà en ce sens, v. [Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-20364](#) : Bull. civ. IV, n° 160 – [Cass. com., 12 juill. 2005, n° 03-20365](#) : Bull. civ. IV, n° 161 ; [Cass. com., 5 oct. 2010, n° 09-14673](#).

8 – L'engagement n'ayant pas pour objet l'obligation du débiteur principal, « le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie » ([C. civ., art. 2321](#), al. 3).

9 – Il n'y a pas de garantie sans obligation à garantir. L'article 2321 du Code civil reflète cette accessoriété minimale en reconnaissant que le garant autonome s'engage « en considération d'une obligation souscrite par un tiers ».

10 – Depuis 1999, la Cour de cassation admet de telles références pour autant qu'elles n'impliquent pas « une appréciation des modalités d'exécution [du contrat de base] pour l'évaluation des montants garantis ou pour la détermination des durées de validité » de la garantie ([Cass. com., 18 mai 1999, n° 95-21539](#) : Bull. civ. IV, n° 102 ; [Cass. com., 2 oct. 2012, n° 11-23401](#)).

11 – [Cass. com., 6 mai 2003, n° 99-21542](#) ; [Cass. 1re civ., 6 juill. 2004, n° 01-15041](#) : Bull. civ. I, n° 199 ; [Cass. com., 20 avr. 2017, n° 15-18203](#).

12 – Motifs reproduits dans le moyen du pourvoi annexé à l'arrêt.

13 – Ne constituent nullement des précédents les arrêts rendus en matière de garantie autonome ou de crédit documentaire qui ont écarté une obligation d'information ou de mise en garde à l'égard, non pas du garant, mais du débiteur principal ([Cass. com., 3 mai 2000, n° 96-21814](#) : Bull. civ. IV, n° 90 – [Cass. com., 4 juill. 2006, n° 05-10529](#) : Bull. civ. IV, n° 157).

14 – Faculté pourtant prévue par l'article R. 632-1 du Code de la consommation.

15 – Les termes de la mention relative au montant et à la durée de l'engagement, imposés par l'article L. 331-1, mais incompatibles avec la garantie autonome, sont : « la somme de ... couvrant le paiement du principal, des intérêts et, le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard », sous-entendu de la dette principale ; « si X n'y satisfait pas lui-même ». La mention portant sur la solidarité avec le débiteur principal ([C. consom., art. L. 331-2](#)) contredit également le caractère propre de la dette du garant autonome.

16 – Liberté contractuelle toutefois limitée par deux textes qui prohibent la garantie autonome, soit à l'occasion d'un crédit accordé à un consommateur ([C. consom., art. L. 314-19](#)), soit en matière de bail d'habitation, sauf à titre de substitution au dépôt de garantie ([L. n° 89-462, 6 juill. 1989](#), art. 22-1-1).

17 – On sait qu'un raisonnement a pari a déjà été déployé pour appliquer l'article 1415 du Code civil à la garantie autonome ([Cass. 1re civ., 20 juin 2006, n° 04-11037](#) : Bull. civ. I, n° 313).

18 – Notons, au contraire, que le contenu de l'information annuelle prévue en matière de cautionnement – l'encours de la dette principale – et sa sanction – la déchéance des intérêts et autres accessoires de la dette principale à compter du défaut d'information – ne sont pas adaptés à la garantie autonome, ce qui légitime l'exclusion déjà opérée par des juges du fond.

19 – Sur cette question, v. Bourassin M. et Brémond V., *Droit des sûretés*, 6e éd., 2018, Sirey, nos 424 et s.

20 – Spéc. [C. civ., art. 1104](#) (anc. art. 1134, al. 3) et [C. civ., art. 1112-1](#).

21 – La loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (dite PACTE) habilite le gouvernement à procéder à cette réforme dans les 2 ans de sa publication.

22 – Pour des propositions en ce sens, v. Albiges C., « La garantie autonome et la lettre d'intention », in *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, Mazeaud V. et Blandin Y. (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, p. 133.

23 – Sur ce régime primaire des sûretés personnelles, v. Bourassin M., *L'efficacité des garanties personnelles*, LGDJ, 2006.

24 – Sur le périmètre et le contenu d'une nouvelle obligation légale de mise en garde, v. Bourassin M., « Quelle réforme pour la formation du cautionnement ? », in *Quelle réforme pour le droit des sûretés ?*, préc., Mazeaud V. et Blandin Y. (dir.), Dalloz, Thèmes et commentaires, 2019, p. 99 ; Bourassin M., « La sécurité juridique dans la réforme du droit du cautionnement », in *Mélanges B. Teyssié*, LexisNexis, à paraître.

