

Chronique de *Droit* *des Sûretés*



NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégé des Facultés de droit
Professeur*



FRANÇOIS JACOB
Agrégé des Facultés de droit
Professeur*

*Centre de droit des affaires
de l'Université Robert Schuman
(Strasbourg III)



ANDRÉ PRÜM
Agrégé des Facultés de droit
Professeur
Université Nancy II

I Sûretés personnelles

Garantie à première demande. Marchés de travaux. Loi du 16 juillet 1971. Substitution valable à une retenue de garantie

Cass. civ 3^e, 27 septembre 2000, Société Pont à Mousson c/Banque populaire de Lorraine, pourvoi n° E-98-23.281, arrêt n° 1284 FS-D.

La sûreté fournie en substitution de la retenue de garantie que le maître d'ouvrage d'un marché privé de travaux est en droit d'agréer, conformément à la loi du 16 juillet 1971, peut être une garantie autonome plutôt qu'un cautionnement

Le haut degré de sécurité qu'offrent les garanties autonomes incite les créanciers à les préférer aux cautionnements chaque fois que le montant de leur couverture est susceptible d'être apprécié d'avance. N'ayant souvent pas les moyens d'échapper à cette préférence, les débiteurs, professionnels comme simples particuliers, se voient obligés d'accepter que leurs dettes soient garanties par des sûretés indépendantes plutôt qu'accessoires. Tel est le jeu de la liberté contractuelle contre lequel il n'y a pas lieu de s'émouvoir tant que le choix de la sûreté revient aux parties et que la promesse et l'engagement de garantie reposent sur un consentement valide.

Mais peut-on encore admettre qu'un créancier obtienne une garantie autonome au lieu et place d'un cautionnement lorsqu'une loi prévoit expressément que l'obligation en cause peut être couverte par l'engagement d'une caution, sans envisager qu'elle puisse l'être aussi par un garant indépendant ? La question se pose, en particulier, pour les retenues de garantie pratiquées dans le cadre des marchés de travaux privés. La loi n° 71-584 du 16 juillet 1971 per-

met, en effet, à l'entrepreneur d'échapper à cette retenue en fournissant au maître d'ouvrage «une caution personnelle et solidaire émanant d'un établissement financier figurant sur une liste fixée par décret» (art. 1^{er}). Eu égard au caractère d'ordre public de ce texte (art. 3), la cour d'appel de Rouen a estimé, dans un arrêt rendu en 1984 (1), qu'une garantie à première demande émise en substitution de la retenue de garantie était nulle. De façon moins explicite, la chambre commerciale a refusé en 1985 (2) de reconnaître le caractère autonome d'un tel engagement en le requalifiant de cautionnement. Au vu des termes clairs et précis de la loi du 16 juillet 1971, le rejet des garanties à première demande en ce domaine ne semblait ainsi pas sujet à discussion (3), même si la solution peut paraître inopportune (4).

Mais voici que la 3^e chambre civile de la Cour de cassation, par un arrêt du 27 septembre 2000 au style elliptique dont elle cultive l'art, vient ébranler cette certitude.

Se référant à un marché de travaux confié par la société Pont à Mousson (PAM) à la société Schonne agencement et la promesse prise par cette dernière de fournir au maître d'ouvrage une «caution bancaire de retenue de garantie de 5 % du montant TTC de la commande», la Banque populaire de Lorraine (BPL) s'est engagée irrévocablement à payer à PAM «toute somme jusqu'à concurrence de X francs, représentant 5 % du montant TTC de la commande, immédiatement à (sa) demande, sans pouvoir différer le paiement ou soulever de contestation». L'entrepreneur ayant été déclaré en redressement judiciaire avant d'achever les travaux, PAM a mis en jeu la garantie et s'est heurté au refus de la BPL au motif principalement qu'elle ne justifiait pas de l'inexécution de l'obligation garantie, alors qu'aux termes de la loi du 16 juillet 1971 son engagement devait nécessairement s'analyser en un cautionnement soumis aux dispositions de ce texte. La demande de paiement de PAM est rejetée en référé, puis au fond

devant la cour d'appel de Nancy qui a estimé être en présence d'un cautionnement. Sans s'embarrasser d'autres explications et, en particulier, d'aucune référence à la loi du 16 juillet 1971, la 3^e chambre civile casse l'arrêt nancéien pour violation des articles 1134 et 2011 du Code civil.

Peut-on déduire de cette décision que la cour ne voit dorénavant plus d'inconvénient à ce qu'une garantie à première demande, plutôt qu'un cautionnement personnel et solidaire, comme le prévoit expressément la loi, soit substituée à la retenue de garantie que le maître d'ouvrage est en droit d'opérer sur le prix d'un marché de travaux ? La motivation lacunaire de l'arrêt comme le visa ambigu de l'article 2011 C.civ. ne permettent pas de l'affirmer avec certitude. Le refus catégorique de la cour d'une requalification de la garantie émise en un cautionnement, sans tenir aucun compte de la loi du 16 juillet 1971, nous incline à penser cependant qu'elle est prête aujourd'hui à admettre une telle substitution. Il serait temps que le législateur en prenne également acte et modifie en conséquence la loi du 16 juillet 1971, comme il l'a déjà fait d'ailleurs pour les marchés publics (5). En attendant, la prudence reste de mise.

A. P.

(1) C. A. Rouen, 2 février 1984, *RJ com*, 1984, p. 289 note Deleau-Deshayes, D. 1985, IR, p. 243, obs. Vasseur, *RTDCom*, 1985, p. 135, obs. Cabrillac et Teyssie.

(2) Com. 11 déc. 1985, *Bull. civ.*, IV, n° 293.

(3) Ph. Simler, Cautionnement et garanties autonomes, *Litec*, 3^e éd. 2000, n° 922.

(4) G. Pourret, Les cautions de marchés réglementés, cautions ou garanties à première demande, *Petites Affiches*, 19.6.1992, p. 10.

(5) Art. 138 Code des marchés publics modif. par Décret n° 92-1310 du 15 déc. 1992.