

CHRONIQUE

DROIT DES SÛRETÉS



NICOLAS RONTCHEVSKY

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg



FRANÇOIS JACOB

Agrégé des facultés de droit, professeur, Centre de droit des affaires Université de Strasbourg

Notaire – Mise en place de sûretés – Obligation d’accomplir les formalités nécessaires sauf dispense expresse. Indifférence des compétences personnelles du client.

Cass. 1^{re} civ., 3 mars 2011, n° 226 FS-P+B+I (n° 09-16.091), CBC Banque c/ X.

Le notaire, tenu de prendre toutes dispositions utiles pour assurer la validité et l’efficacité des actes auxquels il prête son concours ou qu’il a reçu mandat d’accomplir, doit, sauf s’il en est dispensé expressément par les parties, veiller à l’accomplissement des formalités nécessaires à la mise en place des sûretés qui en garantissent l’exécution, dont, quelles que soient ses compétences personnelles, le client concerné se trouve alors déchargé. La cour d’appel ayant relevé que les actes versés aux débats ne laissaient aucun doute sur l’intention de la banque de voir ses créances garanties par une hypothèque de premier rang pour trois des quatre prêts consentis et qu’il n’était pas douteux, à la lecture des bons pour grosse, que la banque entendait confier au notaire le soin de procéder aux formalités de radiation des hypothèques, comme en témoignait le versement de provisions à cet effet, il en résultait l’obligation pour le notaire d’effectuer toutes les diligences nécessaires, y compris l’affectation des fonds qu’il avait reçus pour un montant suffisant à l’apurement des créances antérieures garanties, à l’inscription des hypothèques dont il avait été chargé. En déboutant dans ces conditions la banque de son action en responsabilité à l’encontre du notaire, en retenant qu’il n’avait pas été précisé que les fonds avaient été remis au notaire à charge pour lui de désintéresser les créanciers déjà inscrits, que, outre qu’il était juridiquement impossible de prendre les inscriptions tant que les précédents créanciers n’avaient pas été désintéressés, ce qui supposait une mise à disposition préalable des fonds, les offres ne précisait pas que le notaire devrait remettre les fonds à ces autres créanciers plutôt qu’aux sociétés débitrices, et que la banque ne pouvait ignorer, en tant que professionnelle du crédit, le risque qu’elle prenait en signant les actes de prêt sans mandater le notaire pour désintéresser les autres créanciers avec les fonds prêtés, aux lieu et place des emprunteurs, la cour d’appel a violé les articles 1147 et 1382 du Code civil.

Le notaire intervient souvent dans la mise en place et l’exécution des sûretés, et notamment des garanties des crédits bancaires. Le devoir de conseil et l’obligation d’efficacité de ses actes dont le notaire est tenu¹ peuvent justifier, dans ce cadre, la mise en jeu de sa responsabilité à l’égard du créancier. Les principes gouvernant la responsabilité du notaire en la matière ont été rappelés ou précisés par des arrêts récents de la Cour de cassation, et en particulier par un arrêt de la première chambre civile du 3 mars 2011 qui doit retenir l’attention.

En l’occurrence, quatre sociétés civiles immobilières, ayant sollicité auprès d’une banque le refinancement des prêts immobiliers qui leur avaient été antérieurement consentis, ont chargé un notaire de la réitération en la forme authentique des offres de prêt de la banque qui prévoyait, chacune, outre le cautionnement solidaire des associés, l’inscription d’hypothèques sur chacun des immeubles correspondants. Les échéances étant restées impayées, les procédures de saisies immobilières ont révélé l’existence d’inscriptions hypothécaires de rang préférable à celles de la banque, les fonds prêtés, remis directement aux SCL, n’ayant pas été utilisés pour désintéresser les créanciers hypothécaires antérieurement inscrits. Dans ces conditions, la banque a assigné le notaire en réparation de ses préjudices.

Aux termes d’un arrêt du 9 avril 2009, la cour d’appel d’Amiens a débouté la banque de ses prétentions en retenant, d’abord, qu’il n’avait pas été précisé que les fonds avaient été remis au notaire à charge pour lui de désintéresser les créanciers déjà inscrits, ensuite, que, outre qu’il était juridiquement impossible de prendre les inscriptions tant que les précédents créanciers n’avaient pas été désintéressés, ce qui supposait une mise à disposition préalable des fonds, les offres ne précisait pas que le notaire devrait remettre les fonds à ces autres créanciers plutôt qu’aux sociétés débitrices, et enfin que la banque ne

1. Cf. notamment *Rép. civil Dalloz*, V° « Notaire » par J. de Poulpiquet (2009), n° 295 et s.

pouvait pas ignorer, en tant que professionnelle du crédit, le risque qu'elle prenait en signant les actes de prêt sans mandater le notaire pour désintéresser les autres créanciers avec les fonds prêtés, aux lieux et places des SCI.

Le pourvoi formé par la banque contre cet arrêt faisait grief à la cour d'appel d'avoir méconnu le double manquement du notaire, à son devoir de conseil et à son obligation d'efficacité de l'acte auquel il prête son concours, et d'avoir ainsi violé l'article 1147 du Code civil.

La première chambre civile accueille le pourvoi et censure la décision des juges du fond, en énonçant, au double visa des articles 1147 et 1382 du Code civil que « le notaire, tenu de prendre toutes dispositions utiles pour assurer la validité et l'efficacité des actes auxquels il prête son concours ou qu'il a reçu mandat d'accomplir, doit, sauf s'il en est dispensé expressément par les parties, veiller à l'accomplissement des formalités nécessaires à la mise en place des sûretés qui en garantissent l'exécution, dont, quelles que soient ses compétences personnelles, le client concerné se trouve alors déchargé ». Sur le fondement de cet attendu de principe, la Haute juridiction estime qu'en écartant la responsabilité du notaire « après avoir relevé que les actes versés aux débats ne laissent aucun doute sur l'intention de la CBC Banque de voir ses créances garanties par une hypothèque de premier rang pour trois des quatre prêts consentis et qu'il n'était pas douteux, à la lecture des bons pour grosse, que la CBC Banque entendait confier au notaire le soin de procéder aux formalités de radiation des hypothèques, comme en témoignait le versement de provisions à cet effet, ce dont il résultait l'obligation pour le notaire d'effectuer toutes les diligences nécessaires, y compris l'affectation des fonds qu'il avait reçus pour un montant suffisant à l'apurement des créances antérieures garanties, à l'inscription des hypothèques dont il avait été chargé, la cour d'appel a violé les textes susvisés ».

Cette décision très didactique renferme un rappel d'ordre général quant au fondement de la responsabilité civile du notaire et d'utiles précisions quant à l'obligation d'efficacité du notaire dans la mise en place des garanties.

1. En vertu de la loi du 25 Ventôse an XI et des textes ultérieurs régissant le notariat (cf. notamment décret n° 71-941 du 26 novembre 1971), le notaire est un officier public qui a un rôle d'authentificateur. Les obligations professionnelles du notaire, pris en sa qualité de rédacteur d'actes, ont ainsi un caractère statutaire. Aussi tout manquement du notaire à ses obligations légales d'ordre statutaire relève-t-il de la responsabilité civile délictuelle, en application des articles 1382 et 1383 du Code civil². La jurisprudence impose en outre au notaire un devoir de conseil qui est complémentaire du devoir d'authentification et se rattache en conséquence aussi à sa mission statutaire³. Si la responsabilité du notaire est délictuelle lorsque le notaire manque à une obligation statutaire, il n'en va pas de même lorsque, allant au-delà de sa mission d'authentification, il assume la fonction d'un mandataire pour le compte de son client : sa responsabilité est alors de nature contractuelle, en

application de l'article 1147 du Code civil⁴. En l'espèce, le double visa des articles 1147 et 1382 du Code civil souligne que, quelle que soit la nature exacte de la mission du notaire (rédacteur d'acte ou mandataire de son client), celui-ci est toujours tenu d'assurer la validité et l'efficacité de ses actes. La haute juridiction rappelle et souligne que les compétences personnelles du client (en l'espèce une banque) ne permettent pas de décharger le notaire de cette obligation, qui peut être rattachée au devoir d'authentification comme au devoir de conseil et participe, en vérité, de sa mission de sécurité juridique. La solution est heureuse, car il est sûr que l'on est rarement bon juge de ses propres affaires, et classique sur le terrain du devoir de conseil qui, selon la Cour de cassation, n'a pas un caractère relatif⁵ et ne peut pas être éludé en raison des compétences personnelles du client⁶. On relèvera à cet égard que le devoir de conseil du notaire, qui est ainsi lié à sa mission et non à l'incompétence de ses clients, est général alors que le devoir de mise en garde du banquier ne s'applique qu'en présence d'un emprunteur ou d'une caution profane (ou non averti)⁷. Le caractère « absolu », parfois affirmé⁸, du devoir de conseil du notaire ne signifie pas cependant que sa responsabilité à ce titre est mécanique et que les compétences personnelles du client sont indifférentes. Si ses compétences ne peuvent priver le client du bénéfice du devoir de conseil, elles peuvent en revanche être prises en compte pour retenir à son encontre une faute qui emporte un partage de responsabilité, comme la Cour de cassation l'a récemment réaffirmé dans une affaire analogue⁹. Au-delà de la réaffirmation de la portée du devoir de conseil et d'efficacité, l'arrêt rapporté en précise les conséquences dans le cadre particulier de la mise en place des garanties.

2. La Haute juridiction affirme que l'exigence d'efficacité impose au notaire d'accomplir, en principe, les formalités nécessaires à la mise en place des sûretés garantissant l'exécution de ses actes, et, par exemple, de veiller à l'apurement des créances antérieures garanties par des hypothèques et de procéder aux formalités de radiation de celles-ci. Il faut relever que l'arrêt rapporté met bien

2. Cf. notamment Cass. 1^{re} civ., 12 juin 1990, Bull. civ. I, n° 160.

3. Cf. notamment Cass. 3^e civ., 10 juillet 1970, Bull. civ. III, n° 484.

4. Cf. J. de Poulpique, *op. cit.*, n° 255, soulignant la « subsidiarité du mandat » qui prépare ou prolonge l'intervention du notaire.

5. Cf. notamment Cass. 1^{re} civ., 13 novembre 1997, Bull. civ. I, n° 308.

6. Cf. Cass. 1^{re} civ., 29 février 2000, Bull. civ. I, n° 72.

7. Cf. notamment Cass. Com. 3 mai 2006, Bull. civ. IV, n° 103 ; Banque & Droit juillet-août 2006, p. 53, obs. N. R. ; adde Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publicité foncière*, Dalloz, 5^e éd., 2009, n° 179.

8. Cf. Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 4^e éd., 2009, n° 778, qui soulignent fort justement l'importance du conseil juridique dans la société contemporaine et la confiance que l'on doit porter aux membres des professions juridiques organisées.

9. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2010, RJDA 2010, n° 1116 : en l'espèce, une banque, qui avait consenti un prêt pour l'achat d'un bien immobilier en l'état futur d'achèvement, avait chargé le notaire rédacteur de l'acte de prendre une inscription hypothécaire de premier rang ; dans le cadre de la procédure de saisie immobilière à l'encontre de l'emprunteur défaillant, la banque a constaté l'existence de deux inscriptions hypothécaires primant la sienne et a engagé de ce chef une action en responsabilité à l'encontre du notaire ; la Cour de cassation censure au visa de l'article 1382 du Code civil l'arrêt d'une cour d'appel ayant condamné le notaire à payer l'intégralité du solde du prêt sans prendre en compte la faute commise par la banque en remettant les fonds au constructeur au fur et à mesure de l'avancement des travaux et non sur le compte de l'étude, comme le prévoyait pourtant l'acte de vente et de prêt.

en exergue que l'efficacité d'un acte s'apprécie au regard de la volonté des contractants. Il souligne en effet nettement l'intention de la banque – établie sans « aucun doute » tant par les actes du notaire que d'autres éléments – de voir ses créances garanties par des hypothèques de premier rang, impliquant de procéder aux formalités de radiation des inscriptions antérieures, pour en déduire que le notaire avait l'obligation de mettre en œuvre l'ensemble des diligences nécessaires à cet effet, même en l'absence de mandat exprès de la banque et quelles que soient les compétences de celle-ci. La Haute juridiction admet cependant que le notaire puisse être déchargé de cette obligation s'il peut justifier d'une *dispense expresse des parties à l'acte*, avec les conséquences qui en résultent sur le terrain de la preuve.

En définitive, l'arrêt rapporté a le mérite de préciser clairement les devoirs du notaire dans le cadre de la mise en place des sûretés, en particulier lorsqu'il intervient pour assurer l'efficacité des garanties d'un crédit bancaire. La solution retenue est juste au regard des compétences spécifiques du notaire en matière d'hypothèque et n'exclut pas les aménagements de sa mission qui peuvent être nécessaires en pratique.

N. R.

Engagement irrévocable et inconditionnel de payer à première demande. Référence aux sommes dues par le débiteur. Garantie autonome ? Cautionnement ? Engagement autonome de payer la dette d'autrui ?

T. d'arrondissement de Luxembourg, XIV^e ch., 22 févr. 2011, n° 31/2011.
Cass. com., 5 oct. 2010, pourvoi n° 09-14.673, F-D.

Doit être qualifié de cautionnement l'acte par lequel un garant déclare s'engager inconditionnellement et irrévocablement à payer à première demande tout montant dû par le débiteur (1^{re} espèce).

Viola l'article 1134 du Code civil la cour d'appel qui, pour décider que l'acte signé par un garant engagé irrévocablement, inconditionnellement et à première demande ne constitue pas une garantie autonome, relève qu'il a été prévu que la demande du bénéficiaire devait être formulée par lettre attestant que la somme demandée était due par le débiteur, et qu'il s'évinçait de ces dispositions contractuelles que l'objet de la convention était constitué par la propre dette de la société (débitrice) et non celle des garants, alors qu'il résultait des propres constatations de cette cour d'appel que la demande formulée par le bénéficiaire de la garantie s'analysait en un appel motivé par l'inexécution par le débiteur de ses obligations, de sorte que le garant, à réception de cette demande, ne pouvait en différer le paiement ni soulever d'objection (2^e espèce).

Engagez-vous de façon inconditionnelle et irrévocable à payer à première demande du créancier tout montant qui pourrait être dû par le débiteur et vous souscrirez un cautionnement. Engagez-vous maintenant de façon inconditionnelle et irrévocable à payer à première demande une certaine somme dont il vous sera dit par le créancier qu'elle est due par le débiteur et vous souscrirez une garantie autonome. La première de ces propositions

résulte d'un jugement rendu le 22 février 2011 par un tribunal du Luxembourg, où il est abondamment renvoyé aux analyses et solutions de la doctrine et de la jurisprudence françaises. La seconde proposition se déduit d'un arrêt rendu le 5 octobre 2010 par la chambre commerciale de notre Cour de cassation¹⁰. Les conclusions auxquelles parviennent ces juridictions s'opposent radicalement l'une à l'autre. On est pourtant frappé par le fait qu'entre les formules de garantie qui leur étaient soumises, il ne paraissait pas exister de différences autres qu'extrêmement ténues. Mais cela ne signifie pas que l'une de ces juridictions se trompe.

Le raisonnement sur lequel on peut faire reposer la conclusion à laquelle parvient la Cour de cassation peut être regardé comme une articulation des trois idées suivantes. La première est sans doute que celui qui souscrit un engagement de garantie qui doit être exécuté « à première demande » (ainsi que c'était le cas) manifeste sa volonté de payer sans pouvoir soulever de contestations qui s'appuieraient sur la considération de la relation contractuelle couverte par la garantie, conformément à ce que l'on attend d'un garant autonome. La deuxième est que lorsque l'on confère à l'objet de son paiement une définition abstraite, en recourant à des formules du type « la somme de tant », « toutes sommes » ou encore « tout montant » (« jusqu'à la somme de 50 000 euros », dans l'affaire qui donne lieu à l'arrêt qui nous intéresse), on soumet le garant à satisfaire non pas à la dette même du débiteur, comme le fait le cautionnement, mais à une dette qui peut être regardée comme distincte, propre à ce garant¹¹, comme l'est celle d'un garant autonome¹². La dernière idée enfin, celle que la Cour de cassation met en avant par sa motivation (en substance, quoiqu'avec ses mots), est que le jeu de la garantie autonome n'est pas incompatible avec l'obligation faite à son bénéficiaire de justifier formellement l'appel qu'il peut en faire, cette justification dût-elle consister comme en l'espèce en un renvoi à l'inexécution de ses obligations par le débiteur. On sait en effet que lorsque le bénéficiaire de la garantie doit ainsi « justifier » l'appel qu'il fait, en indiquant les raisons qui le motivent, cette justification n'émanant a priori que de lui seul, et le garant n'ayant pas normalement la possibilité de discuter du bien fondé du motif indiqué, le caractère discrétionnaire de l'appel n'est atténué que de manière purement formelle, ce qui conserve à la garantie l'essentiel de sa liquidité et laisse intact le principe d'inopposabilité des exceptions appartenant au débiteur principal. Cette dernière idée étant aussi bien établie que les deux précédentes¹³, il faut certainement

10. Sur cet arrêt, v. Ph. Simler, JCP G 2011, 226, n° 9.

11. Le doyen Simler le fait observer : « la formule "tout montant" exprimait clairement que l'obligation n'avait pas pour objet la propre dette du débiteur » (Ph. Simler, loc. cit.).

12. Garant autonome qui, selon l'excellente formule de Michel Vasseur, « ne s'engage nullement envers le bénéficiaire à payer la dette d'autrui » mais promet au bénéficiaire « de lui verser une somme d'argent du fait que prétendument, selon le dire du bénéficiaire, un résultat n'a pas été atteint ».

13. Ainsi que l'écrivait encore Michel Vasseur, « la garantie à première demande justifiée est une garantie qui, par son essence même, est d'abord une garantie à première demande, c'est-à-dire une garantie automatique » (v. M. Vasseur, note sous CA Paris, 24 nov. 1981, D. 1982, p. 300). Sur la notion de garantie autonome justifiée, v. notamment Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, 4^e éd., Litec 2008, n° 892. Adde : D. Legeais, RTD com. 2005, p. 823, obs. sous Cass. com. 12

approuver l'arrêt rendu par la Cour de cassation.

Mais le jugement rendu par le Tribunal du Luxembourg le mérite également.

La décision du Tribunal du Luxembourg peut être fondée quant à elle sur une idée simple, et elle aussi bien éprouvée, qui est qu'un engagement de payer à titre de garantie ne peut être indépendant s'il doit avoir pour objet la propre dette du débiteur, ce qui est la marque de fabrique du cautionnement, qui se distingue des garanties autonomes d'abord sur ce point¹⁴. Or, dans cette seconde affaire, la dette principale même est bien ce à quoi le garant s'était obligé, lui qui s'était engagé à payer, certes, « tout montant » mais tout montant qui serait « dû »... par le débiteur¹⁵. Aussi bien la conclusion à laquelle parviennent les juges luxembourgeois que la garantie souscrite ne pouvait être autonome apparaît-elle également comme parfaitement juste.

Il reste que, si l'on est d'accord ici sur l'essentiel, et la conclusion, on peut ne pas être toujours convaincu par le détail de l'argumentation, qui conduit les juges luxembourgeois à poser notamment, en passant, que toute corrélation établie entre l'obligation du garant et celle du débiteur garanti, que cette corrélation concerne le principe ou le montant de l'engagement du garant, doit forcément conduire à la qualification de cautionnement. Cette assertion n'est sans doute pas exacte : il n'est pas certain en vérité que tout lien de dépendance entre l'obligation du garant et celle du débiteur soit par essence incompatible avec l'existence d'un engagement de garantie non accessoire.

D'abord, on observera que le créancier peut spontanément décider de moduler le montant de son appel en fonction de ce qu'il considère être dû par le débiteur garanti. C'est d'ailleurs précisément ce qu'avait fait le créancier dans l'affaire à propos de laquelle la Cour de cassation s'est prononcée dans l'arrêt du 5 octobre 2010, en réclamant 42 000 euros à un garant engagé à payer tout montant jusqu'à la somme de 50 000 euros. Qui peut le plus peut le moins, dira-t-on, et il a été souligné déjà que le créancier « peut certainement demander un paiement partiel, ne serait-ce que pour éviter une action récursoire fondée sur la perception d'une somme excessive au regard de son préjudice »¹⁶. Il est vrai qu'à partir de l'instant que l'on

a admis que le montant de la garantie autonome peut être enfermé dans un certain plafond plutôt que fixé à l'avance et de façon forfaitaire comme c'est le cas plus habituellement, la solution s'imposait.

Au-delà, il devrait même être possible de stipuler que cette modulation sera la règle, que le quantum de l'obligation du garant, quoiqu'engagé à titre indépendant, devra être déterminé par référence à celui de la dette principale, et ce sans que cela doive nécessairement conduire à la qualification en cautionnement, avec tout ce que cela implique, en particulier cette « interconnexion étroites et de tous les instants »¹⁷. L'engagement d'une caution est très particulier on le sait. La caution s'engage à payer la dette du débiteur principal, à la place de celui-ci. Elle n'est pas tenue d'une dette simplement similaire à celle du débiteur principal (une même dette, mais une dette propre) : elle est véritablement tenue de la dette même du débiteur principal¹⁸. On comprend dès lors que la caution puisse, par principe, prétendre ne jamais avoir à verser un centime de plus que ce que doit le débiteur principal, et ait vocation, par principe, à se prévaloir de tous les arguments susceptibles de remettre en cause l'existence d'un devoir à la charge du débiteur principal¹⁹. La situation du garant autonome, spécialement lorsqu'il est engagé à première demande, est à l'opposé. Mais l'on peut concevoir des situations intermédiaires et retenir éventuellement, en présence de certaines garanties, des analyses qui ne soient pas forcément celle du tout ou rien.

En effet, si en matière de cautionnement la dépendance est le principe, une dépendance de tous les points de vue et de tous les instants, c'est pour la raison qui a été soulignée (l'unicité de dette), à laquelle s'ajoute un certain nombre de dispositions du Code civil qui achèvent d'imprimer à l'engagement de la caution le caractère très accessoire qui est le sien, mais par dérogation à ce qui serait normalement à déduire de l'idée d'indépendance des engagements sous-jacente dans le principe de l'effet relatif. Ceci posé, à partir de l'instant où les parties optent pour une garantie qu'elles

juill. 2005. Cet arrêt, qui « vient confirmer que la garantie justifiée existe bien et n'est pas un cautionnement » (D. Legeais), a été rendu à propos d'un acte de garantie autonome qui prévoyait lui aussi que le bénéficiaire de l'engagement devrait adresser au garant une lettre indiquant que le donneur d'ordre n'avait pas exécuté son obligation. Le demandeur au pourvoi tentait de déduire de cette stipulation que la mauvaise exécution du contrat devait être établie et que la garantie n'était donc pas indépendante. Il lui est répondu par la Cour de cassation que « l'exigence d'une demande justifiée, qui ne confère pas au garant une quelconque faculté d'en discuter le bien fondé, ne suffit pas à exclure la qualification de garantie autonome ».

14. V. Ph. Simler, *op. cit.*, n° 912, et la très abondante jurisprudence citée, à commencer par l'arrêt, considéré comme fondateur, rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 13 décembre 1994, où il est posé très expressément que l'engagement au « remboursement de toutes les sommes dues par le débiteur » ne peut être un engagement de garantie indépendant dès lors qu'il a « pour objet la propre dette du débiteur » (D. 1995, p. 209, rapp. Le Dauphin, note L. Aynès ; JCP G 1995, I, 3851, obs. Ph. Simler ; RTD com. 1995, p. 458, obs. M. Cabrillac).

15. La lettre de garantie, rédigée en anglais, disait précisément ceci : « *Arancel [le garant] hereby unconditionally and irrevocably undertakes to pay to the beneficiary any amount owed by Huta [le débiteur garanti]* ». Et ce sont évidemment les mots « *owed by* » (en français : « dû par ») qui ont beaucoup impressionné les juges.

16. Ph. Simler, JCP 2006, I, 131, n° 11.

17. Les termes sont de MM. Simler et Delebecque in *Les Sûretés, La publicité foncière*, 5^e éd., Dalloz 2009, n° 47.

18. L'analyse dualiste de l'obligation permet de comprendre la situation. Selon cette analyse, il convient de distinguer dans l'obligation deux composantes (sur cette distinction assez mal connue, v., par exemple, G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les obligations*, t. 1, Les sources, 2^e éd. Sirey 1988, n° 2 ; ou F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, *Les Obligations*, 10^e éd., Dalloz 2009, n° 2). La première est le devoir qui incombe à la personne de l'obligé d'accomplir une prestation au profit d'une autre. À ce devoir qui pèse sur l'obligé correspond un droit, le droit substantiel du créancier de l'obligation ou le droit à recevoir une certaine prestation. Ce droit trouve normalement dans la possibilité de contraindre à l'exécution de la prestation due son complément naturel et nécessaire. C'est l'assujettissement au pouvoir de contrainte du créancier, autrement dit la responsabilité (au sens d'obligation de répondre de quelque chose) qui pèse sur l'obligé, qui constitue la deuxième composante de l'obligation. Ceci posé, on peut dire que ce qui caractérise le cautionnement (outre un certain nombre de dérogations au principe d'indépendance des engagements, dérogations qui résultent du Code civil lui-même qui prévoit, notamment, que les modalités du contrat de cautionnement ne peuvent être plus sévères que celles du contrat principal – v. art. 2290) est précisément qu'il n'y a dans cette opération qu'un unique devoir (on invoque souvent, s'agissant du cautionnement, l'idée d'unicité de dette) pour deux possibilités de contrainte, pour deux responsabilités.

19. Art. 2290 C. civ. : le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur ; art. 2289 C. civ. : le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable. Tout cela est très logique : on peut considérer qu'à titre personnel la caution ne doit rien au créancier.

souhaitent distinguer du cautionnement, que ce choix, marqué par l'emploi de certains mots et intitulés, est confirmé par des signes d'indépendance significatifs, tels qu'une clause d'inopposabilité des exceptions, une définition abstraite de l'objet du paiement attendu du garant (engagé au paiement non de la dette du débiteur mais d'une certaine somme), une affirmation éventuellement expresse du caractère propre de la dette qu'il accepte d'assumer, il faut au contraire considérer que c'est l'indépendance qui devient le principe, ce principe dût-il connaître certaines limites, d'origine légales, ou d'origine conventionnelles, comme dans ces cas où la dette propre du garant devrait voir son montant déterminé par référence à ce que le débiteur pourrait devoir ou aura pu devoir à l'instant de cette détermination, au moins apparemment. Il va de soi naturellement que la détermination du montant de l'obligation du garant selon de telles modalités est incompatible avec une clause de paiement à première demande. Mais cela ne signifie en aucun cas qu'il ne devrait rien rester alors de l'indépendance de principe. Ainsi aucune forme de remise accordée au débiteur, par exemple, ni les éventuels manquements du créancier vis-à-vis de ce débiteur, ni l'éventuelle nullité de l'obligation principale ne devraient jamais pouvoir être invoqués par le garant *a priori*. Ainsi devrait-il être également possible de poursuivre le garant sans que la dette garantie soit déjà exigible du débiteur (le solde débiteur à telle date d'un compte-courant qui continue de fonctionner, une dette pour laquelle des délais auraient été consentis, y compris conventionnellement...) ou alors que cette dette ne l'est plus (une suspension des poursuites serait intervenue qui bénéficierait au débiteur, le délai de prescription le concernant serait écoulé...). Par ailleurs le garant se verrait interdire d'invoquer des textes tels que l'article 2308²⁰ ou (surtout ?) l'article 2314 du Code civil²¹. Ce texte en effet, qui participe de façon très importante du caractère protecteur du régime du cautionnement – quoiqu'il ne procède pas du caractère accessoire – et dont les conséquences sont parfois inattendues (l'éventuel jeu de l'art. 2314 en cas de défaut de déclaration²²) ou excessives (le jeu de l'art. 2314 lorsque le créancier omet par exemple de demander l'attribution de son gage²³), n'a jamais vu son domaine étendu à d'autres que la caution²⁴. Tout cela n'est pas rien, et peut éventuellement suffire à ce que soit exactement satisfaite la volonté de parties ayant mis en place

un engagement inconditionnel et irrévocable de payer tout montant, auquel elles auraient pris soin de donner un autre intitulé que celui de cautionnement.

On a beau dire, ou écrire, comme les juges luxembourgeois le font ici – mais de façon sans doute trop catégorique²⁵ –, que les indices tenant à l'utilisation des termes irrévocables et inconditionnels ne sont pas fiables, ne signifient rien, en raison de leur ambiguïté²⁶, ils sont certainement beaucoup moins ambigus en vérité que ne l'est la volonté des parties qui y ont recours de demeurer dans la logique générale du cautionnement. Ces termes en effet ne sont pas ceux du cautionnement et il est vraisemblablement très peu (en existe-t-il ?) de cautionnements véritables à propos desquels les parties tiennent à souligner qu'ils sont à la fois inconditionnels et irrévocables au prétexte que l'engagement de la caution n'est soumis à aucune condition suspensive ou résolutoire et que sa durée est déterminée. Au contraire de ce qui peut être affirmé souvent, les termes dont il s'agit paraissent donc bien correspondre généralement à une volonté peut-être maladroite mais certainement bien réelle d'opter pour l'inopposabilité des exceptions²⁷ et de donner naissance à une garantie non accessoire. Et c'est à cette volonté qu'il faut être attentif et c'est elle qui doit être mise en œuvre, que les termes utilisés puissent être regardés comme ambigus ou non, et même éventuellement par-delà ces termes imparfaits qui peuvent avoir été employés. C'est du reste l'une des raisons pour lesquelles, nonobstant l'apparente contradiction interne de la formule, l'engagement autonome de payer la dette d'autrui sans doute existe²⁸, même si c'est sans le voir que généralement on le rencontre. ■

F. J.

20. « La caution qui a payé une première fois n'a point de recours contre le débiteur principal qui a payé une seconde fois, lorsqu'elle ne l'a point averti du paiement par elle fait; sauf son action en répétition contre le créancier. Lorsque la caution aura payé sans être poursuivie et sans avoir averti le débiteur principal, elle n'aura point de recours contre lui dans le cas où, au moment du paiement, ce débiteur aurait eu des moyens pour faire déclarer la dette éteinte; sauf son action en répétition contre le créancier. »

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

22. V. par exemple Ph. Simler, *Cautionnement, Garanties autonomes, Garanties indemnitaires*, ouvrage précité, n° 721, et Cass. com. 6 févr. 1996, Bull. civ. IV, n° 33.

23. V. Cass. ch. mixte, 10 juin 2005, JCP G 2005, II, 10130, note Ph. Simler; JCP E 2005, 1088, note D. Legeais, RDC 2005, 1136, obs. D. Houtcieff, *Banque & Droit* juill.-août 2005, p. 63, obs. F. Jacob.

24. Ainsi le texte ne bénéficie-t-il pas au codébiteur solidaire, même non intéressé à la dette (v. par exemple Ph. Simler, op. cit., n° 801, et la jurisprudence citée).

25. On lit ainsi dans le jugement, d'une part, que : « Ont été sûrement qualifiés à tort de garanties autonomes des actes intitulés cautionnements par lesquels le garant s'était obligé inconditionnellement et irrévocablement » et, d'autre part, que : « Doivent être approuvées au contraire les arrêts ayant jugé que des engagements irrévocables de payer au cas où le débiteur garanti n'exécuterait pas ses obligations étaient de simples cautionnements et non des garanties indépendantes, la référence à l'inexécution du contrat principal étant révélatrice du caractère accessoire de l'engagement » (ce que la Cour de cassation française ne semble d'ailleurs pas exactement prête à admettre, à en croire notre arrêt du 5 octobre 2010).

26. L'idée générale, reprise à son compte par les juges du tribunal de Luxembourg, est d'une part qu'un cautionnement, comme n'importe quelle convention, peut ou non être assorti de conditions, et donc être « conditionnel » ou « inconditionnel », indépendamment du fait qu'il est accessoire, et d'autre part qu'un cautionnement, comme n'importe quelle convention, peut être « révocable » ou « irrévocable » : « révocable » – ou, plus juridiquement, « résiliable » – s'il a été consenti pour une durée indéterminée, et au contraire « irrévocable » s'il a été consenti pour une durée déterminée, mais sans pour autant cela lui fasse perdre son caractère accessoire.

27. Inopposabilité des exceptions jugée parfois, au demeurant, bien plus significatives que les considérations relatives à l'objet de l'obligation. V. ainsi M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Petel, *Droit des sûretés*, 9^e éd. Litec 2010, n° 503.

28. F. Jacob, *Le Constitutif ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préface Ph. Simler, LGDJ 1998, Bibliothèque de droit privé t. 294.