

CHRONIQUE

DROIT DES SÛRETÉS

■ TEXTES



NICOLAS RONTCHEVSKY
Agrégré des facultés de droit, Professeur au Centre de droit des affaires, Université Robert Schuman (Strasbourg III)



FRANÇOIS JACOB
Agrégré des facultés de droit, Professeur au Centre de droit des affaires, Université Robert Schuman (Strasbourg III)

Fiducie – Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (LME) – Réforme du régime de la fiducie.

On se souvient que l'introduction de la fiducie dans notre droit par la loi du 19 février 2007 a été accueillie finalement assez fraîchement, alors qu'elle avait été attendue longtemps. L'innovation a naturellement été saluée, comme constituant une avancée sur le plan des principes, allant dans le sens de la modernisation et de la compétitivité des outils juridiques proposés par notre pays. Ce n'est donc pas l'institution ou son utilité qui était en cause. Ce qui l'était est plutôt son régime, composé de règles jugées tantôt trop restrictives, comme celle réservant le recours à la fiducie aux seules personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés, tantôt trop générales, car ne distinguant pas en fonction des différentes utilisations de la fiducie, de sorte que si la fiducie-sûreté était sans doute possible, elle était rendue peu séduisante par des règles de constitution inadaptées.

On ne s'étonnera donc pas que l'ouvrage fiducie ait été remis sur le métier et que des corrections de son régime interviennent aujourd'hui. On les trouve formulées à l'article 18 de la loi du 4 août 2008, dite loi de modernisation de l'économie (LME), qui modifie substantiellement le titre du Code civil consacré à la fiducie, autrement dit les articles 2011 et suivants.

Les modifications apportées par la loi du 4 août 2008 au Code civil sont notamment les suivantes.

En premier lieu, l'article 2014 est abrogé. En conséquence, dès l'entrée en vigueur de la loi¹, les personnes physiques, indépendamment du régime fiscal auquel elles sont soumises, pourront se porter constituant aussi sûre-

ment que les personnes morales, à ceci près que les biens ou droits d'un mineur ne pourront être transférés dans un patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 408-1 nouveau) et que les époux mariés sous un régime de communauté ne pourront l'un sans l'autre transférer un bien de la communauté dans un patrimoine fiduciaire (C. civ., art. 1424, alinéa 2 nouveau)².

En second lieu, il est prévu que le constituant puisse conserver l'usage ou la jouissance du fonds de commerce ou de l'immeuble qu'il aura pu transférer (fonds ou immeuble qui n'est alors soumis ni au statut des baux commerciaux ni à celui de la location-gérance : C. civ., art. 2018-1 nouveau et d'application immédiate).

En troisième lieu, il est prévu que la cession de créances réalisée dans le cadre d'une fiducie est opposable aux tiers à la date du contrat de fiducie et au débiteur cédé par la simple notification qui lui en est faite par le cédant ou le fiduciaire (C. civ., art. 2018-2 nouveau et d'application immédiate).

Enfin, la durée maximale de l'opération de fiducie passe de 33 ans à 99 ans (C. civ., art. 2018 modifié).

Reste à savoir si ces quelques assouplissements du régime de la fiducie favoriseront son utilisation. Les promoteurs de la réforme l'espèrent. Pourtant, si du moins c'est en tant que garantie qu'ils veulent voir la fiducie se développer, ils pourraient bien être déçus. Les nouveautés introduites par la loi LME du 4 août 2008, en effet, ne sont pas toutes de nature à séduire les utilisateurs potentiels. Ainsi l'article 18 de la loi LME prévoit-il, en plus de ce que nous avons dit, une réécriture de l'article 2029 du Code civil, où on lira bientôt que le contrat de fiducie prend fin... par le décès du constituant personne

1. À l'exception de quelques-unes, qui sont d'application immédiate, les dispositions nouvelles n'entreront en vigueur que le 1^{er} février 2009 (loi LME, art. 18-IV).

2. Ces dispositions sont complétées par d'autres qui concernent les majeurs incapables et qui imposent au fiduciaire, lorsque le constituant fait l'objet d'une mesure de tutelle ou de curatelle pendant l'exécution du contrat, de rendre compte de sa mission au moins une fois par an au tuteur, dans le premier cas, au constituant et à son curateur dans le second cas (C. civ., art. 2022, alinéa 2 à venir), étant précisé par ailleurs que le fiduciaire désigné par le contrat de fiducie ne peut exercer la charge curatéliaire ou tutélaire à l'égard du constituant (C. civ., art. 445, alinéa 3 à venir).

physique³ et que lorsque ce contrat prend fin par un tel décès le patrimoine fiduciaire fait de plein droit retour à la succession. Il n'est pas sûr que cela convienne aux créanciers bénéficiaires de fiducies-sûretés.

Par ailleurs, d'autres textes pourraient venir très rapidement contrarier la volonté des auteurs de la loi LME et le développement de la fiducie-sûreté : la future ordonnance, portant diverses dispositions en faveur des entreprises en difficulté est de ceux-là, dont un projet circule et qui pourrait priver la fiducie sûreté d'une partie de son intérêt, intrinsèque d'abord, en soumettant la fiducie-sûreté aux logiques des procédures collectives (ainsi pourrait-il être prévu que la procédure de sauvegarde suspend les effets de la fiducie-sûreté pendant la période d'observation et le plan de sauvegarde), mais aussi de son intérêt comparé, en reconnaissant au bénéficiaire d'un gage sans dépossession un droit de rétention que pour l'instant il n'a pas mais qui changerait beaucoup de choses pour lui.

F. J.

JURISPRUDENCE

Cautionnement – Sous-cautionnement – Moyens de défense opposables par la sous-caution – Responsabilité de la caution à l'égard de la sous-caution.

Cass. com., 27 mai 2008, pourvoi n° 06-19.075, P+B, X c/ Crédit industriel d'Alsace et de Lorraine et autres

La sous-caution, qui garantit la créance de la caution à l'égard du débiteur principal et non la créance du créancier initial à l'égard de ce débiteur, ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal à l'égard de ce créancier, sauf à rechercher la responsabilité de la caution pour avoir fautivement omis d'invoquer lesdites exceptions.

L'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 27 mai 2008⁴ renferme deux propositions intéressantes et qui méritent d'autant plus d'être commentées que la seconde, qui pose les limites de la solution retenue, paraît bien entrer en contradiction avec ce qui a pu être jugé par la première chambre civile de la même Cour de cassation il y a quelques années.

En résumé, la question à résoudre était celle de la possibilité ou non pour une sous-caution de s'appuyer sur des considérations relatives à la relation entre le débiteur principal et le créancier bénéficiaire du cautionnement de premier rang pour organiser sa défense.

En l'espèce, un cautionnement avait été souscrit par une banque en garantie des obligations d'une entreprise de

construction, banque qui avait obtenu que le dirigeant de cette entreprise s'engage en qualité de sous-caution. Le maître de l'ouvrage, estimant que certains des acomptes versés devaient lui être restitués en raison du non-achèvement des travaux de construction commandés, actionna plus tard la banque et obtint d'elle qu'elle satisfasse à son engagement de caution. La banque alors se retourna vers la sous-caution qui, pour échapper au paiement qui lui était demandé, se défendit en faisant valoir que le maître de l'ouvrage devait en vérité lui-même des sommes importantes à l'entrepreneur au titre de l'exécution du contrat d'entreprise et que la rupture de ce contrat était imputable au maître de l'ouvrage en raison des modifications substantielles et répétitives qu'il avait exigées. La cour d'appel, pourtant, jugeant que ces arguments ne pouvaient être invoqués par la sous-caution dans ses rapports avec la banque caution, condamna la sous-caution à payer. Un pourvoi fut formé mais il est rejeté par l'arrêt de la chambre commerciale qui nous intéresse.

Première proposition de la chambre commerciale : la sous-caution, qui garantit la créance de la caution à l'égard du débiteur principal et non la créance du créancier initial à l'égard de ce débiteur, ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal à l'égard de ce créancier. Cette proposition est d'abord un simple rappel de ce qu'est le sous-cautionnement, à savoir une contre-garantie. C'est ainsi la créance de remboursement dont la caution solvens est normalement titulaire contre le débiteur principal qui est garantie⁵, créance qui naît du paiement fait par la caution au créancier principal⁶, a une existence et un contenu distincts de celle dont le créancier « principal » peut se prévaloir. De fait, et puisque la sous-caution n'est pas engagée à satisfaire à l'obligation du débiteur principal envers ce créancier mais à celle dont le débiteur peut être redevable envers la caution solvens, il est logique de considérer que les vices affectant l'obligation du débiteur principal envers le créancier n'affectent pas directement l'obligation de la sous-caution envers la caution. Tel est ce dont la Cour de cassation semble vouloir que l'on convienne, pour commencer. On notera pourtant que sa formule selon laquelle la sous-caution ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette principale n'est pas totalement heureuse. Elle donne à penser que, au contraire des exceptions inhérentes à la dette principale, les exceptions personnelles au débiteur, exceptions que très souvent l'on oppose aux premières, pourraient, pour ce qui les concerne, être invoquées par une sous-caution. Or ce n'est pas le cas : si les exceptions inhérentes à la dette principale doivent échapper à la sous-caution, pour la raison que cette dette principale n'est pas celle qu'elle garantit, il en ira a fortiori de même des exceptions personnelles que le débiteur principal pourrait tirer de la relation principale⁷. Aussi bien, sans doute aurait-il fallu évoquer, non les exceptions inhérentes à la dette principale, mais plutôt les exceptions tirées de la relation principale.

3. Le contrat de fiducie prendra fin aussi, sauf stipulations contraires, lorsque le fiduciaire fera l'objet d'une liquidation judiciaire ou d'une dissolution, ou disparaîtra par suite d'une cession ou d'une absorption et, lorsqu'il sera avocat, en cas d'interdiction temporaire, de radiation ou d'omission du tableau.

4. Cass. com., 27 mai 2008, Droit et procédures septembre-octobre 2008, p. 290, obs. Y. Picod ; R.L.D.C. juillet.-août 2008, p. 33, obs. G. Marraud des Grottes.

5. La sous-caution n'est pas un certificateur de caution qui, lui, est une caution de la caution, engagé au bénéfice du même créancier.

6. Il a été jugé que la caution ne peut recourir avant paiement contre la sous-caution : V. Cass. com., 12 juin 2001, Banque & Droit septembre-octobre 2001, p. 42, obs. F. J.

7. En ce sens, V. Y. Picod, obs. préc.

Deuxième proposition : si la sous-caution ne peut se prévaloir des exceptions inhérentes à la dette du débiteur principal à l'égard de ce créancier... elle peut toutefois rechercher la responsabilité de la caution pour avoir fautivement omis d'invoquer lesdites exceptions. Cette proposition aussi se comprend. On sait, en effet, qu'un risque existe, qui sera d'autant plus fort que la caution dispose d'une contre-garantie : ce risque, relevé notamment par M. Simler⁸, est que la caution se montre parfois trop prompte à satisfaire le créancier. C'est au demeurant pour prévenir ce genre de risque que l'article 2308 du Code civil dispose que « 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 ». Et puisque ce risque de désinvolture de la caution peut être plus grand encore lorsqu'elle dispose d'une contre-garantie et donc d'un double recours, on avait mal compris, il y a quelques années, que la première chambre civile de la Cour de cassation prive la sous-caution, tout aussi exposée que le débiteur, du bénéfice de l'article 2308 du Code civil (qui était alors l'article 2031 du Code civil). La première chambre l'avait fait pourtant, faisant valoir que « dans les rapports existant entre le débiteur principal, la caution et la sous-caution, cette dernière doit à tous égards être traitée comme une caution »⁹, ce qui était supposé impliquer, pour la première chambre, que la sous-caution ne pourrait se prévaloir des dispositions de l'article 2308 du Code civil, « que seul le débiteur est en droit d'invoquer » précisait-elle encore. Mais tout cela n'était pas convaincant puisqu'en vérité il n'y a aucune raison pour que la sous-caution ait davantage que la caution à subir la légèreté de la caution. Et d'ailleurs, si la sous-caution doit à tous égards être traitée comme une caution, il faut alors lui reconnaître le droit de se prévaloir de tous les moyens de défense susceptibles d'être opposés par le débiteur garanti au créancier garanti. Or, parmi ceux-là, figure très certainement celui qui peut tenir aux fautes – même de négligence – que ce créancier (la caution de premier rang, dans la relation considérée) aurait commises envers ce débiteur. C'est ce que semble admettre, aujourd'hui, la chambre commerciale.

D'aucuns relèveront cependant peut-être que la chambre commerciale ne dit pas exactement que la sous-caution peut se prévaloir de l'art. 2308 du Code civil. C'est exact. Mais cela s'explique. L'article 2308 du Code civil ne prévoit la déchéance des recours que pour le cas où la caution a payé sans être poursuivie. Aussi bien admet-on qu'appliquer le texte en dehors de cette hypothèse, dans laquelle on ne se trouvait pas ici, relèverait d'une « extrapolation hasardeuse »¹⁰. Il n'empêche que l'on admet aussi que si la caution, même poursuivie, a payé le créancier en sachant que le débiteur avait les moyens de faire déclarer sa dette éteinte – hypothèse dans laquelle on pourra précisément considérer qu'elle a omis fautivement d'invoquer les exceptions susceptibles d'être tirées de la relation

principale – la déchéance des recours doit certainement encore être admise, par application cette fois du droit commun de la responsabilité¹¹. C'est exactement cette thèse que la chambre commerciale paraît reprendre ici à son compte au bénéfice de la sous-caution. Ajoutons que cette responsabilité encourue par la caution envers le débiteur principal et l'éventuelle sous-caution ne l'est sans doute pas seulement lorsqu'elle a omis fautivement d'invoquer telle ou telle exception appartenant au débiteur mais aussi lorsqu'elle aura négligé de mettre en œuvre ses propres moyens de défense, par exemple ceux que lui offre l'article 2314 du Code civil.

F. J.

Garantie autonome – Dol – Erreur du garant sur l'objet de l'obligation de base – Nullité de la garantie (oui).

Cass. com., 14 mai 2008, n° 582, F-D, X c/ BNP Paribas

Après avoir relevé que c'est au regard du protocole « simple », prévoyant la cession de titres et la conclusion d'un contrat de travail, qui était le seul à être connu de la banque garante, et qui ne prévoyait pas d'indemnité de rupture, qu'il avait été demandé par le donneur d'ordre à la banque d'émettre une garantie autonome pour garantir le paiement partiel des parts d'une société au cédant puis que le donneur d'ordre avait constitué un gage-espèces à cette même fin, et qu'enfin il n'était pas contesté qu'était visé dans la lettre d'engagement autonome de la banque le seul contrat de base de la vente de la société, la cour d'appel a retenu que l'objet de la garantie autonome était le paiement partiel de ces parts. En l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel a, par ces seuls motifs, pu déclarer nulle la garantie autonome consentie par la banque, qui faisait valoir qu'il lui avait été caché que celle-ci portait sur l'indemnité de rupture. En revanche, la cour d'appel a violé les articles 1116 et 1382 du Code civil en déclarant le bénéficiaire de la garantie responsable du préjudice subi par la banque et en le condamnant à payer à celle-ci des dommages-intérêts, en retenant qu'il avait appelé la banque en garantie de façon abusive, alors qu'elle avait constaté que le bénéficiaire avait appelé la garantie de la banque au titre de sa créance d'indemnité de rupture, ce dont il résultait qu'il n'était pas établi qu'il connaissait ni les manœuvres qui auraient été commises par le donneur d'ordre pour cacher à la banque que la garantie portait sur cette indemnité, ni l'erreur qui en serait résulté.

La mise en jeu de la garantie autonome par son bénéficiaire est, au moins en théorie, aussi simple qu'efficace, dans la mesure où le garant ne peut opposer aucune exception tenant à l'obligation garantie et est tenu de payer, sauf en cas d'abus ou de fraude manifeste du bénéficiaire ou de collusion de celui-ci avec le donneur d'ordre (cf. art. 2321 C. civ.).

À cet égard, l'essentiel du contentieux concernant l'appel de la garantie n'est pas suscité en pratique par le garant

8. J.C.P. 2008, I, 303.

9. V. Cass. 1^{re} civ., 26 février 2002, J.C.P. 2002, I, 162, obs. Ph. Simler ; R.T.D.civ. 2003, p. 324, obs. P. Crocq ; *Banquet & Droit* mai-juin 2002, p. 42, obs. F. J.

10. Ph. Simler, *Cautionnement et garanties autonomes*, Litec, 3^e éd., 2000, n° 608.

11. V. Ph. Simler, *loc. cit.*, et la jurisprudence citée.

mais par le donneur d'ordre qui invoque, à tort ou à raison, le caractère abusif ou frauduleux de la demande de paiement adressée par le bénéficiaire au garant. Il est rare en revanche que le garant, qui est le plus souvent une banque, tente de faire échec à l'exécution de la garantie qu'il a souscrite en invoquant la nullité de celle-ci. Aussi convient-il de signaler un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 14 mai 2008¹² qui maintient l'arrêt d'une cour d'appel ayant prononcé la nullité d'une garantie autonome en raison de manœuvres dolosives ayant provoqué une erreur du garant sur l'objet de son engagement.

En l'occurrence, aux termes de trois protocoles du 11 février 2002, la société Mallservices a acheté la totalité des parts de la société IGS, qui étaient détenues par son gérant, M. X, et deux autres personnes physiques. Le premier protocole (dit protocole « simple ») était conclu entre toutes les parties et prévoyait, outre la cession des titres, la conclusion d'un contrat de travail au profit de M. X. Le deuxième protocole, conclu entre la société Mallservices et M. X prévoyait une indemnité de rupture de 137 000 € au profit de celui-ci, ainsi qu'une garantie autonome pour sûreté de cet engagement. Enfin, le troisième protocole (dit « compact »), conclu entre toutes les parties, incluait les engagements des deux premiers protocoles. Sur ordre de la société Mallservices, qui lui avait demandé la mise en place d'une garantie à première demande pour le paiement partiel des parts sociales de M. X à concurrence de la somme de 137 200 €, une banque s'est engagée irrévocablement et inconditionnellement à payer à première demande à M. X, indépendamment des effets juridiques du contrat de vente de la société IGS, tout montant jusqu'à concurrence de 137 200 €, au vu d'une attestation du bénéficiaire que la somme demandée était due par le débiteur. En garantie du recours de la banque, la société Mallservices lui a remis, à titre de gage-espèces, la somme de 137 200 € pour « garantir le paiement partiel des parts de M. X ». En 2004, Monsieur X a été licencié pour faute lourde et, face au refus de la société Mallservices d'honorer ses obligations, il a mis en jeu la garantie autonome. La société Mallservices a ultérieurement été mise en redressement, puis en liquidation judiciaires. La banque ayant invoqué la nullité de la garantie autonome et mis en jeu la responsabilité civile du bénéficiaire, en faisant valoir qu'il lui avait été caché que la garantie portait sur l'indemnité de rupture, la cour d'appel de Rennes a fait droit à ces prétentions et a déclaré nulle la garantie, ordonné la restitution par la banque de la somme détenue au titre du gage-espèces et a dit que M. X et la société Mallservices étaient responsables in solidum du préjudice subi par la banque et fixé sa créance de dommages-intérêts à la somme de 5 000 €.

Aux termes de leur pourvoi, M. X et la société Mallservices faisaient valoir pour l'essentiel, d'une part, que la garantie autonome était un engagement de payer une certaine somme, indépendante du contrat de base, qui était caractérisé par l'inopposabilité des exceptions tirées de ce contrat et que, dès lors, de prétendues manœuvres

dolosives ayant provoqué une erreur du garant sur l'objet de l'obligation de base pour laquelle la garantie avait été sollicitée, ne pouvaient pas entraîner la nullité de ladite garantie et, d'autre part, que M. X n'avait pas été complice des manœuvres de la société Mallservices.

La chambre commerciale réfute ainsi le premier argument : « C'est après avoir relevé que c'est au regard du protocole simple qui était le seul à être connu de la banque, et qui ne prévoyait pas d'indemnité de rupture, qu'il avait été demandé par la société Mallservices à la banque d'émettre une garantie autonome pour garantir le paiement partiel des parts de la société IGS à M. X, puis que la société Mallservices avait constitué un gage-espèces à cette même fin, et qu'enfin il n'était pas contesté qu'était visée dans la lettre d'engagement autonome de la banque le seul contrat de base de la vente de la société IGS, que la cour d'appel a retenu que l'objet de la garantie autonome était le paiement partiel de ces parts ; qu'en l'état de ces constatations et appréciations, la cour d'appel, qui n'avait pas à procéder à la recherche évoquée par la troisième branche [faisant grief aux juges du fond de n'avoir pas recherché si la banque aurait refusé de s'engager si elle avait su qu'il s'agissait de garantir le paiement d'une indemnité de rupture au profit de M. X], qui ne lui était pas demandée, et n'avait pas davantage à répondre à des conclusions que ces appréciations excluaient, a, par ces seuls motifs, pu statuer comme elle a fait ».

En revanche, la chambre commerciale accueille le pourvoi du bénéficiaire de la garantie et juge que la cour d'appel a violé les articles 1116 et 1382 du Code civil en considérant que celui-ci avait appelé la garantie de façon abusive « alors qu'elle avait constaté que M. X avait appelé la garantie de la banque au titre de sa créance d'indemnité de rupture, ce dont il résulte qu'il n'était pas établi qu'il connaissait ni les manœuvres qui auraient été commises par la société Mallservices pour cacher à la banque que la garantie portait sur cette indemnité, ni l'erreur qui en serait résulté ».

Cette décision appelle deux séries d'observations concernant la nullité de la garantie autonome (1°) et la responsabilité civile du bénéficiaire (2°).

1°) Même si la décision commentée n'est pas très claire sur ce point, on croit comprendre que la banque fondait sa demande de nullité de la garantie sur un dol du donneur d'ordre, qui lui aurait caché que celle-ci couvrait non pas le paiement des parts sociales, au titre de la convention de cession de parts sociales prévue par le protocole « simple », mais l'indemnité de rupture prévue dans le deuxième protocole. Au premier abord, il est surprenant que cet argument ait pu être retenu car le donneur d'ordre n'est pas partie à la garantie souscrite par la banque en faveur du bénéficiaire¹³ et, en application de l'article 1116 du Code civil (visant « les manœuvres pratiquées par l'une des parties »), le dol n'est une cause de nullité que s'il émane de la partie envers laquelle l'obligation a été contractée¹⁴ ou si cette partie a été complice des agissements

12. R.D. Bancaire et financier 2008, n° 111, obs. D. Legeais.

13. On peut du reste se demander si le bénéficiaire est partie à la garantie autonome souscrite en sa faveur, celle-ci étant parfois qualifiée d'engagement unilatéral (sur le débat que peut susciter cette qualification, cf. M. Cabrillac, Ch. Mouly, S. Cabrillac et Ph. Pétel, *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd., 2007, spéc. n° 554 ; comp. L. Aynès et P. Crocq, *Droit civil, Les sûretés*, Defrénois, 3^e éd., 2008, spéc. n° 341, qui qualifient la garantie autonome de contrat unilatéral).

14. V. notamment Cass. com., 1^{er} avril 1952, D. 1952, p. 380 ; Cass. com., 27 novembre 2001, *Contrats, conc. consom.* 2002, n° 45, note L. Leveneur.

d'un tiers¹⁵. La Cour de cassation a cependant déjà jugé que le dol d'un tiers était une cause de nullité lorsque l'erreur qu'il avait provoquée portait sur la substance de l'engagement¹⁶. C'est alors, en vérité, l'erreur et non le dol qui est la cause de la nullité de l'engagement (cf. art. 1110 C. civ.). Tel est, nous semble-t-il, le fondement de l'annulation de la garantie en l'espèce, la Cour de cassation considérant que la banque, n'ayant eu connaissance que du protocole « simple » et n'ayant visé dans sa lettre de garantie que le paiement des parts sociales prévues par ce protocole, n'avait pas entendu couvrir le paiement de l'indemnité de rupture prévue par un autre protocole. Cet examen de l'objet de la garantie ne méconnaît pas son caractère autonome et l'inopposabilité des exceptions qui en font la spécificité et lui confèrent sa rigueur et son efficacité. D'abord, comme cela a été souligné, au stade de sa mise en place, la garantie est nécessairement souscrite « en contemplation d'une obligation principale »¹⁷. Cette détermination préalable de l'objet de la garantie est indispensable pour connaître le risque couvert par le garant car une garantie, fût-elle autonome, ne doit pas pouvoir être appelée pour n'importe quelle dette du donneur d'ordre¹⁸. Ainsi, la garantie ne peut pas jouer au titre d'un autre engagement du donneur d'ordre que celui pour lequel elle a été souscrite¹⁹. Ensuite, la règle de l'inopposabilité des exceptions tenant à l'obligation garantie (cf. art. 2321, al. 3 C. civ. ; cette règle exclut que le garant puisse invoquer, par exemple, la nullité,

la résolution ou la résiliation ou l'exécution du contrat de base si elles ne sont pas incontestablement établies) n'était pas en cause ici puisque le garant invoquait une exception tirée de la garantie elle-même et plus précisément de son objet.

L'apport de l'arrêt rapporté est donc d'admettre que l'erreur commise par le garant quant au périmètre de la garantie est susceptible d'entraîner la nullité de son engagement. Cette solution mérite d'autant plus d'être approuvée en l'espèce que, même si le montant de l'indemnité de rupture était égal à celui du paiement partiel des parts sociales, la banque garante ne bénéficiait d'un gage-espèces en contre-garantie de son engagement qu'au titre de la garantie du paiement partiel des parts sociales.

2°) La Cour de cassation considère à juste titre que les juges du fond ne pouvaient pas retenir la responsabilité civile délictuelle du bénéficiaire de la garantie et le condamner à payer des dommages-intérêts à la banque garante, alors qu'il n'était pas établi qu'il avait eu connaissance des manœuvres du donneur d'ordre et de l'erreur qu'elles avaient provoquée. En d'autres termes, en l'absence de faute prouvée du bénéficiaire, sa responsabilité ne pouvait pas être engagée. Il semble du reste que le bénéficiaire de la garantie avait lui aussi été victime des manœuvres du donneur d'ordre qui, aux termes du deuxième protocole, devait mettre en place une garantie autonome au titre du paiement de l'indemnité de rupture mais n'avait demandé à la banque de s'engager qu'au titre du paiement partiel des parts sociales... Le bénéficiaire pouvait ainsi penser que la garantie couvrait bien l'indemnité de rupture (même si elle n'était pas visée dans la lettre d'engagement de la banque) alors que la banque n'entendait garantir de son côté que le paiement partiel des parts sociales. ■

N. R.

15. V. notamment Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit civil, Les obligations*, Defrénois, 3^e éd., 2007, n° 513. Mais en l'espèce, le bénéficiaire de la garantie ne semblait pas avoir été complice de la dissimulation reprochée au donneur d'ordre, les juges du fond ayant seulement retenu à son encontre un appel abusif de la garantie pour avoir demandé à la banque d'exécuter celle-ci pour un objet qu'elle n'avait pas accepté de couvrir.

16. V. notamment Cass. 1^{re} civ., 3 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n° 288.

17. Ph. Simler et Ph. Delebecque, *Droit civil, Les sûretés, La publication foncière*, Dalloz, 4^e éd., 2004, spéc. n° 284.

18. Cf. notamment L. Aynès et P. Crocq, *op. cit.*, n° 333 et 341.

19. V. déjà en ce sens, T. com. Paris, ord. réf., 1^{er} août 1984, *J.C.P.* 1986, II, 20526, note M. Azencot, qui, se plaçant sur le terrain de l'appel abusif de la garantie, souligne que « de l'aveu même du maître de l'ouvrage, le motif réel de l'appel de ces garanties ne correspond pas à l'objet pour lequel elles ont été émises ».