

L'EVOLUTION DES GARANTIES DU PAIEMENT : DE LA DIVERSITE A L'UNITE

par

Pierre CROCC

Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

1. Le droit des sûretés paraît être un long fleuve tranquille. Voici un des rares domaines du droit privé, si ce n'est le seul, qui soit, jusqu'à présent, à l'abri de l'influence des normes constitutionnelles ainsi que de celle du droit communautaire ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme. Voici, également, un des rares domaines du droit civil qui n'ait pas fait l'objet d'une réforme législative d'envergure. Il est vrai que le droit des sûretés a connu quelques modifications législatives ponctuelles et qu'il a, également, subi l'influence indirecte des réformes du droit des procédures collectives, en 1985 puis en 1994, et des voies d'exécution, en 1991. Toutefois, le droit des sûretés n'a pas connu l'assainissement que certains auteurs, et notamment Christian Mouly ⁽¹⁾, appelaient de leurs vœux.

2. Est-ce à dire que le droit des sûretés constituerait une oasis de calme au milieu des bourrasques jurisprudentielles ou l'oeil du cyclone au sein d'un ouragan de réformes législatives ? Tel n'est pas le cas car le calme des flots n'est ici qu'une apparence trompeuse masquant l'affrontement de plusieurs courants contraires.

- D'un côté, le législateur a fait souffler un vent puissant mais à direction variable. Pendant bien des années, de 1804 jusqu'en 1984, il n'est guère intervenu si ce n'est pour perfectionner les sûretés existantes et les rendre plus adaptées aux besoins des créanciers : c'était l'époque de la multiplication des privilèges et des gages sans dépossession. Mais ensuite, à partir de 1984, les interventions législatives furent nombreuses et ont eu, au contraire, pour effet de restreindre l'efficacité des sûretés en faisant passer d'autres impératifs avant l'intérêt du créancier : la protection de la caution, celle de l'entreprise en difficulté ou bien encore celle du débiteur surendetté.

- D'un autre côté, la pratique a réagi et les créanciers ont alors cherché à utiliser toutes les ressources de la liberté contractuelle pour créer de nouvelles sûretés échappant, peu ou prou, à une réglementation

⁽¹⁾ Ch. Mouly, *Procédures collectives : assainir le régime des sûretés*, Etudes Roblot, LGDJ, 1984, p.529 s.

législative jugée par trop contraire à la sécurité des transactions. C'est ainsi qu'à côté des sûretés classiques, au régime juridique fort élaboré, des sûretés frustes ont fait leur apparition, ou leur réapparition car elles étaient parfois déjà connues du droit romain ⁽²⁾. Le législateur aurait, certes, alors pu s'y opposer mais, jusqu'à présent, il ne l'a pas fait de crainte que les établissements financiers ne ferment le robinet du crédit aux entreprises ⁽³⁾. Le résultat de ce défaut de réaction législative et de cet affrontement de vents contraires est que l'on constate aujourd'hui une grande diversification des garanties.

3. Mais ce n'est pas là le seul aspect de l'évolution récente du droit de crédit car cette diversification, issue d'une réaction de la pratique, semble susciter, à son tour, une contre-réaction. On observe ainsi, aujourd'hui, au sein notamment de la jurisprudence et de la doctrine, une volonté de montrer que, par delà la diversité, il existe des principes communs devant être respectés par l'ensemble des garanties. N'est-il pas symptomatique, à cet égard, que l'un des derniers ouvrages parus en librairie, concernant le droit des sûretés, ait pour titre « *Droit commun des sûretés réelles* » ⁽⁴⁾. Le phénomène ne se limite pas, cependant, à ces dernières et il est possible de mettre en évidence, au sein de l'ensemble des garanties, une recherche de l'unité (II) qui vient en contrepoint à leur diversification (I).

I - LA DIVERSIFICATION DES GARANTIES

4. Le phénomène de l'inflation des sûretés est bien connu et sa réalité sans cesse vérifiée car il n'est guère d'années où le législateur ne crée de nouveaux privilèges, ou de nouveaux gages, soit pour répondre aux besoins d'une catégorie particulière de sujets de droits ⁽⁵⁾, soit afin de prendre en compte l'apparition de nouvelles formes de richesses ⁽⁶⁾. Au demeurant, ces

⁽²⁾ B. Oppetit, *Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain*, Mél. D. Holleaux, Litec, 1990, p.317 s., spéc. p.321.

⁽³⁾ Bien au contraire, le plus souvent, les innovations de la pratique ont été consacrées par le législateur lui-même semblant ainsi douter du bien-fondé de ses intentions initiales. L'amélioration importante du sort des propriétés-garanties par la loi du 10 juin 1994 est un exemple flagrant de cet « auto-septicisme législatif ».

⁽⁴⁾ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, *Droit commun des sûretés réelles*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. Ghestin, LGDJ, 1996.

⁽⁵⁾ Ainsi, lors de la réforme du régime des copropriétés immobilières par la loi du 21 juillet 1994, les syndicats de copropriété se sont vus dotés d'un nouveau privilège sur le prix de vente d'un lot leur garantissant le paiement par le vendeur de ses charges de copropriété. De même, plus récemment, la loi du 5 juillet 1996, relative à la promotion du commerce et de l'artisanat, a créé le nantissement du fonds artisanal sur le modèle du nantissement de fonds de commerce.

⁽⁶⁾ Ainsi, la loi du 2 juillet 1996 a remplacé le vieux nantissement de valeurs mobilières par un moderne gage de compte d'instruments financiers qui, comme son nom l'indique,

nouvelles sûretés présentent toutes un point commun qui est d'utiliser des techniques préexistantes : les sûretés concernent de nouveaux objets ou profitent à de nouveaux sujets, mais il s'agit toujours des mêmes sûretés⁽⁷⁾. Si la diversification des garanties s'en était tenue là, son importance serait limitée. Mais, tel n'a pas été le cas et le phénomène le plus important de l'évolution récente du droit du crédit est très certainement l'apparition de nouvelles techniques juridiques de garantie du paiement des créances comme, par exemple, la garantie à première demande, les lettres d'intention, les sûretés négatives, la réserve de propriété ou la cession Dailly.

5. Cette recherche, par la pratique, de nouvelles formes de garanties résulte de la volonté de lutter contre deux dangers qui menacent le créancier muni d'une sûreté traditionnelle :

- d'une part, le risque de voir l'efficacité de sa sûreté remise en cause parce que, en raison de son caractère accessoire, elle subit l'attraction du régime juridique défavorable qui est applicable à la créance garantie;

- et, d'autre part, le risque de voir cette efficacité remise en question du fait de la préférence qui est parfois accordée par le législateur à d'autres créanciers du débiteur et, notamment, aux salariés de ce dernier ou au Trésor public⁽⁸⁾.

La recherche de nouvelles garanties résulte donc de la volonté d'échapper, d'une part, au caractère accessoire et, d'autre part, au risque de préférence. Face au caractère accessoire, les créanciers recherchent leur salut dans des garanties indépendantes (A). Face au risque de préférence, ils essayent de bénéficier de situations d'exclusivité (B).

à un domaine d'application plus vaste s'étendant aux nouvelles formes de titres négociés créées par la pratique. De même, la loi du 10 mai 1994 a permis de nantir les logiciels (art. L. 132-34 C. propr. intell.).

⁽⁷⁾ Ainsi, par exemple, le privilège du syndicat de propriété n'est qu'un privilège spécial immobilier et le nantissement d'instruments financiers demeure un gage même s'il a pour particularité d'avoir pour objet une universalité de fait et d'être assorti d'un droit de rétention dont l'objet est immatériel.

⁽⁸⁾ Rapp., montrant que l'accroissement du pouvoir de la volonté des parties répond à une aspiration à la simplicité et à l'efficacité des sûretés, M. Grimaldi, *Problèmes actuels des sûretés réelles*, Les Petites Affiches, 26 juin 1996, n°77, p.7 s.

A - L'INDEPENDANCE ET LE CARACTERE ACCESSOIRE

6. La doctrine considère en majorité⁽⁹⁾ que les sûretés sont des accessoires de la créance qu'elles garantissent. Cette affirmation traditionnelle semble bien étayée puisqu'elle repose sur au moins trois piliers :

- l'adjonction, tout d'abord, puisque la sûreté, de par la volonté du législateur, du juge ou des parties, vient s'ajouter (en latin, *accedere*) au contrat dont elle garantit la bonne exécution;

- l'affectation, ensuite, puisque la sûreté ayant pour finalité le paiement du créancier est affectée au service du principal, la créance;

- la subordination, enfin, car l'extinction de la créance étant la finalité de la sûreté, elle constitue également la mesure de son utilisation et le sort de la sûreté se trouve dès lors lié à celui de la créance.

Ainsi, la sûreté doit disparaître si la créance se trouve éteinte et le donneur de sûreté doit pouvoir opposer au créancier toutes les exceptions que le débiteur principal peut lui opposer. Tel est, du moins, le principe s'agissant des sûretés traditionnelles même si ce principe n'est pas toujours parfaitement respecté, notamment dans le cas du cautionnement⁽¹⁰⁾. Or, on constate aujourd'hui qu'à côté des sûretés accessoires traditionnelles se développent de nouvelles formes de garanties à la recherche de l'autonomie.

7. C'est au sein des garanties personnelles que ce phénomène est, sans doute, le plus perceptible et sa manifestation la plus connue en est la garantie à première demande. Il faut toutefois, observer que, dans sa forme initiale, issue de la pratique bancaire internationale, la garantie à première demande n'est pas, malgré les apparences, une véritable garantie indépendante. Elle est, comme l'avait montré Christian Mouly, le substitut

⁽⁹⁾ V., notamment, D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 1996, n°21; G. Marty, P. Raynaud et Ph. Jestaz, *Droit civil - Les sûretés - La publicité foncière*, Sirey, 2ème éd., 1987, n°3; Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil - Les sûretés - La publicité foncière*, Cujas, 8ème éd., 1997, n°2; J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, précités, n°326 s.; Ph. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, PUF, Coll. Droit fondamental, 1988, n°3.

⁽¹⁰⁾ Ainsi, la caution peut se prévaloir de la suspension des poursuites dont bénéficie le débiteur principal depuis la loi du 10 juin 1994, alors que la jurisprudence affirmait le contraire auparavant. En revanche, la même loi a fait perdre à la caution le bénéfice de l'arrêt du cours des intérêts qui lui était reconnu antérieurement par la jurisprudence. Tout ceci n'est guère cohérent !

de la constitution d'un dépôt de garantie⁽¹¹⁾ : la bonne exécution du contrat est garantie par un dépôt de garantie dont le versement n'est pas exigé immédiatement mais est, à son tour, garanti par la fourniture d'une garantie bancaire à première demande. Dès lors, le fait que la banque garante ait l'obligation de payer sans pouvoir opposer une exception née du contrat de base n'est pas une exception à la règle de l'accessoire mais se trouve simplement dû au fait que la banque ne garantit pas l'exécution du contrat mais le versement du dépôt de garantie. Cette explication permet de justifier à la fois le fait que la banque doit payer sans pouvoir se prévaloir d'une exception née de la mauvaise exécution du contrat, car l'existence de cette exception n'empêche pas le dépôt de garantie de devoir être versé, et le fait que la garante n'a pas à s'exécuter lorsque le bénéficiaire appelle la garantie alors qu'il est manifeste qu'il n'est pas le créancier du donneur d'ordre, car alors le dépôt de garantie n'a aucune raison d'être⁽¹²⁾.

8. La garantie à première demande constituerait, en revanche, une exception à la règle de l'accessoire si, par une inquiétante confusion des rôles⁽¹³⁾, la jurisprudence admettait qu'elle puisse être le substitut d'un cautionnement et garantir non pas le versement d'un dépôt de garantie mais l'exécution du contrat tout en bénéficiant de l'inopposabilité des exceptions. Une tendance en ce sens apparaît dans la pratique du fait du recours à la garantie à première demande en droit interne. Cependant, la jurisprudence semble très réticente à admettre une telle possibilité et elle considère, de manière très ferme, que toute référence à la dette du débiteur principal exclut la qualification de garantie à première demande⁽¹⁴⁾. Curieusement

⁽¹¹⁾ M. Cabrillac et Ch. Mouly, précités, n°431 s. Elle peut aussi être le substitut d'une retenue de garantie. Tel est le cas de la garantie à première demande en matière de marchés publics puisque selon l'art. 131 du Code des marchés publics, issu du décret du 15 décembre 1992, « la retenue de garantie peut être remplacée au gré du titulaire du marché par une garantie à première demande ou, si les deux parties en sont d'accord, par une caution personnelle et solidaire... ».

⁽¹²⁾ L'abus manifeste est assimilé dans la jurisprudence récente à une absence totale et évidente de droit : v. en ce sens Cass. com., 28 novembre 1995, RD bancaire et bourse 1996, p.58, obs. M. Contamine-Raynaud.

⁽¹³⁾ Ch. Mouly, *L'avenir de la garantie indépendante en droit interne français*, Mélanges A. Breton et F. Derrida, Dalloz, 1991, p.267 s.; M. Cabrillac et Ch. Mouly, *Droit des sûretés*, Litec, 4ème éd., 1997, n°471.

⁽¹⁴⁾ Cass. com., 13 décembre 1994, Bull. civ. IV, n°375; RTD com., 1995, p.458, obs. M. Cabrillac; D.1995, p.209, rapport H. Le Dauphin et note L. Aynès; JCP 1995, éd. G, I, 3851, n°11, obs. Ph. Simler; Cass. 1ère civ., 13 mars 1996, RD bancaire et bourse 1996, p.123, obs. M. Contamine-Raynaud; Cass. com., 11 mars 1997, Bull. civ. IV, n°67; Dalloz Affaires, 1997, p.472; RTD com., 1997, p.302, obs. M. Cabrillac; RD bancaire et bourse 1997, p.123, obs. M. Contamine-Raynaud. Cette jurisprudence limite la possibilité de recourir à une garantie à première demande en droit interne car, en pratique, « même indépendante, une garantie se réfère nécessairement à une obligation

⁽¹⁵⁾, la jurisprudence ne semble pas faire preuve de la même défiance à l'égard de la délégation certaine qui permet pourtant d'obtenir le même résultat et présente les mêmes risques de fraude au droit du cautionnement. La Cour de cassation a, en effet, admis, d'une part, que la délégation puisse exister même en l'absence de créance du délégant sur le délégué⁽¹⁶⁾ et, d'autre part, que, si les parties l'ont souhaité, le délégué ne peut opposer au délégataire les exceptions dont le délégant pouvait se prévaloir à l'égard de celui-ci⁽¹⁷⁾.

9. Au demeurant, même si l'on admettait, au nom de la liberté contractuelle, une forme de « cautionnement à première demande », cette garantie n'en deviendrait pas alors, pour autant, totalement indépendante de la dette du débiteur principal. En effet, si le droit d'exiger le paiement peut être rendu indépendant de la créance garantie, il n'en va pas de même du droit de conserver ce paiement⁽¹⁸⁾. Ainsi, la Cour de cassation a admis, dans le cas de la garantie à première demande⁽¹⁹⁾ que le montant de la garantie, payé par la banque garante, doit être restitué au donneur d'ordre si celui établit que le bénéficiaire « en a reçu indûment le paiement, par la preuve de l'exécution de ses propres obligations contractuelles, ou par celle de l'imputabilité de l'inexécution du contrat à la faute du cocontractant bénéficiaire de la garantie ou par la nullité du contrat de base, et ce sans avoir à justifier d'une fraude ou d'un abus manifeste, comme en cas d'opposition préventive à l'exécution de la garantie par le

principale ne serait-ce le plus souvent qu'en vue de déterminer le montant de la garantie », A. Cerles, *Le risque lié aux garanties*, Banque et droit, n°50, novembre-décembre 1996, p.10 s., spéc. p.12.

⁽¹⁵⁾ Rapp. M. Cabrillac et Ch. Mouly, précités, n°473-6.

⁽¹⁶⁾ Cass. com., 21 juin 1994, Bull. civ. IV, n°225; D.1995, Somm. p.91, obs. L. Aynès; JCP, éd. G., 1994, I, 3803, n°10, obs. M. Billiau; Defrénois, 1994, p.1468, obs. D. Mazeaud; RTD civ. 1995, p.113, obs. J. Mestre.

⁽¹⁷⁾ Il existe, certes, à ce propos, une divergence au sein des chambres de la Cour de cassation : selon Cass. 1ère civ., 17 mars 1992 (D.1992, p.481 s., note L. Aynès; JCP, éd. G., 1992, II, 21922, note M. Billiau), le délégué peut, sauf convention contraire, opposer au délégataire une exception tirée des rapports délégant-délégué tandis que, selon Cass. com., 25 février 1992 (JCP, éd. G., 1992, II, 21922, note M. Billiau), sauf clause contraire, le délégué ne peut pas opposer au délégataire une telle exception. La comparaison des deux arrêts montre, toutefois, qu'au minimum, l'engagement du délégué peut être autonome si les parties l'ont prévu.

⁽¹⁸⁾ Cette distinction a pu être faite pour expliquer le régime juridique du cautionnement à première demande en droit allemand : A. Rohmert, *Le cautionnement à première demande en droit allemand : une sûreté hybride*, RD bancaire et bourse 1994, p.122 s.; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 1996, n°329.

⁽¹⁹⁾ Un raisonnement similaire pourrait être effectué dans le cas de la délégation certaine car il n'y a pas de raison pour qu'une solution différente y soit retenue par la jurisprudence, la parenté entre les deux institutions étant unanimement reconnue.

garant»⁽²⁰⁾). La solution semble évidente mais encore faut-il en déterminer le fondement juridique. Or, ainsi que l'a montré M. Aynès, cette action en restitution ne peut être analysée ni en une action en répétition de l'indû, puisque le paiement était dû au créancier, ni en une action *de in rem verso* puisque le paiement avait une cause⁽²¹⁾. La justification ne peut en être trouvée que dans le fait que le bénéfice issu de la réalisation de la garantie doit être, *in fine*, à la stricte mesure de la créance garantie et ne saurait être une source d'enrichissement. Mais c'est bien là reconnaître que la garantie est subordonnée à la créance et que le lien d'accessoire à principal demeure sous-jacent là où on pouvait le croire totalement disparu.

10. Dans le cas des sûretés réelles, et plus particulièrement des sûretés réelles immobilières, un constat similaire peut être dressé : le caractère accessoire y est bien respecté mais la tentation de l'autonomie y est néanmoins présente même si elle ne répond pas au même besoin : alors que, dans le cas des sûretés personnelles, l'autonomie est recherchée pour éviter qu'une exception puisse être opposée au créancier par le garant, elle est ici souhaitée afin de limiter les frais de constitution de sûretés immobilières successives. En effet, le respect du caractère accessoire a pour conséquence que lorsqu'une créance hypothécaire est payée, l'hypothèque disparaît et que si le débiteur a de nouveau besoin d'utiliser son immeuble afin de garantir le paiement d'une autre créance, il lui est alors nécessaire de constituer une nouvelle hypothèque ce qui présente deux inconvénients : d'une part, l'obligation de payer à nouveau des frais d'inscription et, d'autre part, l'éventualité d'une perte de rang.

Pour éviter ces inconvénients et afin d'harmoniser le droit des sûretés au sein de la Communauté européenne, il a été proposé⁽²²⁾ à la Commission de l'Union européenne d'introduire dans le droit des Etats membres, par voie de règlement, une nouvelle forme de sûreté immobilière, inspirée de la dette foncière (*Grundschuld*) du droit allemand ou de la cédula hypothécaire du droit suisse. Cette nouvelle sûreté viendrait s'ajouter

⁽²⁰⁾ Cass.com., 7 juin 1994, Bull.civ. IV, n°202; RD bancaire et bourse 1994, p.181, obs. M. Contamine-Raynaud; Contrats, conc., consom., 1994, 193, obs. L. Leveneur; JCP, éd. G., 1994, I, 3807, n°15, obs. Ph. Simler et Ph. Delebecque.

⁽²¹⁾ Ph. Malaurie et L. Aynès, *Droit civil - Les sûretés - La publicité foncière*, Cujas, 8ème éd., 1997, n°345.

⁽²²⁾ La première tentative en ce sens a été effectuée par le «rapport Segré», en 1966, et l'idée a ensuite été reprise en 1987 par l'Union Internationale du Notariat Latin qui en a, à nouveau, évoqué l'éventualité lors de son XXIème congrès à Berlin en 1995 : O. Stöcker, *L'eurohypothèque, pionnier d'un marché intérieur du crédit hypothécaire*, Banque et droit, n°49, septembre-octobre 1996, p.14 s.; G. Chauvin, *Les techniques juridiques modernes de garantie et la pratique notariale*, in Rapports officiels du Notariat français au XXIème congrès de l'U.I.N.L., 1995, p.287 s., spéc. p.389 s.

à celles déjà existantes et les parties auraient ainsi le choix entre une hypothèque accessoire et une «eurohypothèque» indépendante.

Une telle modification du droit français aurait une grande importance théorique car c'est précisément en se référant à l'existence de la cédula hypothécaire ou de la dette foncière allemande que certains auteurs, comme M. Witz, considèrent que «il n'est pas de l'essence d'une sûreté d'être accessoire d'une créance; ce qui vaut en matière de sûretés personnelles vaut également dans le domaine des sûretés réelles»⁽²³⁾.

Encore faudrait-il, toutefois, que cette euro-hypothèque soit bien une garantie indépendante. Or, les projets en la matière ont évolué. Si le rapport Segré prenait initialement comme modèle la dette foncière allemande, ce qui aurait été la consécration d'une véritable sûreté non-accessoire⁽²⁴⁾, les

⁽²³⁾ Cf. Witz, *Réflexions sur la fiducie-sûreté*, JCP, éd.E., 1993, I, 244, p.232-233. Adde, du même auteur, *La fiducie-sûreté en droit français - chronique d'une réforme ajournée*, in Festschrift für Reinhold Trinkner, Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, Heidelberg, 1996. L'argumentation est forte et elle a le mérite d'imposer une meilleure délimitation de la question du caractère accessoire des sûretés. En effet, si l'on considère qu'il peut exister une définition universelle de la notion de sûreté, M. Witz a, alors, très certainement raison lorsqu'il affirme que le caractère accessoire n'est pas de l'essence d'une sûreté car la dette foncière allemande n'est pas une sûreté accessoire. Toutefois l'existence de cette dette foncière ne remet en cause le caractère accessoire des sûretés que dans la mesure où l'on admet qu'il existe une notion universelle de sûreté. Or, il est possible d'en douter. En effet, il ne faut pas perdre de vue que toute réflexion sur la notion de sûreté, ou sur celle de garantie, repose sur un mécanisme de déduction par induction et ne peut guère être menée qu'à partir des mécanismes juridiques que le législateur, la jurisprudence et la doctrine s'accordent à considérer, à un moment donné et dans un droit donné, comme étant des sûretés ou de simples garanties. Il ne semble donc pas possible d'affirmer, de manière parfaitement générale, que le caractère accessoire est ou n'est pas de l'essence d'une sûreté ou d'une garantie. Tout au plus peut-on se demander si, à l'heure actuelle, le caractère accessoire est ou non un trait commun des mécanismes considérés *a priori* comme étant des sûretés en droit français. Si on limite ainsi la portée de la question du caractère accessoire des sûretés, la référence faite par M. Witz à l'existence de la cédula hypothécaire ou à la dette foncière cesse d'être opérante en dépit de son grand intérêt : le fait que le législateur français soit intervenu pour consacrer l'existence d'une garantie autonome (la cédula hypothécaire fut créée par la loi du 9 messidor an III), puis pour l'abandonner (loi du 11 brumaire an VII) n'est pas de nature à remettre en cause l'affirmation suivant laquelle les sûretés présentent, aujourd'hui, en droit français un caractère accessoire et il en va de même du fait que le législateur allemand admette l'existence d'une sûreté autonome. Il en irait, bien sûr, différemment si une eurohypothèque similaire à la dette foncière était introduite en droit français.

⁽²⁴⁾ En droit allemand, la dette foncière est, selon le § 1192 BGB, une sûreté qui est indépendante de la créance qu'elle garantit : il s'agit d'un droit réel qui donne à son titulaire le droit de faire vendre un immeuble afin d'obtenir le paiement d'une certaine somme d'argent mais ce droit peut être créé même si la créance à garantir n'existe pas et

travaux plus récents de l'Union International du Notariat latin préconisent, eux, une référence à la cédula hypothécaire suisse. Or, si la cédula hypothécaire et la dette foncière ont en commun de pouvoir continuer à exister après le paiement de la créance garantie, le mécanisme de la cédula hypothécaire ne repose pas, lui, sur la négation du lien existant entre le droit réel et la créance. En Suisse, lorsqu'un propriétaire entend garantir le paiement d'une créance par une cédula hypothécaire, il doit en requérir l'inscription au registre foncier et le conservateur délivre alors au créancier une cédula hypothécaire c'est-à-dire un titre (un « papier-valeur ») dans lequel est incorporée une créance personnelle garantie par un gage immobilier. Cette nouvelle créance résultant de la cédula prend alors la place de l'ancienne (art. 855 C.civ. suisse). Ceci a pour conséquence que l'existence d'un lien entre un droit réel et une créance garantie n'est pas véritablement remise en cause puisque, au contraire, la créance nouvelle et le gage immobilier « forment un tout indissociable »⁽²⁵⁾. Lorsque la dette est payée, le créancier doit remettre le titre au débiteur (art. 873 C.civ. suisse) qui a, alors, le choix entre la radiation de l'inscription, qui fait disparaître la cédula hypothécaire, et son maintien, ce qui lui permet d'utiliser à nouveau cette cédula en garantie du remboursement d'un autre crédit (art. 863 C.civ. suisse). Il apparaît donc que si, dans cette dernière hypothèse, la cédula survit au paiement, ce n'est pas en raison d'une exception au caractère accessoire mais cela est dû au fait que le débiteur devient possesseur du titre constatant la créance sans que celle-ci soit éteinte par confusion⁽²⁶⁾. L'introduction d'une « euro-hypothèque » sur le modèle de la cédula hypothécaire ne serait donc pas une véritable exception à la règle de l'accessoire.

il ne disparaît pas lorsque cette créance est payée. Ainsi, par exemple, lorsqu'un propriétaire d'immeuble, ayant constitué une dette foncière pour garantir le paiement d'une dette personnelle, a payé cette dernière, la dette foncière ne disparaît pas pour autant : elle peut être transférée à ce propriétaire par simple inscription au livre foncier (rapp. le § 1196 BGB selon lequel une dette foncière peut être constituée au profit du propriétaire lui-même) ce qui permet de l'utiliser aisément pour ultérieurement garantir le remboursement d'une autre dette personnelle (v. le régime de la dette foncière in J. Bärmann, *Les garanties de crédit en droit allemand*, La Documentation Française, 1978, p. 184 s.). La dette foncière est donc bien un exemple de sûreté non-accessoire.

⁽²⁵⁾ P.H. Steinauer, *Les droits réels*, tome III, Précis de droit Staempfli, Berne, 2ème éd., 1996, n°2931. Si une exception au caractère accessoire devait être admise ici, ce serait non pas parce que le lien entre la créance et la sûreté est distendu mais, bien au contraire, parce qu'il est renforcé au point qu'il devient impossible de distinguer l'un et l'autre. En ce sens, la cédula hypothécaire présente un point commun avec la réserve de propriété et l'on sait que ceci n'a pas empêché la Cour de cassation de qualifier la réserve de propriété d'accessoire de la créance du vendeur.

⁽²⁶⁾ Un phénomène identique se produit en droit français lorsque le tiré d'une lettre de change en devient porteur avant l'échéance de celle-ci.

11. Il apparaît donc que, si l'abandon du caractère accessoire est bien une des tendances de la diversification des garanties du paiement, aussi bien en matière de sûretés réelles que de sûretés personnelles, le droit actuel en demeure, toutefois, au stade de la tentation : d'une part, l'autonomie n'est pas totale au sein des nouvelles garanties personnelles et, d'autre part, l'autonomie n'est pas véritable au sein de la future sûreté réelle européenne telle qu'elle semble aujourd'hui envisagée⁽²⁷⁾. S'agissant de l'autre tendance de la diversification des garanties, la recherche de l'exclusivité au lieu de la préférence, il n'en va pas de même. Le pas a été allègrement franchi et les garanties fondées sur l'exclusivité prennent une importance toujours plus grande.

B - L'EXCLUSION ET LA PREFERENCE

12. Pendant fort longtemps le droit des sûretés réelles a reposé sur une logique de classement : les sûretés venaient rompre l'égalité existant entre les créanciers du débiteur en conférant à certains d'entre eux un droit de préférence et il incombait au législateur de classer les créanciers munis de sûreté en fonction de leurs mérites ou de la politique du crédit qu'il entendait poursuivre. Cette conception du droit des sûretés, bien que l'on en trouve encore des exemples législatifs⁽²⁸⁾, se trouve aujourd'hui profondément remise en cause par le développement de situations juridiques dans lesquelles le créancier se trouve en mesure, non plus seulement d'être préféré aux autres créanciers avec lesquels il vient en concours, mais d'exclure purement et simplement un tel concours. Ces situations d'exclusivité peuvent être regroupées en deux catégories présentant chacune des caractéristiques spécifiques.

13. La première catégorie est celle des « situations d'exclusion positive » regroupant les propriétés-garanties, la délégation, la saisie-attribution et l'action directe, lesquelles présentent au moins trois points communs.

Tout d'abord, ces mécanismes confèrent à leurs bénéficiaires un droit d'agir qui leur permet d'échapper au concours des autres créanciers et aux conséquences néfastes que peut avoir pour un créancier la mise en

⁽²⁷⁾ Rapp. l'affirmation effectuée par MM. Mestre, Putman et Billiau, selon lesquels le droit positif « ne se montre pas tout à fait insensible à cette autre idée, que si le caractère accessoire est de la nature de la sûreté, il n'est peut-être pas de son essence : la dépendance à l'égard de la créance garantie n'interdit pas la reconnaissance d'une certaine autonomie » : J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, précités, n°329.

⁽²⁸⁾ L'exemple typique d'une telle œuvre de classement se trouve dans l'art. 40 de la loi du 25 janvier 1985 modifié en 1994 afin de restaurer l'efficacité de l'hypothèque en cas de liquidation judiciaire, la politique législative ayant changé entre temps.

redressement ou en liquidation judiciaire de son débiteur. Cela est bien connu s'agissant de l'action directe du sous-traitant ainsi que dans le cas des propriétés-garanties dont l'efficacité a été considérablement renforcée par la loi du 10 juin 1994. Cela est vrai également, d'une part, dans le cas de la saisie-attribution, puisqu'elle permet, par exemple, à un créancier, dont la créance est née après l'ouverture de la procédure collective, d'échapper au classement énoncé par l'art. 40 de la loi du 25 janvier 1985⁽²⁹⁾ et de l'emporter sur le super-privilege des salariés⁽³⁰⁾, et, d'autre part, dans le cas de la délégation, puisque la jurisprudence a énoncé que l'engagement du délégué fait naître au profit du délégataire un droit exclusif de recevoir le paiement qui ne peut pas être mis en échec par une action en paiement exercée par le délégué ou par les créanciers de ce dernier⁽³¹⁾.

Ensuite, le développement de ces mécanismes est le plus souvent dû à une réforme législative récente. Ainsi, le rôle de garantie de l'action directe a été mis en évidence par la loi du 31 décembre 1975 qui en a conféré le bénéfice au sous-traitant. De même, l'efficacité de la saisie-attribution est aujourd'hui le résultat de la réforme des procédures civiles d'exécution par la loi du 9 juillet 1991 qui lui a conféré un effet attributif immédiat. Enfin, l'essor des propriétés-garanties procède de la loi du 2 juillet 1966, dans le cas du crédit-bail, de la loi du 12 mai 1980, dans le cas de la réserve de propriété, et des lois des 2 janvier 1981, 31 décembre 1993 et 2 juillet 1996 dans le cas de la fiducie-sûreté.

Enfin, les conflits entre les bénéficiaires de telles situations sont, de manière générale⁽³²⁾, réglés par application de la règle «*prior tempore...*», le législateur n'ayant pas, le plus souvent⁽³³⁾, soumis leur opposabilité à une condition de publicité.

⁽²⁹⁾ Cass.com., 25 juin 1996, D.1996, p.616, note F. Derrida.

⁽³⁰⁾ Cass.com., 11 février 1997, Bull.civ. IV, n°49; RD bancaire et bourse 1997, p.78, obs. M.J. Campana et J.M. Calendini; Cass.com., 3 juin 1997, Dalloz Affaires, 1997, p.1082 s. L'effet de cette jurisprudence se trouve cependant limité par l'insaisissabilité contestable des fonds déposés à la Caisse des dépôts et consignations: Cass.com., 22 avril 1997, Bull.civ. IV, n°104; D.1997, p.371, note crit. F. Derrida; RD bancaire et bourse 1995, p.135 s., obs. crit. M.J. Campana et J.M. Calendini.

⁽³¹⁾ Cass.com., 16 avril 1996, Bull.civ. IV, n°120; D.1996, Som. p. 333, obs. L. Aynès; D.1996, p.571 s., note Ch. Larroumet; Defrénois, 1996, p.1018, obs. D. Mazeaud.

⁽³²⁾ Une exception doit être faite dans le cas de l'action directe qui est reconnue au sous-traitant par la loi du 31 décembre 1975 puisque celle-ci lui permet de l'emporter sur le banquier auquel l'entrepreneur principal a cédé sa créance sur le maître de l'ouvrage et cela, même si le contrat de sous-traitance est postérieur à la cession (Cass.com., 26 avril 1994, Bull.civ. IV, n°152), et même si le banquier a, déjà, été payé par le maître de l'ouvrage (Cass.com., 16 mai 1995, Bull.civ. IV, n°141; RTD civ. 1995, p.937 s.).

⁽³³⁾ Il faut ici réserver le cas du contrat de crédit-bail depuis l'entrée en vigueur du décret du 4 juillet 1972. En revanche, la publicité de la réserve de propriété, prévue par

14. La seconde catégorie de situations d'exclusivité est celle des «situations d'exclusion négative» regroupant le droit de rétention et la compensation lesquels présentent des caractéristiques opposées aux précédentes.

Tout d'abord, s'il est vrai que ces mécanismes permettent à leur bénéficiaires d'être à l'abri des vicissitudes des procédures collectives, ils ne leur confèrent pas, pour autant, un droit d'agir mais, au contraire, un simple pouvoir de dire non: refuser le paiement d'une créance en invoquant une exception de compensation ou refuser la restitution d'un bien en invoquant un droit de rétention.

Ensuite, ces mécanismes sont anciens et le développement de leur rôle de garantie est pour l'essentiel dû à la jurisprudence qui, sous condition de connexité, a admis, d'une part, que le droit de rétention puisse être opposé sans texte et, d'autre part, que la compensation puisse être invoquée en dépit de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'un des débiteurs.

Enfin, l'application de la règle «*prior tempore*» ne remet pas en cause leur efficacité en cas de conflit avec le bénéficiaire d'une situation d'exclusion positive. Ainsi, le bénéfice de la clause de réserve de propriété peut se trouver paralysé lorsque le bien objet de la vente a été, *a posteriori*, confié par l'acheteur à un tiers qui n'étant pas payé exerce un droit de rétention sur le bien⁽³⁴⁾. De même, le bénéficiaire d'une cession Dailly peut se voir opposer, par le débiteur cédé, une exception de compensation dont les conditions n'ont été réunies qu'après la notification de la cession à la condition, toutefois, que les créances soient connexes⁽³⁵⁾.

15. Par delà ces divergences, ces diverses situations d'exclusivité ont, cependant, pour point commun de connaître un développement considérable qui tend à reléguer les sûretés traditionnelles, fondées sur un droit de préférence, au magasin des accessoires poussiéreux. Ce phénomène, joint à la recherche de garanties autonomes, montre à quel point aujourd'hui les garanties de paiement se sont diversifiées au point de faire perdre sa logique

la loi du 10 juin 1994 et son décret d'application du 21 octobre 1994, n'est pas requise à peine d'inopposabilité.

⁽³⁴⁾ Cass.com., 3 octobre 1989, Bull.civ. IV, n°244.

⁽³⁵⁾ Cass. Com., 15 juin 1993, D. 1993, p. 495 s., note Ch. Larroumet; Cass.com., 29 novembre 1994, Bull.civ. IV, n°352; RTD.com., 1995, p.456, obs. M. Cabrillac; Banque, février 1995, n°556, p.91, obs. J.L. Guillot; Cass.com., 4 avril 1995, Bull.civ. IV, n°112.

au droit du crédit. Mais, parallèlement, l'examen de la jurisprudence montre qu'il existe aussi une recherche de l'unité au sein de ces différentes garanties et donc un reste de cohérence au sein du droit du crédit.

II - LA RECHERCHE DE L'UNITE

16. La diversification des garanties est essentiellement une œuvre de créanciers car la création de nouvelles garanties est, dans la majeure partie des cas, l'œuvre de la pratique même si, ultérieurement, leur existence a été reconnue par le législateur ou consacrée par la jurisprudence. Le danger de ces nouvelles garanties est, de ce fait, qu'elles ne répondent qu'aux seuls besoins des créanciers et qu'elles négligent la nécessaire protection de celui qui a consenti la garantie. Ce danger ne doit, cependant, pas être surestimé car la comparaison des différentes garanties montre l'existence de principes communs qui protègent le donneur de garantie, d'une part, lors de la constitution de celle-ci (A) et, d'autre part, lors de sa réalisation (B).

A - LA PROTECTION DU DONNEUR DE GARANTIE LORS DE LA CONSTITUTION DE CELLE-CI

17. A l'occasion de la constitution de la garantie, la protection de celui qui la consent est assurée par le respect de deux règles communes.

18. La première règle est celle de la subsidiarité des sûretés constituées pour garantir le remboursement d'un concours financier accordé à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle lorsque ces sûretés ont pour objet des biens non nécessaires à l'exploitation, dans le cas des sûretés réelles, ou lorsqu'elles sont consenties par des personnes physiques, dans le cas des sûretés personnelles.

En effet, selon l'art. 60-1 de la loi du 24 janvier 1984, les établissements financiers ne peuvent recourir à de telles sûretés que si, d'une part, ils ont informé le chef d'entreprise de ce qu'il a la possibilité de proposer d'abord une garantie sur les biens nécessaires à l'exploitation de l'entreprise et si, d'autre part, il apparaît que l'entrepreneur individuel est dans l'incapacité de fournir une garantie suffisante sur de tels biens.

Ce principe de subsidiarité est susceptible d'être appliqué aux garanties nouvelles à la condition que celles-ci puissent être qualifiées de sûreté⁽³⁶⁾. Il pourrait ainsi, par exemple, en être fait application aussi bien dans le cas de l'aliénation fiduciaire d'un bien sans rapport avec

⁽³⁶⁾ J. Mestre, E. Putman et M. Billiau, précités, n°211.

l'exploitation que dans l'hypothèse d'une garantie à première demande consentie par le conjoint de l'entrepreneur.

Un obstacle pratique demeure toutefois dans ce dernier cas car, qu'il s'agisse de garantie à première demande ou de cautionnement, le non-respect de l'art. 60-1 n'est pas sanctionné lorsque le garant est une personne physique autre que l'entrepreneur individuel. En effet, ce texte se contente d'affirmer que l'établissement de crédit qui n'a pas respecté le principe de subsidiarité ne peut se prévaloir de la sûreté personnelle dans ses relations avec l'entrepreneur individuel ce qui, *a contrario*, lui laisse la possibilité de s'en prévaloir à l'encontre d'un tiers, peu important que celui-ci ait la qualité de caution ou de garant à première demande⁽³⁷⁾.

19. La protection de ce dernier ne pourra alors être assurée que par l'application d'une seconde règle commune aux garanties personnelles, celle de l'art. 1326 C. civ., transformée par la jurisprudence en une règle de preuve⁽³⁸⁾ ayant pour finalité de protéger la caution non-commerçante contre un engagement dont elle n'aurait pas perçu toute la portée. Il est particulièrement intéressant, à cet égard, que la Cour de cassation ait expressément reconnu, comme l'on pouvait s'y attendre, que ce texte était applicable à la garantie à première demande⁽³⁹⁾.

Cette application de l'exigence de la formule manuscrite ne devrait guère soulever de difficulté dans le cas de la garantie à première demande, ou de la délégation certaine, ayant pour objet le paiement d'une somme déterminée si ce n'est qu'il serait logique d'exiger alors du garant qu'il fasse référence dans la mention manuscrite à la règle de l'inopposabilité des exceptions afin d'être sûr qu'il a été informé de la nature et de la portée de son engagement⁽⁴⁰⁾.

⁽³⁷⁾ V. Ch. Mouly, Ph. Neau-Leduc, Ph. Pétel et Th. Revet, *Aperçu rapide sur la loi «Initiative et entreprise individuelle» n°94-126 du 11 février 1994*, JCP 1994, éd.G, n°13-14, Actualités.

⁽³⁸⁾ Une exception doit, toutefois, être faite dans le cas du cautionnement d'un crédit à la consommation (art. 313-7 et 313-8 C. consom.) ou d'un bail d'habitation (art. 22-1 al. 2, loi du 6 juillet 1989 modifiée par la loi du 21 juillet 1994) où la mention manuscrite est exigée à peine de nullité du cautionnement.

⁽³⁹⁾ Cass.com., 22 octobre 1996, Dalloz Affaires, 1996, p.1412 s.; RTD civ. 1997, p.183 s., obs. M. Bandrac. V., déjà, implicitement en ce sens, Cass.com., 10 janvier 1995, D.1995, p.201 s., note L. Aynès; JCP 1995, éd.G, II, 22397, note M. Billiau; JCP 1995, éd.G, I, 3851, n°12, obs. Ph. Simler. Contra : Grenoble, 9 septembre 1996, JCP 1997, éd.G, I, 4033, n°10, obs. crit. Ph. Simler.

⁽⁴⁰⁾ En ce sens, v. M. Cabrillac et Ch. Mouly, précités, n°470-1. Adde, affirmant qu'une mention manuscrite est insuffisante lorsqu'elle «ne précise pas en quoi la garantie autonome diffère du cautionnement et qu'il n'est pas établi que le souscripteur de la garantie ait été informé qu'il ne pouvait opposer aucune des exceptions appartenant au

Elle serait surtout intéressante si une forme de cautionnement indéterminé à première demande devait un jour être admise par la jurisprudence au nom de la liberté contractuelle ⁽⁴¹⁾. La transposition des solutions jurisprudentielles énoncées en matière de cautionnement permettrait alors de protéger le donneur de garantie.

20. De la même manière, la transposition des principes généraux applicables aux sûretés traditionnelles permet également de protéger le donneur de garantie lors de la réalisation de celle-ci

B - LA PROTECTION DU DONNEUR DE GARANTIE LORS DE LA REALISATION DE CELLE-CI

21. Si l'importance de l'extension aux garanties nouvelles de principes généraux issus des sûretés traditionnelles se fait plus particulièrement ressentir en matière de garanties personnelles lorsqu'il s'agit de protéger le donneur de garantie à l'occasion de la constitution de la garantie, à l'inverse, cette même extension revêt davantage d'importance dans le cas des garanties réelles lorsque ladite protection est recherchée à l'occasion, non plus de la constitution, mais de la réalisation de la garantie.

Le risque qui est alors encouru par le donneur de garantie est celui d'être spolié soit parce que la propriété du bien, objet de la garantie, est attribuée au créancier alors que la valeur de ce bien est supérieure au montant de la dette restant due, soit parce que la vente du bien ne permet d'obtenir qu'un prix très faible, bien inférieur à la valeur réelle de celui-ci.

22. La lutte contre le premier danger est assurée, au sein des sûretés réelles traditionnelles, par l'interdiction du pacte comissoire. Celle-ci trouve son fondement dans le caractère accessoire de la sûreté qui veut que le créancier ne puisse pas obtenir par la mise en œuvre de la sûreté plus que ce que lui donnerait le paiement intégral de la dette. C'est pour cette raison que l'attribution du gage est soumise à une estimation du bien et à un contrôle du juge.

débiteur du contrat», Paris, 5 février 1992, D.1993, Som. p.107, obs. M. Vasseur. Rapp., mettant à la charge de l'établissement de crédit une obligation spécifique d'information lorsque le garant n'est pas un professionnel, Paris, 16 avril 1996, Dalloz Affaires, 1996, p.774 s. (v., contra, dans le cas d'un professionnel, Cass.com., 26 janvier 1993, D.1995, Som. p.14 s., obs. M. Vasseur).

⁽⁴¹⁾ V., en faveur de la validité du cautionnement à première demande, D. Legais, précité, n°325 s. Rapp. M. Contamine-Raynaud, obs. sous Cass. 1ère civ., 18 mars 1997, RD bancaire et bourse 1997, p.123 s.

Ayant sa raison d'être au sein même de la notion de sûreté, cette prohibition a vocation à être appliquée aux sûretés nouvelles. Toutefois, dans le cas des sûretés fondées sur la propriété, il n'est, bien sûr, pas question d'interdire au créancier de se voir attribuer la propriété d'un bien qui est déjà le sien et l'application de la règle suppose une adaptation de celle-ci. Cette application, par analogie, de la prohibition du pacte comissoire aura ici pour conséquence que le créancier ne pourra pas conserver la propriété du bien qui lui a été donnée en garantie sans que ce bien soit évalué et sans payer au débiteur la différence entre la valeur du bien et le montant de la dette restant due si cette valeur est supérieure à ce montant. Telle est, d'ailleurs, la solution retenue, en matière de réserve de propriété, par un arrêt rendu par la Chambre commerciale de la Cour de cassation le 5 mars 1996 ⁽⁴²⁾.

Il faut, toutefois, ici remarquer que la prohibition du pacte comissoire et la nécessité d'une évaluation du bien n'ont de sens que dans la mesure où le bien n'a pas, en soi, une valeur déterminée. C'est ce qui explique que lorsque le bien est une somme d'argent ou un instrument financier quelconque ayant une valeur aisément déterminable, par exemple au moyen d'une cotation, la prohibition du pacte comissoire n'a pas de raison d'être : la valeur du bien et celle de la dette restant due sont parfaitement déterminées en cas de défaillance du débiteur et l'opération peut, donc, se dénouer par une simple compensation. Ceci a été admis à la fois par le législateur, dans les lois du 31 décembre 1993 et du 2 juillet 1996, à propos des aliénations fiduciaires à titre de garantie de sommes d'agents, de titres ou d'effets, et par un arrêt de la Chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 9 avril 1996, à propos du gage ayant pour objet des espèces ⁽⁴³⁾.

23. Le second risque de spoliation encouru par le donneur de garantie est également lié au mode de réalisation de celle-ci. En matière de sûretés réelles traditionnelles, les rédacteurs du Code civil avaient exigé la vente aux enchères publiques du bien en pensant que celle-ci était le meilleur moyen d'obtenir un prix qui corresponde le plus possible à la valeur réelle du bien. Or il apparaît, aujourd'hui, qu'il n'en est rien en pratique ce qui est, notamment, dû au fait que la mise à prix du bien est fixée par le créancier lequel, souvent, ne retient qu'un prix correspondant à la dette qui lui reste due afin d'être sûr que le bien soit vendu et que sa créance soit payée de ce

⁽⁴²⁾ Cass.com., 5 mars 1996, Bull.civ. IV, n°72; JCP 1996, éd.G, I, 3960, n°11, obs. M. Cabrillac; RTD.civ. 1996, p.443.

⁽⁴³⁾ Cass.com., 9 avril 1996, Dalloz Affaires, 1996, p. 712; RD bancaire et bourse 1996, p.117, obs. F. J. Crédot et Y. Gérard; RTD.civ. 1996, p. 669; D.1996, p.399 s., note Ch. Larroumet.

fait. Le donneur de garantie risque fort, alors, d'être spolié si les enchères ne montent pas. Ce danger est, toutefois, pris en compte depuis quelques années car il est possible de constater l'émergence, en droit du crédit, d'un nouveau principe général selon lequel le débiteur a le droit, avant la vente aux enchères publiques, de rechercher lui-même un acquéreur du bien, la vente à l'amiable s'avérant plus protectrice des intérêts du donneur de garantie en ce qu'elle permet, en pratique, d'obtenir un prix de vente supérieur. Bien que ce principe tende à être applicable aux sûretés réelles traditionnelles comme aux garanties nouvelles, son émergence est cependant atypique car, à l'inverse des règles générales précédemment envisagées, il est, d'abord, apparu au sein des garanties nouvelles avant de s'étendre, ensuite, aux sûretés réelles traditionnelles.

C'est, en effet, en matière de crédit-bail à la consommation qu'un décret du 21 mai 1987 a, pour la première fois, affirmé que «*le locataire a la faculté, dans le délai de trente jours à compter de la résiliation du contrat, de présenter au bailleur un acquéreur faisant une offre écrite d'achat*»⁽⁴⁴⁾.

Ensuite, cette règle a connu une consécration législative lors de la réforme des procédures civiles d'exécution qui en a fait un principe général applicable à toutes les ventes forcées de meubles corporels (art. 52, al. 2, L. 9 juillet 1991). C'est donc fort logiquement que la Cour de cassation a, alors, appliqué ce principe au gage du vendeur à crédit de véhicule automobile, transposant ainsi à une sûreté réelle traditionnelle une règle née au sein du régime du crédit-bail. Ainsi, la Haute juridiction a affirmé, dans un avis rendu le 5 mai 1995⁽⁴⁵⁾, que la réforme des procédures civiles d'exécution avait tacitement abrogé l'art. 93 C. com. et que, de ce fait, le débiteur bénéficiait d'un délai d'un mois pour rechercher un acquéreur à l'amiable de son véhicule.

Enfin, l'extension du domaine d'application de cette règle a été, un temps, envisagée puisque lors de la discussion d'une proposition de loi visant à améliorer la situation du débiteur surendetté, en cas de saisie de son logement, le Sénat avait introduit en première lecture, le 12 décembre 1996⁽⁴⁶⁾, un article additionnel qui accordait un délai de six mois au débiteur, à compter de la signification du commandement de saisie, pour procéder à la

⁽⁴⁴⁾ Afin d'assurer toute son efficacité à cette disposition, la Cour de cassation a qualifié d'abusives la clause obligeant le locataire à restituer immédiatement le véhicule loué ce qui le prive, dans les faits, de la possibilité de rechercher un acquéreur : Cass. 1^{ère} civ., 6 janvier 1994, Bull. civ. I, n°8.

⁽⁴⁵⁾ Cass., Avis, 5 mai 1995, Bull. civ., n°4; RTD. civ. 1996, p.203.

⁽⁴⁶⁾ BIRS, n°652, 16 décembre 1996, p.18 s.

vente amiable du bien. Cet article a, cependant, été supprimé par l'Assemblée nationale le 12 mars 1997 lors de l'examen de cette proposition en deuxième lecture, au motif que le débiteur surendetté est suffisamment protégé par la pratique des établissements de crédit incitant le débiteur à procéder à une vente amiable de son bien avant de diligenter une procédure de saisie immobilière⁽⁴⁷⁾. Cet argument, joint à la possibilité donnée au débiteur de demander au juge la conversion de la saisie immobilière en vente volontaire, a convaincu la Commission des lois du Sénat⁽⁴⁸⁾. Il apparaît donc que si cette règle, applicable aux garanties nouvelles comme aux sûretés réelles mobilières traditionnelles, n'est pas étendue aux sûretés immobilières lors de l'adoption prochaine de cette proposition de loi, ce n'est pas en raison d'une remise en cause de son bien fondé mais cela est dû au fait qu'elle est déjà respectée en pratique. Il demeure donc possible d'y voir un principe général du droit du crédit.

24. Que le mouvement se fasse ainsi des garanties nouvelles vers les sûretés traditionnelles, ou dans le sens inverse, comme c'est le plus souvent le cas, le constat semble donc devoir être le même : l'unité des règles protectrices se fait progressivement face à la diversification des garanties !

⁽⁴⁷⁾ B.A.N., n°114, 19 mars 1997, p.8 s. La Commission des lois de l'Assemblée nationale a, de plus, considéré que le délai de six mois présentait l'inconvénient d'être générateur de frais pour le débiteur, sa dette étant productive d'intérêts : v. le rapport de M. Bignon, Doc. A.N., n°3330, p.6 et 7. En outre, on peut observer que le débiteur voit sa protection déjà renforcée par la possibilité de contester le montant de la mise à prix de l'immeuble pour cause d'insuffisance manifeste (art. 2 de la proposition de loi modifiant l'art. 690 de l'ancien Code de procédure civile).

⁽⁴⁸⁾ V. le rapport de M. Hyest, fait au nom de la Commission des lois du Sénat, Doc. Sénat, n°325, p.6.

Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur

par Jérôme François

Professeur à l'Université René Descartes (Paris V)

L'ESSENTIEL

L'opération de cautionnement est assise sur une relation sous-jacente, celle du débiteur et de la caution, dont l'analyse juridique est incertaine. Le présent article envisage les différents aspects du problème et en particulier la question de savoir si le consentement du créancier est indispensable à la formation du contrat de cautionnement. Celui-ci peut-il être conclu par le débiteur au profit du créancier ?

1 - Le cautionnement est légalement défini comme le contrat par lequel la caution s'engage à payer le créancier si le débiteur principal ne le fait pas lui-même (art. 2011 c. civ.). Si cette définition est trop connue pour que l'on y insiste, il reste que le cautionnement n'est pas un contrat ordinaire, parce que, à l'image de toutes les sûretés personnelles, il s'inscrit dans un contexte triangulaire. Le troisième personnage intéressé par cette figure n'est autre que le débiteur principal. Cette dimension triangulaire de l'opération de cautionnement n'a d'ailleurs pas échappé à l'attention de la doctrine.

On s'est ainsi interrogé sur l'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement (1). La question est centrale, qui préside par exemple aux débats relatifs au caractère gratuit ou onéreux du cautionnement, à la définition de la cause de l'engagement de la caution ou à l'appréciation de son caractère civil ou commercial. Toutefois, cette question en dissimule une autre qui, à certains égards, en représente le préalable. Il s'agit de déterminer la nature juridique de la relation qui s'instaure entre la caution et le débiteur. A la vérité, la difficulté est inégale. Il faut distinguer selon que le cautionnement est souscrit à l'insu ou à la demande du débiteur principal.

On sait en effet que la caution peut s'engager envers le créancier de sa propre initiative, sans que le débiteur ne l'ait sollicitée (art. 2014, al. 1er, c. civ.). Dans ce cas, le débiteur n'a aucun rôle dans le processus de la formation de l'opération. Corrélativement, sa relation avec la caution relève nécessairement d'une qualification extra-contractuelle. On lui applique généralement celle de gestion d'affaires. Certes, cette analyse peut être contestée, parce que, appliquée aux actes juridiques, la gestion d'affaires est une technique de représentation sans mandat, alors que, comme on le verra, la caution, lorsqu'elle s'oblige envers le créancier, ne représente pas le débiteur (2). Toutefois, la controverse est passablement théorique. En effet, elle se rapporte au recours personnel de la caution contre le débiteur. Or, l'art. 2028, al. 1er, c. civ. lui accorde précisément un tel recours qu'elle se soit engagée « au su ou à l'insu du débiteur ». Cette disposition, qui se suffit à elle-même, et qui se justifie par la

considération que le cautionnement est utile au débiteur dont il conforte le crédit, prive d'intérêt concret la discussion relative à l'existence d'une gestion d'affaires (3).

Cela dit, tous les auteurs constatent qu'il est bien rare que la caution s'engage à l'insu du débiteur principal. En pratique, ce dernier joue un rôle de pivot dans la mise en place de la garantie. Celle-ci se déroule généralement en trois étapes. Dans la première, le créancier demande au débiteur principal de lui procurer l'engagement de garantie d'une caution. Dans la seconde, le débiteur principal sollicite l'engagement de la caution. Dans la troisième, celle-ci accepte de délivrer la garantie au créancier. La conclusion du contrat de cautionnement suppose donc, en pratique, un accord préalable entre le débiteur principal et la caution, par définition constitutif d'un contrat. Cette face cachée du cautionnement est un redoutable facteur de complexité, car il ne suffit pas de constater l'existence de la relation contractuelle sous-jacente. Il faut encore tenter de la qualifier.

2 - Cette recherche, précisément, se révèle malaisée. Les hésitations doctrinales en témoignent. Ainsi, alors que les auteurs lui assignaient classiquement la nature d'un mandat, la doctrine moderne, ou du moins une fraction de celle-ci, en est venue à préconiser la qualification de stipulation pour autrui (4). D'autres auteurs ne laissent pas de marquer leur perplexité (5). La plupart s'abstiennent de prendre parti.

Il est vrai que le débat serait ici encore académique s'il avait pour unique objet d'assigner un fondement au recours personnel de la caution contre le débiteur. MM. Cabrillac et Mouly, évoquant la théorie du mandat, écrivent ainsi que l'on conçoit que la doctrine n'ait pas poussé plus loin la recherche, parce que le principal intérêt de la qualification est de fournir à la caution un recours en remboursement, le plus large possible, et que ce résultat est d'ores et déjà atteint par l'art. 2028 c. civ. (6). Au-delà même des termes de l'art. 2028 c. civ., force est d'ailleurs de constater que le débiteur, lorsqu'il s'adresse à la

(1) Cf. M. Rémond-Gouilloud, L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement, JCP 1977, I, n° 2850.

(2) V. *infra*, n° 4. Comp. M. Cabrillac et C. Mouly, Droit des sûretés, 5e éd., n° 53, qui objectent à la qualification de gestion d'affaires qu'elle « impliquerait la libération du garant dès l'acceptation de l'opération par le maître de l'affaire (le débiteur), ce qui est inconcevable ».

(3) Tout au plus, l'ouverture d'un recours personnel pourrait être contestée si la caution s'engageait non seulement à l'insu du débiteur principal mais encore contre son gré. Pourrait-on considérer l'intervention de la caution comme utile au débiteur s'il s'y est opposé ?

(4) V. *infra*, n° 7.

(5) Cf. M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.*, n° 53.

(6) *Op. cit.*, n° 52.

caution, sait ou doit savoir qu'elle n'acceptera de s'engager qu'à la condition d'être indemnisée de ses débours éventuels. Sous réserve d'une intention libérale de la caution, le débiteur contracte donc nécessairement un engagement, au moins implicite, de l'indemniser. Cette considération suffit à fonder, sinon le régime, du moins le principe du recours de la caution, indépendamment de toute recherche sur la nature juridique précise du contrat conclu avec le débiteur (7).

Toutefois, cette présentation de la question qui nous occupe est en réalité tronquée : il ne s'agit pas d'ergoter sur le recours de la caution mais de se demander pourquoi, lorsque le cautionnement est précédé d'un accord avec le débiteur principal, un contrat entre la caution et le créancier est encore nécessaire pour parfaire l'opération. Après tout, si la caution marque, auprès du débiteur principal, sa volonté de s'obliger pour garantir telle ou telle de ses dettes, ne peut-on considérer que le créancier puise directement dans cet accord sa créance de garantie ?

Autant dire que l'analyse juridique du contrat caution-débiteur suscite en réalité un problème de principe, relatif à la manière dont l'obligation de la caution prend naissance et à l'identification de ses parties contractantes.

Après avoir retracé, dans cette perspective, les termes du débat doctrinal relatif à la qualification du contrat caution-débiteur (I), nous tenterons de le prolonger en y introduisant quelques nouveaux éléments de réflexion (II).

I - Les termes du débat doctrinal

3 - Certaines qualifications doctrinales ont été évoquées par anticipation. Il s'agit du mandat et de la stipulation pour autrui. D'autres analyses ont encore été préconisées, qui ne sauraient être passées sous silence. Elles reposent sur des qualifications *sui generis*. On évoquera successivement la qualification de mandat, dont la faiblesse est irrémédiable (A), les qualifications *sui generis*, qui pèchent par insuffisance (B), pour finir par la stipulation pour autrui, qui est la plus séduisante (C).

A - Le mandat

4 - Selon un propos des plus classique (8), le débiteur principal, en sollicitant l'intervention de la caution, lui donnerait mandat de souscrire son engagement envers le créancier. Cette analyse se heurte à une objection immédiate que de nombreux auteurs n'ont pas manqué de relever. La caution ne s'engage pas au nom et pour le compte du débiteur principal. Si tel était le cas, le contrat de cautionnement engagerait le débiteur principal et non pas la caution - ce qui est évidemment absurde. Tout serait dit s'il n'était possible de songer, afin de surmonter l'objection, à s'en remettre à la technique de la représentation imparfaite et au contrat de commission. En vertu de celui-ci, l'intermédiaire agit

(7) S'agissant du régime du recours, le seul intérêt de la qualification de mandat réside apparemment dans l'application de l'art. 2001 c. civ., dont il résulte que « l'intérêt des avances faites par le mandataire lui est dû par le mandant, à dater du jour des avances constatées ». Il reste que, même si l'on écarte l'idée de mandat, rien n'interdit, dans un esprit de faveur pour la caution, l'application analogique de cette solution aux intérêts des sommes qu'elle a déboursées : cf. en ce sens P. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, 3e éd., n° 578.

(8) Une « antienne », selon MM. Cabrillac et Mouly (*op. cit.*, n° 52, note 35).

pour le compte du donneur d'ordre, mais il contracte en son nom propre avec le tiers contractant. L'intermédiaire fait donc écran entre le donneur d'ordre, appelé à recueillir le bénéfice ou les charges du contrat conclu, et le tiers contractant, auquel ledit intermédiaire est personnellement lié. Il reste que cette analyse se heurte à une critique du même ordre que la précédente. Le contrat de cautionnement n'a aucunement vocation à produire ses effets dans le patrimoine du débiteur principal, prétendu représenté, mais bien dans celui de la caution, prétendue représentante.

Au demeurant, l'action pour le compte d'autrui, qui caractérise la représentation, implique que l'intermédiaire soit investi du pouvoir juridique d'exercer un droit subjectif dont autrui est titulaire (9). Or, la caution n'a nul besoin d'être investie d'un pouvoir de représentation par le débiteur principal pour conclure le cautionnement. La preuve en est qu'elle peut s'engager à son insu, voire contre son gré.

A la vérité, la conclusion du contrat de cautionnement est exclusive de toute idée de représentation du débiteur principal par la caution. Celle-ci n'exerce pas, en s'engageant, les droits d'autrui. Les effets obligatoires du cautionnement se limitent strictement aux rapports personnels de la caution et du créancier. Le recours de la caution contre le débiteur principal est, de ce point de vue, sans incidence. Il ne s'agit pas de reporter sur le débiteur le poids de la dette issue du contrat de cautionnement, laquelle est personnelle à la caution, mais de lui laisser la charge de la dette garantie, que la caution aura éteinte par son paiement.

Certes, le contrat de cautionnement est souscrit dans l'intérêt du débiteur principal, dont il conforte le crédit. Mais l'action dans l'intérêt d'autrui ne postule pas l'action pour le compte d'autrui, qui est de l'essence de la représentation, parfaite ou imparfaite (10). Il faut donc envisager d'autres solutions.

B - Les qualifications *sui generis*

5 - Selon une suggestion doctrinale, l'acte intervenu entre la caution et le débiteur principal pourrait être envisagé comme « une promesse de cautionnement dont le débiteur pourrait exiger l'exécution » (11). Autrement dit, la caution s'obligerait, envers le débiteur, à s'engager en cette qualité envers le créancier. De la sorte, l'accord préalable de la caution et du débiteur principal porterait la promesse d'un cautionnement futur.

(9) Cf. en ce sens C. Larroumet, Droit civil, t. 3, Les obligations, Le contrat, 4e éd., n° 153 : « La représentation peut être plus ou moins parfaite selon que le représentant conclut le contrat en son propre nom ou bien au nom du représenté. Mais, dans les deux cas, pour que le représentant puisse agir pour le compte du représenté, il faut qu'il en ait le pouvoir ».

(10) Rapp. sur ce point F. Leduc, Réflexions sur la convention de prêter-nom, RTD civ. 1999, p. 283, spéc. n° 21 et s., où l'auteur soutient que la représentation imparfaite réalise une dissociation entre le *debitum* et l'*obligatio*. Tandis que le *debitum*, le lien substantiel, unit le donneur d'ordre au tiers cocontractant, l'*obligatio*, c'est-à-dire le lien de sujétion, se noue entre l'intermédiaire et le tiers. Ainsi, lorsque le contrat conduit par l'intermédiaire crée une dette, c'est le donneur d'ordre qui doit en assumer la charge, mais comme l'intermédiaire fait écran, celui-ci est seul tenu de l'exécution envers le tiers contractant. Pareille dissociation est étrangère au contrat de cautionnement, à l'occasion duquel la caution (prétendue intermédiaire) est seule tenue envers le créancier (prétendu tiers cocontractant), non seulement sous le rapport du pouvoir de contrainte, mais encore sous le rapport du *debitum*, c'est-à-dire de la prestation engendrée par son engagement.

(11) Cf. F. Steinmetz, note D. 1975, Jur. p. 549.

L'analyse est assez floue, ce qui explique sans doute qu'elle n'ait pas eu d'écho en doctrine. De fait, les effets de cette « promesse de cautionnement » ne sont pas précisés. Fait-elle seulement naître, à la charge de la caution, une obligation de faire une offre de contrat au créancier ? Faut-il considérer, au contraire, que le consentement de la caution au contrat futur est immédiatement et irrévocablement fixé par sa promesse ? Dans ce cas, la promesse ne pourrait-elle d'ailleurs être requalifiée en une stipulation pour autrui dans laquelle le créancier puiserait directement son droit ?

Ces questions sont appelées à demeurer sans réponse si l'on s'en tient à la notion trop vague de promesse de cautionnement, sans en préciser la nature et le fonctionnement.

6 - Plus volontiers que l'existence d'une promesse, les auteurs évoquent celle d'une convention de crédit. Certes, la caution ne s'engage pas à avancer des fonds au débiteur, mais elle lui prête du moins son crédit, en le faisant bénéficiaire de la confiance qu'inspire au créancier sa signature, c'est-à-dire son engagement en qualité de garant. Pour cette raison, ces auteurs estiment qu'il existe, entre la caution et le débiteur, une convention de crédit qui se rattache au genre des crédits par signature (12).

La référence à la notion de crédit par signature est intrinsèquement pertinente. En s'engageant envers le créancier, la caution rend un service au débiteur qui ne peut être mieux défini que par cette qualification (13).

Mais on peut hésiter à déduire du service ainsi rendu l'existence d'une véritable convention de crédit conclue entre le débiteur principal et la caution. En effet, s'il y avait convention, la caution, débitrice du crédit, devrait être tenue à quelque chose envers le débiteur principal. A défaut, l'opération de crédit, décelée dans leurs rapports, ne serait que la retombée indirecte du contrat de cautionnement conclu avec le créancier, sans constituer en elle-même une convention. Or, quel pourrait être l'objet de l'obligation de la caution envers le débiteur ? S'engager envers le créancier ? On en revient alors à la notion de promesse de cautionnement et aux incertitudes qu'elle comporte, sans que le qualificatif proposé n'ajoute rien. Payer le créancier, lorsqu'il appelle la garantie ? Mais il s'agit là de l'effet obligatoire du cautionnement lui-même... L'analyse débouche alors sur une confusion entre la prétendue convention de crédit sous-jacente et le contrat de cautionnement proprement dit.

En réalité, la qualification de convention de crédit n'est qu'un subterfuge qui esquive le problème de la nature juridique de l'accord caution-débiteur plus qu'il ne le résout (14).

(12) V. ainsi P. Simler, *op. cit.*, n° 13. Pour une analyse similaire, à propos du contrat entre donneur d'ordre et garant autonome, cf. M. Vasseur, *Rép. com. Dalloz*, v° *Garantie indépendante*, 1984, n° 53 : « ce contrat est un contrat de service, par lequel le banquier, chargé par le donneur d'ordre de prendre l'engagement de garantie, assume envers lui une promesse de faire, constitutive d'une convention de crédit, se traduisant pour le banquier par la prise d'un engagement par signature » ; A. Prüm, *Les garanties à première demande*, préf. B. Teysse, Litec, 1994, n° 49.

(13) Celle-ci est au demeurant consacrée par la loi : cf. L. 24 janv. 1984, art. 3, définissant l'opération de crédit comme « tout acte par lequel une personne agissant à titre onéreux met ou promet de mettre des fonds à la disposition d'une autre personne ou prend, dans l'intérêt de celle-ci, un engagement par signature tel qu'un aval, un cautionnement ou une garantie ».

(14) Rapp. M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.*, n° 53, qui ne se réfèrent pas à la qualification de crédit par signature lorsqu'il s'agit de rechercher la nature du rapport caution-débiteur.

C - La stipulation pour autrui

7 - Parmi les techniques élaborées par le droit des obligations, la stipulation pour autrui se caractérise par une certaine plasticité. Aussi bien, comme nous l'avons annoncé, une fraction importante de la doctrine s'y réfère dans l'analyse du contrat caution-débiteur. Notamment, le doyen Simler enseigne que celui-ci est « un contrat autonome et définitif, assorti d'effets propres, et qui oblige la caution même en l'absence d'un nouvel accord entre elle et le créancier ». Et l'auteur de poursuivre : « la caution, en effet, se sera engagée envers le débiteur à le garantir envers tel créancier pour telle ou telle dette ou tel ensemble de dettes. Cet accord renferme tous les éléments constitutifs d'une stipulation pour autrui, dont le créancier désigné est le bénéficiaire. Sauf révocation antérieure à son acceptation, celui-ci peut utilement s'en prévaloir. C'est l'existence d'une telle stipulation pour autrui qui permet de donner effet à la garantie constituée au profit de créanciers multiples et indéterminés » (15).

De fait, l'analyse ainsi préconisée a aujourd'hui acquis une certaine audience dans le domaine des garanties financières qui doivent être impérativement fournies par certaines catégories de professionnels et dont la souscription auprès du garant précède la détermination de leurs bénéficiaires. Dans ce cadre, les auteurs avancent l'idée selon laquelle les bénéficiaires tirent leur droit contre le garant, considéré comme une caution, d'une stipulation pour autrui souscrite en leur faveur (16). La même idée a pu être suggérée afin de rendre compte du mode de formation des garanties de bonne fin prévues par le droit de la construction immobilière (17). Le cautionnement relayé par une stipulation pour autrui est par ailleurs évoqué au soutien du schéma du cautionnement mutualiste et même bancaire (18).

8 - De son côté, la Cour de cassation a accordé son onction à cette combinaison. Elle l'a fait, non pas à propos des garanties financières ou de bonne fin, dont on sait qu'elle a pris le parti de proclamer l'autonomie (19), mais en droit commun du cautionnement.

(15) *Op. cit.*, n° 14. V. dans le même sens P. Simler et P. Delebecque, *Les sûretés, la publicité foncière*, 3e éd., n° 53 ; L. Aynès, *Sûretés et publicité foncière*, 10e éd., n° 101 et 125 ; M. Planiol et G. Ripert, t. IX, *Contrats civils*, 2e éd. par A. Rouast, J. Lepagneur, R. Savatier et A. Besson, n° 1520 ; G. Baudry-Lacantinerie et A. Wahl, *Des contrats aléatoires, du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 3e éd., n° 928.

(16) Cf. P. Simler, *op. cit.*, n° 14, 78 et 131 ; C. Ginestet, *La qualification des sûretés*, Defrénois 1999, p. 80 s., n° 14 ; L. Aynès, note sous Cass. 1re civ. 10 janv. 1995, D. 1995, Jur. p. 178. Comp., sur un mode dubitatif, M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.*, n° 32 et 361 ; D. Legeais, *Sûretés et garanties du crédit*, 2e éd., n° 75. Pour une analyse différente, cf. S. Cabrillac, *Les garanties financières professionnelles*, thèse, Montpellier, préf. P. Pétel, Litec, 2000 : l'auteur estime que le contrat garant-professionnel contient effectivement une stipulation pour autrui en faveur des bénéficiaires, mais écarte néanmoins la qualification de cautionnement au profit de celle d'assurance pour compte, plus apte à rendre compte du régime des garanties financières (V. aussi sur ce point *infra*, note 37).

(17) Cf. sur ce point M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.*, n° 367 et 372.

(18) Cf. P. Simler, *op. cit.*, n° 14.

(19) S'agissant des garanties financières, cf. Cass. ass. plén., 4 juin 1999, Bull. ass. plén., n° 4 ; Bull. inf. C. cass., 15 juill. 1999, rapp. Toitot, concl. Joinet ; JCP 1999, II, n° 10152, note M. Behar-Touchais ; RTD civ. 2000, p. 665, obs. P. Crocq ; RTD com. 2000, p. 175, obs. A. Martin-Serf ; Banque et Droit, sept.-oct. 1999, p. 46, obs. N. Rontchevsky ; D. 2000, Somm. p. 140, obs. P. Capoulade. V. dans le même sens, Cass. com., 23 mai 2000, RD bancaire et bourse 2000, n° 195, obs. D. Legeais. A propos des garanties de bonne fin, Cf. Cass. 3e civ., 4 oct. 1995, Bull. civ. III, n° 213 ; JCP 1995, II, n° 22545, note H. Périnet-Marquet ; D. 1995, IR p. 225 ; 12 mars 1997, Bull. civ. III, n° 53 ; JCP 1998, I, n° 103, n° 17, obs. P. Simler ; RD bancaire et bourse 1997, p. 124, obs. M. Contamine-Raynaud. Comp. Cass. 3e civ., 14 janv. 1998, Bull. civ. III, n° 10 ; JCP 1998, I, n° 149, n° 7, obs. P. Simler ; D. 1998, IR p. 54.

Ainsi, dans une affaire jugée en 1965 (20), une personne avait donné sa caution à une société pour la garantie de bonne fin et des paiements d'un film que celle-ci devait réaliser. Les juges du fond avaient analysé l'opération en une stipulation pour autrui. Selon eux, le garant ayant donné à la société sa caution pour la garantie du paiement des dettes futures liées à la réalisation du film, les créanciers vis-à-vis desquels cette société s'était servie de l'engagement ainsi souscrit en étaient devenus les bénéficiaires sur le fondement d'une stipulation pour autrui.

Or, la Cour de cassation entérine ce raisonnement, en se retranchant derrière le pouvoir souverain d'interprétation des juges du fond. En d'autres termes, la Haute juridiction admet que, si telle est la volonté des parties, la caution, en qualité de promettant, puisse être obligée, sur le fondement d'une stipulation pour autrui, envers des créanciers ultérieurement désignés comme bénéficiaires par le débiteur principal jouant le rôle de stipulant.

Dans un arrêt antérieur, la Cour de cassation avait d'ailleurs déjà considéré que les juges du fond, interprétant souverainement la volonté des parties, pouvaient déceler dans l'engagement de la caution une stipulation du débiteur principal faite non seulement dans son intérêt mais encore dans celui de ses créanciers, au sens de l'art. 1121 c. civ. (21).

D'autres décisions citées par la doctrine sont moins probantes, soit qu'elles n'évoquent pas la qualification de stipulation pour autrui (22), soit qu'elles s'y réfèrent dans un contexte différent, où la stipulation n'est pas convenue entre la caution et le débiteur principal, mais entre la caution et une tierce personne (23).

Même si les précédents ne sont pas très nombreux, la jurisprudence accepte donc de faire dériver l'obligation de la caution du contrat préalable conclu avec le débiteur principal moyennant sa qualification en une stipulation pour autrui.

9 - Cette approche pourrait d'autant plus séduire qu'elle permettrait de renouveler la conception classique du cautionnement. A suivre cette dernière, le cautionnement est un contrat désincarné. Il laisse en dehors de son épure la relation entre la caution et le débiteur, pourtant essentielle. Il n'est pas douteux, en effet, que celle-ci préside à la cause de l'engagement de la caution. Quelles que soient les conséquences qu'il faille en tirer, il faut

bien reconnaître que la caution n'accepte de s'engager qu'en considération des liens qu'elle entretient avec le débiteur. En sens inverse, elle n'a pas d'intention libérale vis-à-vis du créancier, dont elle n'attend rien non plus en retour (24). En acceptant de faire dériver l'engagement de la caution d'une stipulation pour autrui, on réconcilierait alors la localisation de sa source avec celle de sa cause.

Dans le même ordre d'idées, l'analyse ne serait pas sans incidence sur les solutions relatives aux vices du consentement de la caution résultant de sa relation avec le débiteur. Il ne serait plus possible d'en restreindre l'admission sous prétexte de leur extériorité au champ contractuel, ce qui pourrait apparaître comme un progrès (25).

En bref, la relation caution-débiteur, centrale dans les faits, parce qu'inscrite dans l'économie du cautionnement, trouverait une expression juridique nouvelle dans la stipulation pour autrui fondatrice de l'engagement de garantie. C'est dire que le débat mérite amplement d'être prolongé.

II - Le prolongement du débat

10 - S'il est tentant d'introduire la stipulation pour autrui dans le mécanisme du cautionnement, il faut bien voir que cette proposition doit être en réalité relativisée. Il ne saurait être question, en effet, d'un recours généralisé à la stipulation pour autrui. D'abord, cette dernière est tout à fait étrangère à l'hypothèse, rarissime il est vrai, dans laquelle la caution s'engage à l'insu du débiteur ; ensuite, même lorsque celui-ci est à l'origine de l'opération, il se peut que les termes du contrat soient concrètement négociés et arrêtés entre la caution et le créancier.

On chercherait alors vainement à déceler une volonté de la caution de s'obliger envers le débiteur au profit du créancier. C'est donc seulement dans certaines circonstances, en particulier lorsque l'engagement est contracté avant même que les créanciers appelés à en bénéficier ne soient déterminés, que la stipulation pour autrui peut rendre compte de la genèse de l'opération.

Comme nous l'avons vu, c'est bien dans cette perspective que se placent d'ailleurs les auteurs et la jurisprudence. Il n'en reste pas moins que, même dans le cadre ainsi tracé, la combinaison de la stipulation pour autrui et du cautionnement revêt un caractère problématique qui doit être mis en lumière (A). L'idée ayant été ainsi mise à l'épreuve des faits, on s'interrogera sur la possibilité d'en appeler à d'autres solutions (B).

(20) Cass. com., 25 mai 1965, Bull. civ. III, n° 332, rejetant le pourvoi contre CA Paris, 14 mars 1962, D. 1962, Jur. p. 710, note G. Lyon-Caen.

(21) Cf. Cass. req., 30 avr. 1888, DP 1888, 1, p. 291.

(22) Cf. Cass. req., 9 nov. 1875, DP 1876, 1, p. 117, concl. Reverchon : le capitaine Goirand avait rédigé, au profit de son frère, une garantie ainsi conçue : « je m'engage à garantir Henri Goirand, mon frère, jusqu'à concurrence de 15 000 francs ». Cet écrit fut transmis par Henri Goirand à son banquier auprès duquel il avait un découvert et celui-ci s'en prévalut par la suite à l'encontre des héritiers du capitaine Goirand. La Cour de cassation a admis l'efficacité de l'engagement sur le fondement de l'art. 1134 c. civ., sans faire référence à la stipulation pour autrui : « la promesse de garantie souscrite par le capitaine Goirand au profit de son frère, Henri Goirand, à supposer qu'elle ne contint pas un cautionnement proprement dit, constituait du moins un engagement valable entre les deux parties qui impliquait pour Henri Goirand... l'autorisation de s'en servir vis-à-vis de ses créanciers ».

(23) Cf. Cass. com., 23 nov. 1999, RJD 2000, n° 209 : en l'espèce, le garant avait déclaré se porter caution solidaire des dettes d'une société envers les adhérents d'un groupement d'intérêt économique. Les adhérents ont été considérés comme bénéficiaires d'une stipulation faite par le GIE à leur profit, le débiteur étant resté, semble-t-il, étranger à l'opération. V. aussi Cass. com., 23 févr. 1993, Bull. civ. IV, n° 69 ; RJD 1993, n° 676 ; D. 1993, Somm. p. 313, obs. L. Aynès ; JCP. 1993, I, n° 3717, obs. P. Simler ; RTD civ. 1994, p. 99, obs. J. Mestre.

(24) La jurisprudence, dans son fameux arrêt *Lempereur* (Cass. com., 8 nov. 1972, Bull. civ. IV, n° 278 ; D. 1973, Jur. p. 753, note P. Malaurie), a certes déclaré que « la cause de l'obligation de Lempereur (la caution) était la considération de l'obligation prise corrélativement par (le créancier), à savoir l'ouverture de crédit à la société Lempereur (le débiteur principal) ». Mais force est de constater que cette « contrepartie », parce qu'elle s'apprécie dans le patrimoine du débiteur principal et non dans celui de la caution, caractérise en réalité l'intérêt qu'a la caution à s'engager en raison de ses relations avec le débiteur. Sous le couvert de la considération de l'obligation corrélatrice du créancier envers le débiteur, l'arrêt en revient donc, inéluctablement, au rapport caution-débiteur. En l'espèce, la caution s'était engagée pour permettre à la société qu'elle dirigeait d'obtenir du crédit, c'est-à-dire en raison de l'imbrication de leurs intérêts patrimoniaux. Dans d'autres circonstances, la caution s'engagera en raison de ses relations d'amitié ou d'affection avec le débiteur, ou parce qu'elle fait commerce des opérations de crédit par signature : cf. en ce sens L. Aynès, *op. cit.*, n° 223 ; P. Théry, *Sûretés et publicité foncière*, 2e éd., n° 46.

(25) On pense notamment au dol du débiteur et à l'erreur commise au sujet de sa solvabilité actuelle.

A - Les difficultés inhérentes à la combinaison du cautionnement et de la stipulation pour autrui

11 - Il importe de souligner que le mariage du cautionnement et de la stipulation pour autrui ne saurait se réaliser sans encombre. Les difficultés sont théoriques (1) et pratiques (2).

1 - Les difficultés théoriques

12 - Ces difficultés sont doubles. Elles tiennent à la définition du cautionnement et à l'utilité propre de la stipulation pour autrui.

13 - En premier lieu, il est usuellement et inlassablement répété que le cautionnement est un contrat conclu entre la caution et le créancier. Or, cette définition se concilie bien mal avec l'inclusion d'une stipulation pour autrui dans l'opération de cautionnement.

En effet, s'il est vrai que l'échange des consentements du créancier et de la caution est nécessaire pour faire naître son obligation, on ne voit pas comment celle-ci pourrait résulter d'une stipulation pour autrui, c'est-à-dire d'un contrat conclu avec le débiteur principal ; si l'on retient une solution inverse, c'est alors que l'accord caution-crédancier n'est pas indispensable à la naissance du cautionnement (26).

Au reste, on peut caractériser la même contradiction si l'on observe que la stipulation pour autrui n'est jamais que l'accessoire d'un contrat sur lequel elle se greffe et dont elle a pour objet d'étendre les effets au profit d'un tiers. De la sorte, il ne suffit pas d'envisager que la caution puisse être tenue envers le créancier sur le fondement d'une stipulation pour autrui convenue avec le débiteur. Il faut encore s'interroger sur la nature du contrat qui, conclu avec le débiteur, serait assorti de cette stipulation pour autrui (27).

Dans la mesure où, à suivre la théorie étudiée, ce contrat aurait pour effet de faire naître l'engagement de la caution, c'est-à-dire l'obligation caractéristique du cautionnement, la réponse est inéluctable. Le contrat caution-débiteur ne serait ni plus ni moins qu'un cautionnement. Seul un cautionnement peut engendrer une obligation de caution. Le cautionnement pourrait ainsi résulter, en fonction des hypothèses, d'un contrat conclu par la caution avec le créancier ou avec le débiteur lui-même, au profit du créancier.

Il faut en conclure que l'idée d'un cautionnement relayé par une stipulation pour autrui ne saurait être reçue qu'à la condition de réviser la définition de cette sûreté. Une telle révision ne serait

(26) V. pourtant L. Aynès, *op. cit.*, n° 101. L'auteur définit le cautionnement comme un contrat, « car il implique un échange de consentements entre la caution et le créancier, seules parties », mais ajoute que cela « n'empêche pas ce contrat de se former par le biais d'une stipulation pour autrui ». Si le cautionnement impliquait un échange de consentements entre la caution et le créancier, cela devrait au contraire l'empêcher de se former par le biais d'une stipulation pour autrui. V. d'ailleurs en ce sens S. Cabrillac, thèse, préc., n° 252 s., spécialement n° 257, où l'auteur observe que l'existence d'un contrat entre la caution et le créancier fait partie de la définition légale du cautionnement et que la stipulation pour autrui, simple mode de création d'un droit de créance en faveur d'un tiers, ne permet pas de réaliser un tel accord.

(27) V. en ce sens M. Cabrillac et C. Mouly, *op. cit.*, n° 53 : « la stipulation pour autrui... n'explique en rien la nature du contrat entre le débiteur-stipulant et la caution-promettant ».

peut-être pas impossible à réaliser, mais elle n'en serait pas moins contraire à la perception usuelle du cautionnement corroborée par sa présentation légale (28).

14 - Une réflexion du même ordre peut être menée, en second lieu, à propos de la stipulation pour autrui. Celle-ci permet de faire rayonner un contrat en direction d'un tiers au prix d'une dérogation à l'art. 1165 c. civ. Autrement dit, lorsqu'une stipulation pour autrui se greffe sur un contrat, elle en modifie les effets. Tandis qu'une convention, en principe, développe des effets purement bilatéraux, c'est-à-dire cantonnés aux relations entre parties contractantes, elle développe des effets triangulaires lorsqu'elle est assortie d'une stipulation pour autrui.

Or, le recours à cette technique dans le cadre du cautionnement procède d'une autre logique. Il s'agit d'autoriser un déplacement de la qualité de partie contractante au sein de l'opération de cautionnement, le débiteur devenant le cocontractant de la caution en lieu et place du créancier, métamorphosé en tiers bénéficiaire. Cette « délocalisation » du champ contractuel à l'intérieur d'une opération triangulaire ne correspond pas à l'usage ordinaire de la stipulation pour autrui. A vouloir passer outre, on exposerait d'ailleurs le cautionnement à un certain nombre de dysfonctionnements, comme nous allons le constater.

2 - Les difficultés pratiques

15 - En marge des difficultés théoriques que l'on vient d'évoquer, d'autres résultent de l'application concurrente du régime de la stipulation pour autrui et du cautionnement. La combinaison ne s'effectue pas sans accroc et ceci à trois points de vue.

En premier lieu, elle supposerait que l'on mette à l'écart, parmi les règles du cautionnement, toutes celles dont l'application suppose, en la personne du créancier, la qualité de partie. De fait, si le créancier n'est que tiers bénéficiaire d'un cautionnement stipulé à son profit, c'est qu'il n'y est pas partie. La solution n'est pas trop gênante si l'on s'en tient aux devoirs qui s'imposent au créancier au stade de la formation du cautionnement (29). Leur éviction peut en effet paraître naturelle si l'on se place dans l'hypothèse où il est négocié entre le débiteur et la caution avant même que les créanciers appelés à en devenir les bénéfici-

(28) Comp. P. Simler, *op. cit.*, n° 13 et 14, qui tourne la difficulté en posant une distinction entre la qualification du contrat caution-débiteur et ses effets. Sous le premier rapport, l'auteur se rallie à la thèse de la convention de crédit (n° 13) tandis que, sous le second, il estime que ledit contrat contient une stipulation pour autrui en faveur du créancier et oblige la caution même sans nouvel accord avec ce dernier (n° 14). Cette position, nous semble-t-il, est intenable, dans la mesure où l'on ne voit pas comment une convention de crédit pourrait produire les effets d'un cautionnement, sauf à être requalifiée comme telle. Cf. également les n° 127 et 131, où il est dit que seul l'accord caution-crédancier est « constitutif du contrat de cautionnement *stricto sensu* », que l'accord préalable caution-débiteur « n'entre pas dans la définition du cautionnement » même si, dans certaines circonstances, il peut « n'être pas dépourvu d'effets propres », c'est-à-dire obliger directement la caution envers le créancier par le biais d'une stipulation pour autrui (dans le même sens, P. Simler et P. Delebecque, *op. cit.*, n° 53). Encore une fois, il est difficile de comprendre comment l'accord caution-débiteur pourrait suppléer la conclusion du contrat de cautionnement *stricto sensu* s'il n'en partageait la nature juridique. L'exercice est acrobatique, qui tend à préserver la définition traditionnelle du cautionnement tout en admettant qu'il puisse se former autrement que par le processus ordinaire.

(29) Comme, par exemple, le devoir de ne pas commettre de dol ou de ne pas faire souscrire à la caution un engagement disproportionné. Sur les différentes manifestations de l'obligation de bonne foi du créancier dans la souscription du cautionnement, cf. D. Legeais, *op. cit.*, n° 91.

ciaires ne soient déterminés. Il en va différemment si l'on prend en considération les obligations du créancier liées à l'exécution du cautionnement. Par exemple, la loi le charge de différentes obligations d'information envers la caution, ce qui s'explique fort bien dans l'analyse classique du cautionnement. Ces obligations légales procèdent d'une greffe impérative sur le contrat unissant le créancier à la caution. En revanche, leur existence est incompatible avec la figure du cautionnement relayé par une stipulation pour autrui. Le créancier, s'il n'est que tiers bénéficiaire, ne saurait se voir imposer des obligations rattachées à un contrat de cautionnement précisément conclu en dehors de lui. Dans le même sens, il ne saurait être question d'exiger qu'il exécute le contrat de bonne foi.

Or, les droits du créancier contre la caution étant supposés identiques selon qu'il est tiers bénéficiaire ou partie, une telle différenciation dans sa position passive serait difficilement justifiable. Au-delà de ce constat, il nous semble que l'existence d'obligations - fussent-elles légales - du créancier envers la caution indique clairement que le centre de gravité du champ contractuel se situe dans leurs rapports. C'est pourquoi il n'est pas possible de transporter la source de l'engagement de la caution dans sa relation avec le débiteur sauf à altérer la cohérence de l'institution (30).

En second lieu, si le créancier devait être considéré comme tiers bénéficiaire, son droit serait à la merci des exceptions que la caution (le promettant) peut opposer au débiteur (le stipulant). En effet, dans une stipulation pour autrui, le contrat passé entre le stipulant et le promettant représente la source et la mesure de l'engagement de celui-ci au profit du tiers bénéficiaire. De la sorte, on tomberait dans un excès inverse de celui que l'on pourrait songer à imputer à l'analyse classique du cautionnement. Celle-ci, en excluant du champ contractuel les relations que la caution entretient avec le débiteur, lui interdit en principe d'y puiser des moyens de défense. Mais, du même coup, elle confère à son engagement la valeur d'un acte abstrait, ce qui renforce la sûreté du créancier, en conformité avec l'objectif poursuivi par les parties. Sur ce point, la combinaison du cautionnement et de la stipulation pour autrui se retournerait donc contre les intérêts du créancier.

Enfin, il est admis que le stipulant est créancier du promettant, en ce sens qu'il peut exiger de lui qu'il exécute l'obligation sous-

crite en faveur du tiers (31). Si l'on transpose la solution au cautionnement, le débiteur défaillant aurait donc le droit d'agir en exécution contre la caution, pour la forcer à s'acquitter entre les mains du créancier. Au demeurant, toute obligation étant susceptible d'exécution par équivalent, le débiteur principal pourrait songer à réclamer des dommages et intérêts à la caution si celle-ci ne s'exécutait pas immédiatement lorsque le cautionnement devient exigible. Or, cette solution n'est pas en harmonie avec le régime du cautionnement. En effet, la caution, qui n'a pas vocation à contribuer à la dette, peut non seulement recourir contre le débiteur principal dont elle paie la dette mais encore exercer contre lui un recours avant paiement (art. 2032 c. civ.) ou prendre des mesures conservatoires afin de préserver ses chances de remboursement (32). L'action en exécution du débiteur-stipulant contre la caution s'intègre bien mal dans ce système. Elle fait de la caution l'obligée du débiteur principal alors que toute l'économie du cautionnement la désigne au contraire comme étant la créancière potentielle et la protégée à ce titre.

A ce stade, une comparaison du cautionnement avec le mécanisme de l'assurance de responsabilité peut être éclairante. L'assurance de responsabilité est un contrat en vertu duquel l'assureur couvre l'assuré des conséquences de l'engagement de sa responsabilité civile envers les tiers. L'assureur a donc vocation à supporter le poids de la dette de responsabilité de l'assuré vis-à-vis des tiers. Pour cette raison, l'assureur qui verse l'indemnité entre les mains de la victime n'a pas de recours contre l'assuré.

Réciproquement, l'assuré est créancier en vertu du contrat d'assurance. Il peut exiger que l'assureur s'acquitte de l'indemnité entre les mains de la victime et, s'il l'a lui-même désintéressée, il peut réclamer le versement de cette indemnité entre ses mains propres. A l'inverse, la caution n'est qu'un garant, un débiteur relais, qui n'a pas vocation à supporter la charge de la dette acquittée. Pour cette raison, elle dispose d'un recours en contribution contre le débiteur principal. En contrepartie, on ne saurait logiquement admettre que celui-ci puisse invoquer contre la caution l'effet obligatoire de l'engagement qu'elle a souscrit. Or c'est bien de cela dont il est question sous le couvert de l'action en exécution du débiteur-stipulant contre la caution.

Pour toutes les raisons évoquées, l'idée d'un cautionnement fondé sur une stipulation pour autrui semble bien suspecte.

B - La recherche de solutions alternatives

16 - Cette recherche doit être menée, quel que soit le point de vue que l'on adopte. Si l'on estime que le cautionnement ne peut se combiner avec une stipulation pour autrui, le problème de la nature juridique de l'accord caution-débiteur reste bien évidemment pendant. Dans le cas inverse, il n'en demeure pas moins nécessaire de s'inquiéter des solutions alternatives pouvant être adoptées, de manière à effectuer un choix pleinement éclairé. D'ailleurs, la stipulation pour autrui ne peut tout expliquer, parce qu'on ne saurait toujours en présumer l'existence, même lorsque le débiteur a pris l'initiative de l'opération (33).

(30) V. dans le même sens S. Cabrillac, thèse, préc., n° 257. Envisageant opportunément la question de l'éventuelle formation du cautionnement par la voie d'un accord caution-débiteur, l'auteur y apporte une réponse négative : « il est de la nature du cautionnement et dans la logique de son régime d'être conclu par le créancier et la caution ». Pour étayer sa position, Mlle Cabrillac invoque le bénéfice de subrogation prévu par l'art. 2037 c. civ., qu'elle considère fondé « sur l'obligation du créancier d'exécuter le contrat de cautionnement de bonne foi, en application de l'art. 1134 c. civ. ». Or, poursuit-elle, « si le cautionnement est conclu entre la caution et le débiteur, sur quel fondement exiger du créancier qu'il ménage les intérêts de la caution ? ». L'auteur ajoute que « l'art. 2037 n'est qu'un exemple » et qu'une « partie des règles propres au cautionnement, notamment celles qui assurent une certaine protection à la caution, se fondent sur le respect dû par le créancier à son cocontractant (c'est-à-dire la caution) ». Si cette dernière observation nous paraît tout à fait judicieuse, l'argument tiré de l'art. 2037 est plus fragile. Il est permis de penser que cette disposition participe de l'effet subrogatoire qui s'attache au paiement effectué par la caution et non de l'effet obligatoire du contrat de cautionnement. Dans cette optique, la solution qu'elle édicte serait susceptible de généralisation à d'autres hypothèses de subrogation : cf. en ce sens J. Mestre, La subrogation personnelle, thèse, Aix, LGDJ, 1979, préf. P. Kayser ; J. Flour, J.-L. Aubert, Y. Flour et E. Savaux, Les obligations, t. 3, Le rapport d'obligation, n° 389 ; J. François, Droit civil, t. 4, Les obligations, régime général, 1re éd., n° 494.

(31) La solution, approuvée par la doctrine, est consacrée par une jurisprudence constante (depuis Cass. 1re civ., 12 juill. 1956, D. 1956, Jur. p. 749, note J. Radouant ; Grands arrêts de la jurisprudence civile, 11e éd., n° 170, par F. Terré et Y. Lequette).

(32) Cf. P. Simier, *op. cit.*, n° 553.

(33) V. *supra*, n° 10.

17 - Compte tenu des développements qui précèdent, plusieurs approches demeurent possibles, en fonction des circonstances.

Il se peut d'abord que la caution, en acceptant l'invitation du débiteur principal à s'engager au profit d'un créancier, n'ait exprimé qu'un simple accord sur le principe de la souscription future de la garantie. Dans ce cas, la caution devrait être libre de ne pas donner suite à l'accord, c'est-à-dire de ne pas conclure le contrat avec le créancier, sauf à respecter, conformément au droit commun, une obligation minimum de bonne foi. Si elle manquait à cette obligation, la caution s'exposerait à engager sa responsabilité contractuelle envers le débiteur principal. Mais ni celui-ci ni le créancier ne pourraient se prévaloir de l'accord de principe pour en conclure à l'existence d'un engagement ferme de garantie de la part de la caution pressentie.

Cette qualification d'accord de principe pourrait être privilégiée lorsque l'accord préalablement donné par la caution au débiteur principal ne renferme pas les éléments essentiels à la conclusion du contrat de cautionnement futur, par exemple lorsque le montant de la garantie n'est pas précisé ou que les créanciers garantis sont non seulement indéterminés mais encore indéterminables (34).

Cela dit, le consentement recueilli par le débiteur principal peut renfermer plus qu'un accord de principe, à savoir une offre comportant les éléments essentiels à la conclusion du cautionnement. Si cette offre coïncide avec des exigences préalablement formulées par le créancier, quant au contenu de la garantie devant lui être fournie, il sera possible de considérer que le contrat de cautionnement est immédiatement conclu, par l'entremise du débiteur principal (35). Mais tel ne pourra être le cas si, au moment où le débiteur principal sollicite l'engagement de la caution, les créanciers appelés à en bénéficier sont indéterminés, parce qu'ils sont multiples et pour l'heure futurs. Si l'on écarte, à titre d'hypothèse de travail, la qualification de stipulation pour autrui, plusieurs solutions sont alors envisageables.

On peut d'abord s'en tenir à la notion d'offre de contrat. Le consentement de la caution ne manifesterait ni plus ni moins qu'une offre à l'adresse de chaque créancier futur dont l'acceptation serait nécessaire pour former le contrat. Dans cette perspective, la caution, conformément au droit commun, pourrait se rétracter, sauf à engager sa responsabilité civile. Elle ne serait pas liée par son propre consentement, en ce sens qu'elle s'exposerait tout au plus, en cas de rétractation fautive, à des dommages et intérêts.

Toutefois, cette solution fait peu de cas de l'accord intervenu entre le débiteur principal et la caution. On peut estimer que celui-ci doit produire des effets propres (art. 1134 c. civ.), avant que le consentement du créancier n'intervienne.

Dans cette optique, la promesse unilatérale de contrat peut fournir une piste intéressante. Celle-ci, comme on le sait, lie le promettant, lequel doit être considéré comme ayant irrévocable-

ment donné son consentement au contrat définitif (quoi qu'en dise la jurisprudence). Corrélativement, la promesse unilatérale confère au bénéficiaire un droit d'option, à savoir le droit d'accepter ou de refuser la conclusion du contrat définitif.

Les parties à la promesse unilatérale sont normalement celles-là mêmes qui projettent la conclusion du contrat définitif. Mais rien ne semble interdire que la promesse soit souscrite par les parties au profit d'une tierce personne, de manière à l'investir du droit de conclure le contrat définitif avec le promettant. Il y aurait alors promesse unilatérale de contrat pour autrui. Ainsi, en matière de cautionnement, le consentement de la caution serait irrévocablement fixé par l'accord conclu avec le débiteur principal, constitutif d'une promesse unilatérale stipulée au profit d'un ou plusieurs créanciers. Corrélativement, le contrat de cautionnement - définitif - se formerait lors de l'acceptation de chaque créancier. Chacun disposerait, en quelque sorte, d'un droit d'option né de la promesse conclue à son profit.

En réalité, le mécanisme ainsi décrit n'est autre que celui que M. Martin a caractérisé sous le terme novateur de « stipulation de contrat pour autrui » (36). Selon cet auteur, la stipulation de contrat pour autrui se distingue de la stipulation pour autrui classique. Tandis que celle-ci fait naître un droit de créance au profit d'un tiers, celle-là s'analyse en un mode original de conclusion de contrats pour le compte d'autrui. « En pareil cas, écrit l'auteur, la manœuvre consiste, pour un agent économique, à prédéterminer la teneur d'un contrat de fourniture ou de service et à en stipuler l'avantage pour les partenaires intéressés, membres de son réseau ou de sa clientèle notamment. De sorte que lesdits bénéficiaires puissent subséquemment conclure ce même contrat dans les termes et aux conditions préconvenus ». Et l'auteur de préciser que l'acte fondateur de la stipulation « porte spécifiquement, de la part du promettant, non pas offre mais promesse unilatérale du contrat spécifié », les bénéficiaires y puisant un droit d'option, à savoir le droit « de conclure effectivement ledit contrat par manifestation de volonté concordante ou d'y renoncer ».

Comme on le voit, la figure juridique ainsi tracée paraît adaptée au contexte du cautionnement et spécialement à l'hypothèse dans laquelle la caution s'engage auprès du débiteur au profit de créanciers multiples et indéterminés (37).

18 - En conclusion, des solutions alternatives existent, qui peuvent dispenser d'avoir à recourir à l'idée d'un cautionnement relayé par une stipulation pour autrui. En dépit de ses attraits, celle-ci résiste mal à l'examen. Il est plus sage de s'en tenir à la définition classique du cautionnement, dont il résulte que la caution s'engage envers le créancier - et lui seul - à satisfaire à l'obligation garantie si le débiteur n'y satisfait pas lui-même. Les notions d'accord de principe, d'offre de contrat, voire de promesse unilatérale de contrat pour autrui, suffisent en fait à rendre compte du mode de formation du cautionnement lorsqu'il est précédé d'un contrat caution-débiteur. ■

(34) Pour une telle occurrence, cf. les faits ayant donné lieu à Cass. req., 9 nov. 1875, préc., *supra*, note 22.

(35) Celui-ci jouant le rôle de mandataire du créancier.

(36) La stipulation de contrat pour autrui, D. 1994, Chron. p. 145.

(37) Il n'est pas sûr, en revanche, qu'elle puisse rendre compte du mode de formation des garanties financières professionnelles, dont il a été montré qu'elles pouvaient être requalifiées en contrats d'assurance pour

compte. Cf. S. Cabrillac, thèse, préc., qui estime que ces garanties ne reposent pas sur un contrat entre le garant et les bénéficiaires, parce qu'il n'est pas possible de déceler l'existence d'une offre du garant à leur adresse (cf. notamment n° 264 et 265). Corrélativement, l'auteur réfute la qualification de cautionnement, en faisant valoir que ce contrat ne peut se nouer autrement que par le biais d'un accord caution-crédancier (V. sur ce point *supra*, note 30). Dans ces conditions, la qualification d'assurance pour compte peut effectivement permettre de résoudre l'énigme.