

GENERAL CORPORATE

Les garanties personnelles en droit suisse

T A V E R N I E R



T S C H A N Z



GENERAL CORPORATE

Les garanties personnelles en droit suisse

Les garanties sont généralement définies en droit suisse comme tous les droits qui améliorent la position du créancier par rapport aux créances ordinaires. Au sens générique, «*Les contrats de garantie sont tous ceux par lesquels le garant promet à son partenaire avec effet immédiat mais pour le cas où surviendrait (ou ne surviendrait pas) un évènement déterminé mais incertain (espéré ou redouté) qui présente pour lui un intérêt patrimonial, une prestation indépendante, mesurée à cet intérêt*»¹.

Contrairement aux garanties réelles (hypothèque, cédula hypothécaire, nantissement), les garanties personnelles ne confèrent pas au créancier un droit réel sur une chose mais uniquement une créance, un droit personnel contre le garant. Le droit matériel suisse ne définit pas toutes les garanties personnelles. Le cautionnement y est décrit de façon extensive et sert de point de repère à la jurisprudence dans la délimitation des autres engagements personnels auprès d'un débiteur.

Les garanties personnelles peuvent être divisées en deux catégories: d'une part les garanties dites indépendantes, fruit de la liberté contractuelle et d'autre part les garanties accessoires, qui s'inscrivent nécessairement dans des catégories de cautionnement, et sont donc soumises aux nombreuses normes impératives tendant à protéger celui la caution. Dans la pratique, des termes flous sont souvent, parfois volontairement, utilisés. Le but de ce bref ouvrage est de présenter les différentes garanties personnelles reconnues par le droit suisse, en fonction de leurs caractéristiques.

1 Scyboz G., Le contrat de garantie et le cautionnement, in *Traité de droit privé suisse VII, 2*, p. 13, Fribourg 1979.

Sommaire

I	Typologie des garanties personnelles	5
A.	Les garanties accessoires	5
	1. Le cautionnement en général	5
	<i>a. Définition du contrat</i>	5
	<i>b. Les parties aux contrats</i>	5
	<i>c. Les relations juridiques</i>	6
	2. Spécificités du cautionnement solidaire	6
	3. Spécificités du cautionnement simple	7
	4. L'arrière caution et le certificateur de caution	7
B.	Les garanties indépendantes	8
	1. La promesse de porte-fort	8
	<i>a. Définition du contrat</i>	8
	<i>b. Les relations juridiques</i>	9
	<i>c. Caractère indépendant de l'engagement</i>	9
	2. La garantie autonome	10
	<i>a. La garantie ordinaire et la garantie documentaire</i>	10
	<i>b. La garantie à première demande</i>	11
	3. La reprise cumulative de dette	11
	4. La déclaration de patronage	12

II Les critères de distinction entre garantie indépendante et cautionnement	13
A. Introduction	13
B. Nature de la créance garantie	13
C. Texte de la garantie	14
D. Clause à première demande	15
E. Contexte de l'opération et identité du garant	16
1. Identité du garant	16
2. Contexte de l'opération	17
F. Rapport à la créance principale	17
G. Renonciation aux exceptions	18
III Les conditions d'appel à la garantie	19
A. Conditions d'appel à la caution	19
1. Conditions relatives à la créance principale	19
2. Conditions relatives à la créance du contrat de cautionnement	19
3. Conditions spécifiques d'appel à une caution solidaire	20
4. Conditions spécifiques d'appel à une caution simple	21
B. Conditions d'appel au porte-fort	22
C. Conditions d'appel à la garantie autonome	22
D. Conditions d'exercice de la créance en cas de reprise cumulative de dette	23
E. Conditions d'appel à la déclaration de patronage	23

IV Rapport avec la créance principale	24
A. Opposabilité des exceptions de la créance principale	24
1. Droits de la caution en cas de cautionnement	24
2. Droits du promettant en cas de promesse de porte-fort	25
3. Droits du garant en cas de garantie autonome	25
4. Droits du codébiteur solidaire en cas de reprise cumulative de dette	26
B. Nullité, impossibilité de la créance principale	26
1. Le cautionnement	26
2. Les garanties indépendantes	27
3. Le cas particulier de la reprise cumulative de dette	27
C. Extinction de la créance principale	28
1. Extinction de la créance principale en cas de cautionnement	28
2. Extinction de la créance principale en cas de garanties indépendantes	28
3. Le cas particulier de l'extinction de la dette d'un codébiteur	29
D. Prescription de la créance principale	29
1. En cas de cautionnement	29
2. En cas de garanties indépendantes	29
3. Le cas particulier de la reprise cumulative de dette	30
E. Cession de la créance principale	30
1. Cession de la créance principale en cas de cautionnement	30
2. Cession de la créance principale en cas de garantie indépendante	31
F. Reprise de la dette du débiteur principal	31
1. Situation de la caution en cas de reprise de dette du débiteur principal	31
2. Situation du garant en cas de reprise de dette du débiteur principal	31
G. Concordat au bénéfice du débiteur principal	32
H. Garantie d'une créance future	32
1. Cautionnement d'une créance future	32
I. Garantie d'une universalité de créances	33
1. Cautionnement d'une universalité de créances	33
2. Garantie indépendante de créances futures et d'une universalité de créances	33

V Régime légal	34
A. Règles de forme	34
1. Forme du cautionnement	34
<i>a. Cautionnement par des personnes mariées ou au bénéfice d'un partenariat enregistré</i>	34
<i>b. Forme de l'acte de cautionnement</i>	34
2. Forme des garanties indépendantes	35
B. Rapport avec les droits de gage	36
1. Le cautionnement	36
2. Les garanties indépendantes et les droits de gage	37
C. Réduction légale	37
1. La réduction légale de la dette de la caution	37
2. Sort de la dette des garants en cas de garanties indépendantes	38
D. Devoir de diligence du créancier principal	38
1. Devoir de diligence à l'égard de la caution	38
2. Devoir de diligence à l'égard du garant en cas de garanties indépendantes	39
E. Durée de validité	40
1. Durée de validité du cautionnement	40
2. Durée de validité des garanties indépendantes	41
3. Durée de validité de l'engagement en qualité de codébiteur solidaire	41
F. Prescription et péremption	41
1. Le cautionnement	41
2. Les garanties indépendantes	42
3. Le cas particulier de la reprise cumulative de dette	42
G. Faillite du garant	42
1. Faillite de la caution	42
2. Faillite du garant en cas de garanties indépendantes	43
3. Le cas particulier de la faillite d'un codébiteur	43
H. Droit de recours du garant contre le débiteur principal	44
1. Droit de recours de la caution	44
<i>a. Le droit de recours général</i>	44
<i>b. Le droit de recours spécial</i>	44
2. Droit de recours du garant en cas de garanties indépendantes	45
3. Les particularités du droit de recours entre codébiteurs solidaires	45
I. Droit applicable	45
1. Droit applicable aux cautionnements	45
2. Droit applicable aux garanties indépendantes	46

I Typologie des garanties personnelles

A. Les garanties accessoires

Par garantie dépendante il faut comprendre les engagements pris par le garant de répondre accessoirement à l'exécution de la dette dite principale. Cet engagement est considéré accessoire dans la mesure où son destin est intimement lié à celui de la dette principale. Il ne peut concerner qu'une obligation valable (art. 492 al. 2 CO)². Par accessoriété, il faut en effet entendre «*le lien de dépendance de l'engagement du garant à l'égard de l'obligation du débiteur principal. Alors qu'avec le cautionnement le garant assure la solvabilité du débiteur ou l'exécution d'un contrat, la garantie dite indépendante assure une prestation comme telle, promise au créancier indépendamment de l'obligation du tiers*»³.

1. Le cautionnement en général

a. Définition du contrat

Régi par les art. 492 ss du Code des obligations, le cautionnement (*die Bürgschaft*) est un contrat conclu entre la caution et le créancier d'une somme d'argent. Par le cautionnement, le garant, appelé caution, assure l'exécution d'un contrat⁴ ou la solvabilité du débiteur initial de cette somme d'argent, débiteur qui n'est pas partie au cautionnement⁵. Le cautionnement présuppose donc l'existence d'un autre engagement: celui qui doit être garanti. Il est rattaché à cet engagement et en dépend nécessairement pour son existence et son objet.

Dans le but de protéger la caution, considérée comme la partie faible à ce contrat, le législateur a opté pour des dispositions relativement impératives. A moins que le contraire ne résulte de la loi, la caution ne peut renoncer d'avance aux droits qui lui sont conférés par les articles 492ss (art. 492 al. 4 CO). Une éventuelle renonciation de la part de la caution est considérée comme «*nulle et non avenue*», en application de l'art. 20 CO⁶, sauf dans les cas expressément réservés par la loi⁷.

Malgré l'existence de ces dispositions tendant à protéger la caution, tant la doctrine que la jurisprudence admettent qu'une personne puisse s'engager à un autre titre, soit en qualité de garant selon les modalités des garanties indépendantes⁸.

b. Les parties aux contrats

Le cautionnement met en relation trois parties: le créancier et le débiteur de la relation principale, relation dite de base. A ces deux parties s'ajoute la caution qui garantit la dette du créancier.

Toute personne physique titulaire de l'exercice des droits civils, ou morale tant de droit privé que de droit public, peut se porter caution. Toutefois, dans le but de protéger certaines personnes d'engagements unilatéraux, la loi établit des limites importantes à ce principe.

2 Par exemple ATF 120 II 35 c. 3a; ATF 122 III 125 c. 2b

3 ATF 120 II 34 c. 3b non publié

4 ATF 125 III 305 c. 2a; ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535 c. 2.1.

5 LOMBARDINI, Droit bancaire suisse, Zurich 2002, p. 600.

6 LOMBARDINI, p. 602.

7 CO 492 IV réserve expressément cette possibilité. Voir notamment CO 495 IV, 496 II, 497 II, 497 IV, 499 II et III, 500 I, 501 IV.

8 ATF 111 II 284, JdT 1986 I 96 c. 2.

Certaines catégories de personnes ne peuvent absolument pas se porter caution. Leur engagement sera considéré nul. Il s'agit des mineurs, des interdits sous tutelle (art. 408 CC), des personnes sous conseil légal gérant (art. 395 al. 2 CC) et du débiteur au bénéfice d'un sursis concordataire (art. 298 LP)⁹.

D'autres personnes doivent obtenir le consentement d'un tiers pour pouvoir se porter caution. C'est le cas notamment des personnes mariées selon l'art. 494 CO¹⁰.

c. Les relations juridiques

Le cautionnement est un contrat unilatéral: seule la caution prend un engagement dont le créancier est entièrement bénéficiaire. Par le contrat, la caution s'engage envers le créancier d'un débiteur principal à répondre accessoirement de l'exécution de la dette pécuniaire de ce dernier. Le contrat est donc conclu entre le garant appelé la caution et le créancier de la dette principale. Le débiteur principal n'est pas partie à ce contrat.

Il existe donc trois relations juridiques distinctes:

- La relation juridique dite de base, qui lie le débiteur principal au créancier.
- Le contrat de cautionnement, relation juridique entre le créancier et la caution appelée (rapport de valeur).
- La relation juridique entre la caution et le débiteur principal, (rapport de couverture). Les règles du cautionnement prévoient un droit de recours de la caution contre le débiteur principal si elle a désintéressé le créancier¹¹.

Ces relations juridiques sont liées puisque la caution s'engage par contrat à exécuter à la place du débiteur son obligation si les conditions légales sont remplies. Mais la caution ne répondra de la dette du débiteur principal qu'à concurrence de l'engagement pris à l'égard du créancier. Elle ne s'engage donc pas à prendre «la place» du débiteur, à concurrence de la dette de celui-ci.

2. Spécificités du cautionnement solidaire

L'engagement d'une caution peut prendre deux formes différentes. Le cautionnement simple et le cautionnement solidaire.

Le cautionnement solidaire est la forme d'engagement par caution qui est la plus courante en pratique. C'est par ailleurs la forme de cautionnement qui ressemble le plus aux engagements dits indépendants¹². Grâce à cette institution prévue à l'art. 496 CO, le créancier peut rechercher la caution avant de poursuivre le débiteur principal et sans être tenu de réaliser préalablement les gages immobiliers qu'il peut avoir à l'encontre de ce même débiteur¹³. La caution ne devient toutefois pas débiteur solidaire du débiteur principal. Elle a une exception propre au droit du cautionnement: le bénéfice de discussion réelle limitée (art. 496 al. 1 CO)¹⁴ qui lui permet d'exiger du créancier qu'il fasse réaliser tous les gages mobiliers garantissant la créance avant de faire appel à son paiement.

⁹ *Infra* V/H/1.

¹⁰ *Infra* V/A/1.

¹¹ *Infra* V/I/1

¹² *Infra* I/B.

¹³ CR CO I – MEIER, Art. 496 CO, N. 1

¹⁴ *Infra* III/A/3.

Sous cette réserve, dès que le débiteur est en retard dans l'exécution de son obligation et que le créancier l'a sommé de s'exécuter, ou dans les cas d'insolvabilité notoire, il peut demander l'intervention de la caution.

3. Spécificités du cautionnement simple

Le cautionnement simple, prévu par l'art. 495 CO crée une obligation strictement subsidiaire: le créancier ne peut pas poursuivre la caution aussi longtemps qu'il n'a pas fait valoir ses droits contre le débiteur. C'est pourquoi la caution que le créancier recherche avant le débiteur peut lui opposer deux exceptions: le bénéfice de discussion personnelle (art. 495 al. 1 CO) et le bénéfice de discussion réelle (art. 495 al. 2 CO)¹⁵.

- Le bénéfice de discussion personnelle permet à la caution de n'intervenir que si le débiteur principal ne peut plus honorer son engagement ou pour autant qu'il n'a pas désintéressé le créancier (art. 495 al. 1 CO). Cela oblige le créancier à mettre en œuvre tout ce qu'on peut attendre de lui pour obtenir l'exécution du débiteur principal avant de recourir à la caution.
- Le bénéfice de discussion réelle permet à la caution de refuser d'intervenir tant que le créancier ne s'est pas désintéressé sur les gages éventuels qui garantissent la dette cautionnée (art. 495 al. 2 CO). Les gages visés par cette disposition peuvent être des gages mobiliers ou immobiliers, conventionnels ou légaux.

La caution simple renonce souvent par convention au bénéfice de discussion réelle immobilière. L'article 495 al. 2 CO est en effet de droit dispositif, ce qui relativise encore plus la subsidiarité du cautionnement simple.

4. L'arrière caution et le certificateur de caution

L'arrière caution et le certificateur de caution sont deux types de cautionnement simple aux modalités particulières.

Le certificateur de caution, prévu par l'art. 498 al. 1 CO cautionne l'engagement de la caution principale à l'égard du créancier. Il s'agit d'un contrat de cautionnement (art. 492 ss CO) entre le créancier et le certificateur de caution qui a pour objet de renforcer encore la position dudit créancier. Le certificateur cautionne la dette due par la première caution au créancier. Dans les cas où un certificateur de caution s'engage à côté de la caution, le créancier bénéficie d'une double garantie pour le paiement de la dette du débiteur principal: l'engagement d'une caution et l'engagement à titre de caution simple par le certificateur de caution de la dette de la première caution. Le certificateur répond de la dette de la caution envers le créancier de la même manière que la caution simple répond de la dette du débiteur principal.

L'arrière caution est une institution prévue par l'art. 498 al. 2 CO. L'arrière caution garantit envers la caution la créance récursoire qui appartient à celle-ci contre le débiteur principal. Cette institution est un contrat de cautionnement conclu entre l'arrière caution et la caution tendant à renforcer la position de la caution envers le débiteur principal. En général l'arrière caution s'engage à titre de caution simple. La caution ne pourra donc se retourner contre elle que si elle l'a fait préalablement contre le débiteur principal et n'a pas été désintéressée par celui-ci¹⁶. La forme exigée pour les actes de cautionnement l'est également pour l'engagement de la caution et de l'arrière caution¹⁷.

15 *Infra* III/A/4.

16 *Infra*. III/A/4.

17 Arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} septembre 2006, 4C.221/2006.

B. Les garanties indépendantes

En pratique, on fait souvent appel à d'autres types d'engagements que le cautionnement à titre de garantie. Seront appelées garanties indépendantes les engagements qui ne sont pas accessoires de l'engagement principal. Ils se distinguent du cautionnement par une indépendance accrue par rapport à l'obligation garantie et par l'absence de formalisme¹⁸.

1. La promesse de porte-fort

a. Définition du contrat

Le porte-fort promet au stipulant une prestation comme telle, indépendamment de l'obligation du tiers¹⁹. La promesse de porte-fort est une institution prévue par l'article 111 CO, qui dispose que «*celui qui promet à autrui le fait d'un tiers, est tenu à des dommages-intérêts pour cause d'inexécution de la part de ce tiers*». Cet article unique étant essentiellement lacunaire, on lui associe toute situation qui a pour objet une telle promesse dans la mesure où aucune autre disposition légale n'en traite²⁰.

Celui qui se porte fort (le promettant) promet au créancier (le bénéficiaire) le fait d'un tiers – qui peut être le débiteur initial dudit créancier mais également n'avoir aucune relation préexistante avec lui. Le promettant s'engage à payer des dommages-intérêts au bénéficiaire si le tiers ne s'exécute pas²¹. Le comportement que le créancier attend du tiers doit consister en un intérêt appréciable en argent²². La promesse de porte-fort peut être autonome, soit constituer un contrat en soi, ou peut également faire partie intégrante, à titre de clause de garantie, d'un autre contrat.

Lorsqu'il n'existe aucun lien juridique entre le tiers dont le promettant assure le fait, et le bénéficiaire, la promesse ne constitue pas une garantie. Dans les hypothèses où le tiers est obligé envers le bénéficiaire, le promettant garantit son engagement. C'est sur ce deuxième type de porte-fort que nous nous concentrerons ici.

Un des éléments caractéristiques de ce contrat est le fait que souvent le promettant agit dans son propre intérêt, son but étant d'induire le bénéficiaire dans un comportement qui lui est favorable. La promesse de porte-fort est un contrat innomé qui obéit aux règles ordinaires de conclusion des contrats en droit suisse. En principe, ce contrat est unilatéral: seul le promettant s'oblige en faveur du bénéficiaire qui se contente d'accepter son engagement, parfois même par actes conclusants. Les éventuels problèmes de capacités de contracter ne concernent que le promettant. La capacité de contracter du débiteur principal n'a aucune influence sur la validité du contrat. En effet, le caractère indépendant de la garantie implique qu'elle survive à une nullité pour incapacité de contracter du débiteur de l'obligation qu'elle a pour objet de garantir²³.

Exceptionnellement, ce contrat peut être bilatéral. Dans ce cas, il faudra également vérifier la capacité de s'engager du bénéficiaire.

18 Cf. *Infra*. V/A sur la question des exigences de forme.

19 ATF 125 III 305 c. 2b; BR 2008, p. 70; ATF 131 III 606

20 ATF 113 II 434, JdT 1988 I 185 c. 2a; CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 4.

21 ATF 125 III 305 c. 2b; BR 2008 p. 70.

22 CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 2.

23 ATF 120 II 35 c. 3a.

Les garanties personnelles en droit suisse

L'art. 111 CO est de droit dispositif, les parties peuvent donc valablement y déroger. Elles peuvent ainsi notamment prévoir que le garant ne paiera pas des dommages-intérêts en raison de l'inexécution du débiteur principal mais qu'il prendra en charge l'obligation à laquelle ce dernier s'est engagé. La liberté contractuelle des parties couvre également la forme de leur contrat: le porte-fort n'est soumis à aucune forme spéciale²⁴.

b. Les relations juridiques

Trois relations juridiques sont en cause.

- La relation entre le promettant et le bénéficiaire. C'est la relation contractuelle qui fait l'objet de la promesse de porte-fort. Le promettant prend l'engagement inconditionnel d'indemniser le bénéficiaire pour le cas où le débiteur ne s'exécute pas. Il n'est, sauf convention contraire, pas tenu de faire à la place du débiteur le fait promis, mais bien de réparer le dommage que le bénéficiaire a subi du fait que le débiteur n'a pas honoré son engagement²⁵.
- La relation, appelée rapport de base, entre le bénéficiaire et le débiteur principal dont le garant promet la dette. En cas d'inexécution ou de mauvaise exécution par le débiteur de l'obligation promise dans ce rapport juridique, le créancier pourra faire appel au promettant, aux conditions de leur accord. L'existence de cette relation n'est pas une condition nécessaire à la constitution d'une promesse de porte-fort.
- La relation entre le promettant et le débiteur principal appelée rapport de couverture. A nouveau, il est possible que ces parties soient liées par un contrat préalable. Toutefois, cela ne constitue pas la condition nécessaire à l'existence d'une promesse de porte-fort.

c. Caractère indépendant de l'engagement

Dans la promesse de porte-fort, le fait promis consiste en l'exécution d'une obligation du débiteur principal envers le créancier²⁶. L'obligation à laquelle s'engage celui qui assure le fait d'un tiers est une obligation indépendante par opposition au caractère accessoire de l'engagement d'une caution. Ainsi, l'obligation à laquelle s'engage le promettant existe même si le débiteur du créancier ne l'est plus, si son obligation n'a pas pris naissance, est nulle ou a été invalidée²⁷. C'est le principal critère de distinction entre le cautionnement et les autres garanties: l'accessoriété par rapport à la créance principale entraîne forcément l'application des règles sur le cautionnement alors qu'en l'absence d'accessoriété l'engagement sera au sens des tribunaux toujours considéré indépendant. Cette division fait l'objet de nombreuses critiques notamment parce que la distinction dans les faits est souvent peu claire.

La conséquence du fait que le garant n'est tenu qu'à des dommages-intérêts en lieu et place de la prestation du débiteur est qu'il peut promettre de garantir n'importe quelle prestation appréciable en argent, même une prestation négative.

24 *Infra*. V/A.

25 CR CO I-TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 13.

26 ATF 113 II 434, JdT 1988 I 185 c. 2a.

27 BR 2008 p. 70; ATF 111 II 276, JdT 1986 I 255 c. 2b; ATF 113 II 434, JdT 1988 I 185 c. 2b; ATF 125 III 305 c. 2b.

2. La garantie autonome

La garantie autonome (*das Garantievertrag*) est le type d'engagement à titre de garantie que peut prendre une banque (ou un autre institut analogue) de fournir au bénéficiaire une certaine somme d'argent au cas où un tiers (le donneur d'ordre, souvent client de la banque ou de l'institut en question) ne respecterait pas les obligations qu'il a envers ledit bénéficiaire, ou au cas où le bénéficiaire en ferait la demande²⁸. La garantie bancaire est une institution née de la pratique commerciale internationale. En droit suisse, elle est considérée comme un contrat innomé liant le garant au bénéficiaire et auquel le donneur d'ordre n'est pas partie. Cette garantie se caractérise par sa souplesse, elle est habituellement payable à la demande du bénéficiaire pendant un certain délai et si certaines conditions sont réalisées. Certaines distinctions s'imposent.

- *En cas de promesse de porte-fort*, le promettant prend un engagement propre certes, mais de payer des dommages-intérêts en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de l'obligation du débiteur principal. Le garant s'oblige à exécuter une dette propre correspondant à l'obligation du débiteur principal, et non un succédané à celle-ci. Leurs modes de mise en œuvre et les enjeux soulevés sont toutefois très proches, raison pour laquelle, en dépit de cette légère différence, ils sont très souvent étudiés ensemble.
- *En cas de cautionnement*, la caution paye la dette du débiteur principal à concurrence de son engagement, alors que le garant paie sa propre dette à l'égard du bénéficiaire. Par ailleurs, les règles sur le cautionnement prévoient de façon détaillée les moyens de recours contre la caution, qui ne pourra jamais être recherchée en première ligne aux cotés du débiteur principal, au contraire du garant.
- *En cas de reprise cumulative de dette*, le reprenant fait sienne la dette du débiteur initial ce qui entraîne un principe de solidarité entre eux. Cela n'est pas le cas du garant qui garde une certaine indépendance par rapport au donneur d'ordre. Ensuite, dans le rapport entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire, le paiement du garant n'est pas définitif. Le donneur d'ordre demeure libre de se retourner contre le bénéficiaire s'il estime que le paiement est intervenu indûment. Ce droit n'appartient plus au débiteur principal en cas de reprise cumulative.

Les garanties bancaires peuvent à leur tour être divisées en trois catégories selon leur mode de mise en œuvre: la garantie simple, la garantie à première demande et la garantie documentaire.

a. La garantie ordinaire et la garantie documentaire

Par garantie ordinaire ou accessoire²⁹, il faut comprendre le type d'engagement indépendant dans lequel aucune clause relative à l'appel de la garantie n'est prévue. Elle présente un certain caractère accessoire en ce sens que le créancier qui veut être désintéressé par le garant doit apporter la preuve de l'inexécution de la dette principale, preuve qu'il peut apporter par tous moyens. Ce type de garantie est très rare.

Les garanties documentaires en revanche, ne peuvent être mises en œuvre qu'à la suite de la présentation de documents mentionnés dans le contrat de garantie par le bénéficiaire (certificat d'expert). Dans ce cas d'espèce, le garant ne devra payer que si les conditions prévues par la garantie sont formellement remplies. L'appel abusif à la garantie est rare, dans la mesure où les parties en ont forcément prévu contractuellement tous les détails d'appel.

28 ATF 131 III 511 c. 4.2; RVJ 2003 292.

29 ATF 131 III 511 c. 4.1.

b. La garantie à première demande

La garantie à première demande, ou garantie indépendante principale³⁰ est le type de garantie le plus utilisé par la pratique bancaire. Par cet engagement, le garant devra payer automatiquement, à la première demande du créancier et sur simple appel du paiement. La banque garante ne pourra élever d'exceptions relatives au contrat de base en cas d'appel à la garantie, ni se prévaloir d'un éventuel litige relatif au contrat de base. Elle devra payer le plus vite possible. Bien que le créancier puisse faire appel à la garantie de façon facilitée, il est nécessaire que celle-ci ait un lien avec le contrat de base et c'est donc une inexécution du contrat de base qui entraîne l'appel à la garantie.

La garantie à première demande est un type de garantie très facile à mettre en œuvre. Pour éviter des abus, les parties prévoient parfois une clause dite d'effectivité qui subordonne à un cas de garantie donné le paiement direct de la part de la banque débitrice. Dans ce cas là, le garant paiera directement en mains du bénéficiaire du moment que le cas de garantie se réalise³¹.

3. La reprise cumulative de dette

La reprise cumulative de dette (*die kumulative Schuldübernahme, Schuldbeitritt ou Schuldmitübernahme*), est l'acte par lequel le garant s'engage à devenir directement, personnellement et solidairement débiteur de l'obligation du débiteur principal envers le créancier³². La reprise cumulative de dette est donc un contrat innomé par lequel le reprenant se joint solidairement au débiteur initial dans le but d'exécuter la même prestation que celui-ci: il «*entre dans l'affaire qu'il fait sienne*»³³. Par la reprise cumulative de dette, les parties créent deux dettes de contenus identiques, mais indépendantes dans leur sort. Cela suppose que le reprenant ait un intérêt propre et marqué à l'exécution de l'obligation ou qu'il en retire personnellement un avantage³⁴.

La reprise cumulative de dette n'est pas expressément régie par la loi, elle relève dans ses modalités de la liberté contractuelle. Le plus souvent, elle est constitutive d'une solidarité passive parfaite au sens des art. 143 à 149 CO. Quoi qu'assimilée à un engagement indépendant, la reprise cumulative de dette dépend forcément de la validité de la dette reprise. Si celle-ci n'existe pas ou plus, la reprise n'a pas de cause. La reprise n'implique pas que les débiteurs sont tenus de la même dette. Chacun d'entre eux est lié au débiteur par une dette propre, mais toutes ces dettes ont le même titre, la même cause et le même objet³⁵, dans ce sens, ils sont solidaires³⁶.

Le reprenant s'engage solidairement aux cotés du débiteur initial, ce qui constitue la principale distinction avec les garanties indépendantes. Les résultats pratiques de ces qualifications étant très similaires, nous traiterons de la reprise cumulative avec les autres garanties indépendantes³⁷.

30 ATF 131 III 511 c. 4.1.

31 ATF 119 II 132, c. 5a/aa.

32 ATF 129 III 702; JdT 2004 I 535 c. 2.1.

33 CR CO I-TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 29

34 SJ 2000 I 305 c. 1a.

35 ATF 93 II 329, JdT 1969 I 130 c. 3a.

36 Par exemple ATF 81 II 520, JdT 1956 I 462

37 ATF 81 II 520 c. 4, JdT 1956 I 462.

4. La déclaration de patronage

Le terme déclaration de patronage (*Patronatserklärung*) recouvre un panorama très vaste de situations dans lesquelles le garant (dit aussi patronnant) s'engage aux cotés d'un débiteur principal. Ces engagements peuvent être obligatoires ou avoir pour objet simplement de réconforter leur destinataire. Typiques de relations avec un groupe de sociétés, la déclaration de patronage peut prendre les formes les plus diverses comme avoir des objets variés. On la rencontre le plus fréquemment dans des contextes de groupes de sociétés, dans leurs relations internes ou avec leurs cocontractants³⁸. Il sied de diviser les déclarations de patronage entre celles ayant un effet obligatoire pour celui qui prend l'engagement et celles qui n'en ont pas.

- Les déclarations de patronages dites obligatoires (généralement appelées en anglais *letter of responsibility, letter of intent*) portent sur un fait ou une obligation déterminée ou déterminable. Il est des déclarations de patronage à effet obligatoire qui peuvent être rattachées au porte-fort. Le critère de distinction entre les déclarations de patronage et la promesse de porte-fort sera le fait promis. En effet, il est caractéristique du porte fort de promettre le fait d'un tiers (par exemple une société mère promet le fait de sa filiale), alors que la déclaration de patronage peut couvrir un fait propre (la société mère prend personnellement l'engagement que sa fille aura une trésorerie suffisante pour assurer son propre engagement). Cette situation se rapproche également de la stipulation pour autrui (art. 112 CO)³⁹. Enfin, il est possible que par sa déclaration, le patronnant s'engage solidairement aux cotés du débiteur principal (une société mère aux cotés de sa fille). La distinction entre ces états de fait est toutefois très théorique.
- Les déclarations de patronage qui n'ont pas d'effet obligatoire (*confort letter*) ne se réfèrent à aucun fait précis, et ne constituent par conséquent pas des faits générateurs d'obligations⁴⁰. Par ce type d'engagement, le patronnant assume uniquement un devoir moral à l'égard du créancier de sa filiale.

En bref, la déclaration de patronage couvre des états de fait variés. Elle peut aller de la simple assurance relative à la solvabilité du débiteur principal, assurance qui ne constitue pas forcément un acte générateur d'obligations, à l'engagement solidaire aux cotés de celui-ci. Lorsqu'elle est obligatoire, elle peut constituer une garantie personnelle. A défaut, elle n'en a pas les caractéristiques. Toutefois, si ses déclarations, de caractère obligatoire ou non, ont généré des attentes auprès d'un éventuel cocontractant, le patronnant pourra se voir imputer une responsabilité précontractuelle («*culpa in contrahendo*»)⁴¹.

38 ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359 c. 2; MARCHAND, *Clauses contractuelles*, Helbing & Lichtenhahn 2008, p. 56.

39 SJ 1996 634 c. 4d.

40 CR CO I-TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 31 ss.

41 ATF 120 II 331, JdT 1995 I 359.

II Les critères de distinction entre garantie indépendante et cautionnement

A. Introduction

Le Tribunal fédéral admet qu'«en vertu de la liberté contractuelle, une partie qui entend fournir une garantie, couvrir un cocontractant contre un risque ou partager ce risque avec lui n'est pas limitée au choix entre cautionnement et porte-fort»⁴². Ainsi, dans les limites de la liberté contractuelle, toute personne peut s'engager en qualité de garant, à quelque titre qu'elle le souhaite.

Il peut être très simple de comprendre le type d'engagement souhaité par les parties, soit parce que la manifestation de leur volonté est limpide – quoi que cela ne soit pas un critère suffisant aux yeux du Tribunal fédéral⁴³ – soit parce que la situation ne peut conduire qu'à une forme de garantie donnée. Les situations qui posent problèmes sont celles dans lesquelles un même complexe de faits peut être typique d'un engagement accessoire ou d'une garantie indépendante. La jurisprudence du Tribunal fédéral sur la distinction entre le cautionnement et les garanties indépendantes est très abondante. En effet, il arrive fréquemment qu'un débiteur répudie son engagement en prétendant une accessoriété par rapport à un engagement préalable d'un tiers tentant ainsi de faire constater sa nullité pour vice de forme.

Confronté à un problème de qualification, la première étape adoptée par le Tribunal fédéral réside dans l'interprétation (subjective) de l'accord des parties, en vue de comprendre quelle était leur réelle et commune intention (art. 18 al. 1 CO). A défaut de celle-ci, le juge recherchera la volonté présumée des parties en interprétant leurs déclarations de volonté⁴⁴. Pour ce faire, le Tribunal fédéral a renoncé à l'adoption d'un critère unique et a élaboré des indices permettant de trancher en faveur d'un cautionnement ou d'une garantie indépendante. La démarcation n'étant ni lisse ni évidente, le Tribunal fédéral a rendu des arrêts dont le résultat était surprenant compte tenu des circonstances du cas concret. Dans le doute, les tribunaux tendent à donner la préférence au cautionnement⁴⁵.

B. Nature de la créance garantie

Par le contrat de cautionnement, la caution s'engage à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci ne s'exécute pas ou ne le fait qu'imparfaitement. La caution s'engage à l'exécution d'une créance de nature pécuniaire, couvrant ainsi uniquement le risque de l'inexécution d'une obligation due et exigible. Au contraire, le garant assume une obligation comme telle indépendamment de l'engagement du débiteur initial.

42 Arrêt du Tribunal fédéral du 29 septembre 1987 C 440/1986; ATF 111 II 284, JdT 1986 I 96 c. 2.

43 Arrêt du Tribunal fédéral du 20 décembre 2006, 4C.283/2006, c. 2.1.

44 SJ 2000 I 305 c. 1c, et tous les renvois.

45 ATF 113 II 434, JdT 1988 I 185 c. 2c; ATF 111 II 276 c. 2b.

Dans la mesure où elle a pour objet de fournir des dommages-intérêts pour l'inexécution du débiteur principal, la promesse de porte-fort peut porter sur n'importe quel type d'engagement de base, y compris une prestation négative. Ainsi elle peut assurer: le versement de dividendes par la société aux actionnaires garantis⁴⁶; l'approvisionnement par des tiers auprès du fournisseur garanti⁴⁷; la conclusion d'un contrat par le tiers avec le garanti⁴⁸; le remboursement par le tiers du prêt octroyé par la banque garantie⁴⁹; la vente d'actions par le tiers à l'acquéreur garanti; la mise à disposition d'une balise appartenant à un tiers dans une vente de bateau; une prestation négative: par exemple la promesse que le tiers ne fera pas concurrence ou respectera l'exclusivité⁵⁰.

Les garanties indépendantes ne dépendent pas de l'existence de la dette garantie. Un garant peut assurer une créance prescrite, inexistante ou invalidée, dans les limites de l'art. 492 al. 3 CO. Au contraire, le cautionnement portera forcément sur un engagement valable. La reprise cumulative de dette dépend de l'existence de la dette reprise mais n'en est pas accessoire en ce sens que toute extinction de l'obligation du débiteur principal ne libère pas le codébiteur⁵¹.

La jurisprudence voit un indice en faveur du cautionnement dans le fait que l'obligation corresponde exactement à celle du débiteur principal et qu'elle soit définie entièrement par référence à celle-ci⁵². Par contre, si le garant s'engage à répondre de risques pour lesquels même le débiteur principal n'est pas tenu, on doit qualifier l'engagement d'indépendant.

C. Texte de la garantie

Le Tribunal fédéral considérait depuis un arrêt historique datant de 1986 que si les parties ont convenu d'un texte clair définissant le type d'engagement souscrit par le garant, il fallait se tenir à ce texte⁵³. Par la suite, le TF est revenu sur sa position, en estimant que la volonté exprimée n'est pas suffisante et un accord, aussi clair qu'il soit peut ne pas correspondre à la volonté réelle des parties, notamment en raison d'un manque de connaissance du droit suisse ou d'un manque d'expérience dans ce domaine. Or, il est admis qu'en application du principe de la confiance (CO 18 I), en cas de volonté des parties différant de ce qu'elles ont réellement exprimé, le Tribunal fédéral peut imputer aux parties leur volonté réelle en dépit des termes choisis⁵⁴. De la sorte, le TF a qualifié de cautionnement – nul pour vice de forme – une garantie «inconditionnelle et principale» par laquelle le garant renonçait à toutes les exceptions et objections⁵⁵. Il a dans cet arrêt donné du poids à des indices qui, en dépit des termes utilisés par les parties, tendaient en faveur d'un cautionnement. Ces indices prépondérants peuvent être d'autres dispositions contractuelles, le but visé par les parties ou d'autres circonstances qui portent à croire que le libellé de la clause à interpréter ne correspond pas exactement à la volonté des parties⁵⁶.

46 ATF 46 II 157

47 ATF 75 II 50

48 ATF 65 II 30.

49 ATF 81 II 520, JdT 1956 I 462.

50 ATF 82 II 238, JdT 1956 I 343.

51 ATF 129 III 704, JdT 2004 I 535 c. 2.1.; arrêt du Tribunal fédéral des 10/17 décembre 2002 4C.154/2002.

52 ATF 113 II 434, JdT 1988 I 1985 c. 3b et c; SJ 2000 I 305 c. 1a.

53 ATF 111 II 276; ATF 111 II 284, JdT 1986 I 96 c. 2; arrêt du Tribunal fédéral du 23 août 2000 4C.68/2000; dans le même sens quoique n'allant pas aussi loin, arrêt du Tribunal fédéral du 9 avril 2002 4C.274/2001 publié in SJ 2002 I 574

54 ATF 111 II 276 c. 2b; Arrêt du Tribunal fédéral du 26 avril 2007 4C.24/2007.

55 ATF 113 II 434, JdT 1988 I 185 c. 3d.

56 ATF 128 III 295 c. 3a; ATF 127 III 444, JdT 2002 I 213 c. 1b.

Ainsi, le Tribunal fédéral relativisera l'accord entre les parties si des éléments laissent penser que l'expression de la volonté ne correspondait pas à la volonté réelle, notamment dans les cas où la garantie est rédigée dans une autre langue ou que l'engagement est pris par un garant étranger⁵⁷.

Sont considérées notamment comme des clauses typiques constituant des indices en faveur d'un engagement accessoire:

- la renonciation au bénéfice de discussion, si cette renonciation ne comporte pas renonciation à toutes les exceptions, qui peut impliquer renonciation au caractère accessoire du cautionnement;
- la renonciation à l'action récursoire contre le débiteur principal⁵⁸;
- les clauses de for;
- les renvois au contrat de base⁵⁹, même si cela ne constitue pas un indice prépondérant⁶⁰.

Sont par contre considérés comme typiques d'engagements à titre de garantie indépendante:

- la clause de paiement à première demande ou la clause d'engagement irrévocable⁶¹;
- la clause de responsabilité sans condition;
- la clause de renonciation aux exceptions provenant du contrat de base⁶²;
- des clauses comme «garantie autonome», «irrévocable», «inconditionnelle», si elles ne sont pas contredites par d'autres clauses contractuelles contraires.

Si une personne souhaite s'engager en qualité de codébiteur solidaire, cela doit résulter clairement de l'expression de sa volonté par l'utilisation de ce terme ou d'équivalents⁶³. Sont considérés comme tels des expressions comme «conjointement», «collectivement», «chacun étant responsable pour l'entière exécution».

D. Clause à première demande

En principe, une clause à première demande ne peut figurer dans un cautionnement. Par conséquent la présence d'un tel type de clause dans un contrat de garantie fait présumer une garantie bancaire et donc indépendante. Mais il ne faut pas s'arrêter aux dénominations choisies par les parties mais analyser la clause concrètement et non *in abstracto*⁶⁴. Ainsi, tant la clause à première demande que la nécessité de produire des documents précis, ne sont que des indices en faveur du porte-fort ou d'une garantie autonome. Cet indice n'est pas considéré suffisant aux yeux des Tribunaux qui l'ont toutefois estimé sérieux⁶⁵.

57 ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535 c. 2.4.

58 ATF 113 II 434, JdT 1988 I 185 c. 3e.

59 SJ 1988 550 c. 1c/b.

60 ATF 117 III 76 c. 7.

61 SJ 1997 245 c. 4a/aa.

62 Notamment arrêt du Tribunal fédéral du 16 mai 2000 4C.449/1999.

63 CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, Art. 111, N 28.

64 GUGGENHEIM D., Les contrats de la pratique bancaire suisse, 4^{ème} éd., Genève, 2000, p. 354.

65 Rep. 1992 259 c.1.2.; ATF 117 III 76 c. 7.

E. Contexte de l'opération et identité du garant

Le contexte de l'opération de garantie et l'identité de la personne qui s'engage sont des indices que les tribunaux analysent pour comprendre si l'interprétation de l'acte litigieux doit se faire conformément à la volonté exprimée des parties ou s'il y a lieu de s'écarter de celle-ci, si elle ne correspond pas à la volonté réelle des parties. Le TF estime qu'il n'y a pas lieu de s'écarter du sens littéral du texte adopté par les intéressés lorsqu'il n'y a aucune raison sérieuse de penser que celui-ci ne correspond pas à leur volonté⁶⁶.

1. Identité du garant

Toute personne physique ou morale, de droit public ou privé peut se porter garant. Le critère discriminant relatif à la personne du garant est de savoir si cette personne est rompue aux affaires ou non. Lorsque le garant est une société commerciale ou une personne rompue aux affaires, le Tribunal fédéral ne s'écarter de la volonté des parties que si des circonstances extraordinaires font en sorte que la clause contractuelle ne constitue pas l'expression de leur volonté⁶⁷. En cas de cocontractants inexpérimentés, le TF estime qu'une interprétation grammaticale de l'accord litigieux ne peut être faite, et qu'il ne suffit pas qu'il contienne une terminologie se référant à une garantie indépendante. Il sera nécessaire que l'acte contienne dans le contrat même et d'une façon compréhensible pour la personne qui s'engage, des éléments faisant référence au type d'engagement souscrit, ou aux raisons pour lesquelles elle n'a pas opté pour un cautionnement⁶⁸. Sont toujours réputés rompus aux affaires les banques et autres instituts analogues⁶⁹, ainsi que les sociétés commerciales actives sur le plan international. Pour le surplus, le TF a considéré récemment comme rompus aux affaires:

- Un homme d'affaires qui présidait le conseil d'administration d'une société active dans le conseil et l'obtention de fonds⁷⁰.
- La société représentée par un particulier traitant souvent d'affaires couplées avec des actes d'intercession en tant qu'administrateur ou directeur⁷¹.
- Les personnes qui jouissent d'une formation juridique acquise en Suisse ainsi que les personnes qui sont conseillées par celles-ci, s'il est établi qu'elles ont été informées de la signification des notions employées⁷².

Par contre, cette qualification n'a pas été appliquée à une personne inscrite au registre du commerce et possédant la signature individuelle pour une petite entreprise.

Dans la distinction entre la reprise cumulative de dette et les autres garanties indépendantes, le TF présume que les banques ne se constituent pas débiteur solidaire, dans la mesure où cela est très rare⁷³. Par contre, l'associé d'une société simple qui s'engage à «garantir personnellement» la dette de son associé qui correspond au but et à l'intérêt commun de la société est présumé le faire à titre d'engagement solidaire⁷⁴.

66 Arrêt du Tribunal fédéral du 20 décembre 2006, 4C.283/2006, c. 2.1.

67 Notamment ATF 120 II 34 c. 5b.

68 ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535 c. 2.4.3.

69 ATF 125 III 305 c. 2b.

70 Arrêt du Tribunal fédéral des 10/17 décembre 2002 4C.154/2002 c. 3.3.

71 Arrêt du Tribunal fédéral du 27 mai 1999 4C.31/1999 c. 2b/cc.

72 Arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 1998 4C.436/1997 c. 2, ATF 125 III 305 c. 2c.

73 ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535 c. 2.4.3.

74 SJ 2000 I 305 c. 1a.

2. Contexte de l'opération

Tous les engagements peuvent être garantis. La jurisprudence a établi des indices fondés sur le type de rapport de base pour opter en faveur d'un engagement accessoire ou indépendant. L'engagement se rapportant à un contrat international est présumé indépendant⁷⁵. Il y a également indice en faveur d'un engagement indépendant lorsque la garantie est donnée à un moment où l'on sait que le débiteur principal ne pourra probablement pas s'exécuter⁷⁶.

F. Rapport à la créance principale

L'idée sous-jacente est que si la caution est quelqu'un de bienfaisant qui s'engage dans l'intérêt du débiteur principal, le garant retrouve forcément un avantage dans son engagement: s'il a un intérêt propre à l'exécution de la créance du débiteur principal, on sera généralement en présence d'une garantie indépendante⁷⁷. Le critère de l'intérêt du garant est également utilisé pour différencier le cautionnement de la reprise cumulative de dette pour laquelle le reprenant a forcément un intérêt propre⁷⁸. Ainsi, un engagement solidaire a été admis dans un cas où le garant avait un intérêt propre et matériel dans l'affaire à conclure entre le débiteur principal et le créancier et que ce dernier le savait⁷⁹.

Cette distinction ayant été critiquée, le TF a ensuite considéré qu'un intérêt propre n'était pas suffisant, il fallait qu'il soit «*personnel, distinct, plus ou moins équivalent à celui du débiteur principal*»⁸⁰. Au contraire, sera toujours considéré comme un cautionnement l'engagement pris en faveur d'un proche parent⁸¹.

Bien que ne permettant pas à elle seule de faire la différence entre accessoriété et indépendance, la référence au contrat de base peut aussi constituer un indice. En effet, même la garantie la plus indépendante de celui-ci n'en sera jamais totalement détachée⁸². Une présomption se fait en faveur du cautionnement en raison de l'accessoriété lorsque:

- le montant de la garantie correspond exactement à l'engagement de base;
- le garant promet d'exécuter la prestation de base;
- le contexte ne permet pas d'envisager que le débiteur ne s'exécutera pas, aucun signe avant-coureur de son inexécution n'est à la connaissance du garant;
- il existe un lien de connexité entre la prestation promise par le garant et entre la prestation garantie⁸³.

De la même façon, il y a également présomption en faveur du cautionnement si la prestation que devra effectuer la caution est définie et décrite dans le détail dans le contrat de base et que l'acte de garantie y fait référence, par opposition aux cas dans lesquels le contrat entre le créancier et le garant définit dans toutes ses modalités la prestation due par ce dernier⁸⁴.

Au contraire, si la garantie intervient à un moment où les parties savent que le risque d'inexécution du débiteur principal est très élevé, on penchera plutôt pour une garantie indépendante.

75 ATF 131 III 511 c. 4.2.

76 SJ 1988 p. 550 c. 1c/aa; SJ 2000 I 305 c. 1a.

77 ATF 111 II 276 c. 2b et c; SJ 2000 I 305 c. 1a; ATF 128 III 295 c. 2d/bb.

78 Arrêt du Tribunal fédéral du 17 décembre 2002 4C. 154/2002 c. 3.1.

79 Arrêt du Tribunal fédéral du 26 avril 2007 4C.24/2007.

80 SJ 2002 I 574 c. 3.

81 ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535 c. 2.8.

82 ATF 122 III 321 c. 4a.

83 CR CO I – MEIER, Art 492-512, N 32.

84 SJ 2002 I 574 c. 3; ATF 117 III 76 c. 6b.

G. Renonciation aux exceptions

Le garant n'a en principe aucune des exceptions et objections du rapport de valeur alors que la caution en est non seulement titulaire mais a le devoir de les invoquer sous peine de se voir déchu de ses droits (CO 502). Elle peut donc renoncer uniquement aux exceptions découlant du contrat de cautionnement. Lorsque le contrat entre les parties comporte renonciation à toutes les exceptions, il est présumé être une garantie indépendante. La caution ne peut renoncer qu'aux exceptions qui ne sont pas prévues de façon impérative. Il faut établir une seconde limite dans cette renonciation qui est celle des dispositions impératives en faveur de la caution. Ainsi, une caution simple ne pourra renoncer au bénéfice de discussion personnelle et réelle qu'elle peut opposer au créancier qui fait appel à son paiement.

La caution a le droit et l'obligation de faire valoir contre le créancier qui fait appel à son paiement non seulement les exceptions personnelles et découlant de sa relation juridique avec le créancier mais également les exceptions découlant du contrat de base. Au contraire du cautionnement, compte tenu du caractère indépendant de l'engagement du garant, les exceptions du rapport de base ne lui appartiennent pas, il ne peut pas y renoncer.

La renonciation souvent exercée par le garant est celle des exceptions du rapport interne, rapport de valeur, qui le lie au débiteur principal.

Une clause de renonciation totale à faire valoir les exceptions et objections du contrat de base est considérée comme un indice très fort en faveur d'une garantie indépendante⁸⁵. Mais cet indice ne saurait à lui seul écarter le cautionnement. Il faudra chaque fois se demander si la clause litigieuse est nulle car contraire aux dispositions impératives du cautionnement (art. 502 al. 1 et 3 CO), ou une clause valable d'une garantie indépendante⁸⁶.

En revanche, une renonciation à certaines exceptions seulement fait pencher l'interprétation en faveur du cautionnement.

85 RVJ 2003 292 c. 4b; ATF 117 III 76 c. 6b.

86 ATF 125 III 305 c. 2b.

III Les conditions d'appel à la garantie

A. Conditions d'appel à la caution

L'obligation de la caution est de répondre de manière accessoire de la dette du débiteur principal si les conditions d'exigibilité sont remplies. Il faut au surplus distinguer les situations dans lesquelles le créancier fait appel à une caution simple, de celles où il fait appel à une caution solidaire.

En raison du caractère accessoire de la dette de cautionnement, le droit d'action du créancier contre la caution dépend de son droit d'action contre le débiteur principal. Le créancier qui entend rechercher la caution doit prouver non seulement son droit d'action contre celle-ci mais également l'existence de la créance principale⁸⁷.

1. Conditions relatives à la créance principale

La créance principale doit être exigible et ne doit pas être sujette à exceptions. Selon l'art. 502 al. 1 CO, règle impérative, la caution a le droit d'opposer au créancier toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur ou à ses héritiers⁸⁸. La caution a même le devoir de se prévaloir des exceptions de la créance principale même si le débiteur y a volontairement renoncé (cf. *Infra* IV/A/1). Si la créance principale s'est éteinte, il va sans dire que son extinction bénéficie également à la caution.

Conséquence de l'accessoriété dans le temps, la caution ne pourra être recherchée qu'après que la dette principale est devenue exigible (art. 501 al. 1 CO). Cet article établit donc le principe que les deux dettes deviennent exigibles en même temps. L'exigibilité simultanée des deux dettes prévue par cette disposition souffre deux exceptions:

- si la dette du débiteur principal devient exigible à la suite de sa faillite, celle de la caution n'est pas anticipée pour autant (art. 501 al. 1 in fine CO);
- si aucune exigibilité de la dette principale n'a été contractuellement prévue et qu'elle est donc soumise à un avertissement, la dette de la caution ne sera exigible qu'à partir du moment où cet avertissement lui a été notifié.

2. Conditions relatives à la créance du contrat de cautionnement

Les deux mêmes conditions doivent être remplies pour que le créancier puisse faire valoir sa créance contre la caution: la dette de la caution doit être exigible et ne pas être soumise à exceptions.

La caution dispose d'exceptions propres qui résultent du contrat de cautionnement ou de la loi. Par exemple, le défaut de validité du contrat de cautionnement (vice de forme: art. 11 et 493 CO; absence de consentement du conjoint: art. 494 CO); l'extinction contractuelle ou légale de ce contrat (art. 509 ss CO); la libération totale ou partielle de la caution (si le créancier viole ses devoirs envers la caution au sens des art. 503 ss CO)⁸⁹ ou les effets du cautionnement (bénéfice de discussion personnelle et réelle pour la caution simple: art. 495 CO).

87 ATF 122 III 125 c. 2b.

88 SJ 1980 572.

89 *Infra* V/E/1.

Au contraire du cas dans lequel elle fait valoir les exceptions du débiteur principal, incombance à charge de la caution, la caution n'a aucun devoir de faire valoir les exceptions découlant du contrat de cautionnement contre le créancier. Elle est la seule à souffrir des conséquences de cette omission.

L'engagement de la caution doit également être exigible, exigibilité qui en principe coïncide avec celle de la créance principale (art. 501 al. 1 CO, sous réserve de l'art. 501al. 3 CO). Toutefois, la caution peut fournir des sûretés réelles pour demander au juge de suspendre la poursuite dont elle fait l'objet (art. 501 al. 2 CO). L'admission de cette requête a pour effet de suspendre l'exigibilité de la créance de la caution alors même que celle du débiteur principal est exigible, en attendant que le créancier, qui en a l'obligation, ait réalisé toutes les sûretés réelles.

Dans le but de permettre à la caution de se libérer le plus rapidement possible et de sauvegarder son droit de recours contre le débiteur principal, le créancier a le devoir d'accepter le paiement de la part de la caution en application de l'art. 504 CO. Deux conditions doivent être remplies.

- Il faut que la dette principale soit exigible ou exécutable, ou que le créancier ait consenti au paiement de la part de la caution (art. 504 al.3 CO).
- En application de l'art. 69 CO, la caution doit offrir au créancier la prestation totale à laquelle elle s'est engagée. S'il y a plusieurs cautions, le créancier a le devoir d'accepter un paiement partiel (art. 504 al. 1 CO).

Si le créancier refuse indûment, la caution sera libérée de son obligation (art. 504 al. 2 CO). La règle est plus sévère que le principe général de l'art. 91 CO. Il sied d'analyser les conditions spécifiques d'appel à une caution simple ou à une caution solidaire. Dans les deux cas, les cautions disposent d'exceptions propres qu'elles peuvent opposer au créancier en cas d'appel à leur paiement.

Si le créancier fait appel à son paiement, la caution lui devra au maximum, dans les limites de leur accord (CO 499):

- le montant de la dette en capital;
- les intérêts conventionnels;
- les conséquences légales de la dette;
- les dommages-intérêts dus par le débiteur;
- les frais de poursuite et les coûts de procédure intentés contre le débiteur⁹⁰.

Ainsi, lorsque la créance principale devient exigible et avec elle l'engagement de la caution, le créancier jouit d'un concours d'actions contre le débiteur et son garant. Toutefois, le recours à la caution n'est que subsidiaire. Les conditions matérielles et temporelles pour pouvoir faire appel au paiement de la caution dépendent du type de cautionnement conclu, solidaire, ou simple.

3. Conditions spécifiques d'appel à une caution solidaire

En plus des conditions susmentionnées, le créancier peut faire appel au paiement d'une caution solidaire si toutes les conditions de l'art. 496 CO sont remplies.

90 LOMBARDINI, p. 602.

Lorsque le créancier agit contre une caution solidaire, celle-ci ne peut se retrancher de la même façon que la caution simple derrière le caractère subsidiaire de son engagement. Le créancier peut poursuivre la caution du moment que le débiteur est en retard dans le paiement de sa dette, et que le créancier l'a sommé en vain de s'acquitter ou que son insolvabilité est notoire (art. 496 al. 1 CO). Le créancier doit en outre avoir fait réaliser les gages mobiliers qu'il a contre le débiteur avant de faire appel à la caution (art. 496 al. 1 in fine CO), sauf dans les cas énumérés par l'art. 496 al. 2 CO.

- *Un retard qualifié.* Pour que le débiteur soit considéré en retard au sens de l'art. 496 CO, il faut qu'il ne se soit pas exécuté après l'échéance, dans les délais habituels en affaires⁹¹ et que le créancier l'ait sommé de payer. Cette sommation doit intervenir dans tous les cas, même si une interpellation au sens de l'art. 102 CO a déjà eu lieu. Si elle est infructueuse, le créancier pourra faire appel au paiement. La sommation n'est par contre pas nécessaire dans les cas où l'insolvabilité du débiteur est notoire (art. 496 al. 1 in fine CO) ou s'il déplace son débiteur à l'étranger.
- *Absence de bénéfice de discussion réelle immobilière.* En vertu de l'art. 496 al. 1 CO la caution n'a pas le droit de demander que les gages immobiliers garantissant la dette cautionnée soient réalisés avant que le créancier ne recoure à son paiement. Si des gages immobiliers garantissent la créance principale, le créancier n'a pas l'obligation de les faire réaliser avant de faire appel au paiement de la part de la caution.
- *Bénéfice de discussion réelle mobilière.* Le créancier ne peut pas poursuivre la caution avant d'avoir réalisé ses gages mobiliers sauf dans les cas où les gages ne couvrent probablement plus la dette; la caution a convenu de renoncer au bénéfice; le débiteur est en faillite ou au bénéfice d'un sursis concordataire⁹².

Par ailleurs, en dépit du caractère solidaire du cautionnement, la caution pourra demander au juge, en fournissant des sûretés d'ordre réel de suspendre la poursuite dirigée contre elle jusqu'à ce que tous les gages aient été réalisés et qu'un acte de défaut de bien définitif ait été délivré contre le débiteur ou qu'un concordat ait été conclu.

4. Conditions spécifiques d'appel à une caution simple

Si un cautionnement simple est constitué, le créancier qui veut faire appel au paiement de la part de la caution devra agir contre le débiteur. Ce n'est qu'à défaut de paiement de la part de celui-ci, que le créancier pourra se retourner contre la caution pour lui demander le paiement. Si le créancier n'a pas tout mis en œuvre pour rechercher en première ligne le débiteur principal, la caution peut lui opposer le bénéfice de discussion personnelle et le bénéfice de discussion réelle. Ces bénéfices sont des exceptions dilatoires de la caution.

- *Le bénéfice de discussion personnelle.* Le créancier doit faire tout ce qu'on peut attendre de lui pour obtenir le paiement du débiteur principal avant de faire appel au paiement de la part de la caution. Les parties peuvent régler par convention les conditions auxquelles le créancier est légitimé à rechercher la caution (art. 495 al. 4 CO). Des exceptions importantes sont prévues par la loi pour des situations dans lesquelles le créancier n'a pas à rechercher le débiteur principal et peut se retourner sans réserves contre la caution: la caution perd le bénéfice de discussion personnelle dans les cas suivants.

91 CR CO I – MEIER, Art. 496, N. 13.

92 CR CO I – MEIER, Art. 496, N. 22.

Les garanties personnelles en droit suisse

(1) Lors de la déclaration de faillite du débiteur principal (art. 175, 189 190 ss LP).

(2) Lors de l'obtention d'un sursis concordataire au bénéfice du débiteur principal (art. 295 ss LP). Il faut que tant la déclaration de faillite que le sursis concordataire soient entrés en force.

(3) Lorsqu'un acte de défaut de biens définitif a été délivré contre le débiteur qui a fait l'objet de poursuites infructueuses pour la dette garantie par cautionnement (art. 149, 265 LP).

(4) Lorsque le débiteur a transféré son domicile à l'étranger et ne peut plus être recherché en Suisse.

(5) Le débiteur qui était déjà domicilié à l'étranger a transféré son domicile de façon à ce que le recouvrement de la créance soit rendu sensiblement plus difficile. Le transfert de domicile peut avoir lieu dans le même Etat ou dans un autre Etat.

(6) Lorsque la caution fait l'objet d'une faillite (art. 215 LP).

- *Le bénéfice de discussion réelle* permet à la caution d'exiger du créancier, lorsque la dette principale est garantie par gages (mobiliers, immobiliers, sur des créances, conventionnels ou légaux), qu'il fasse d'abord réaliser les gages avant de faire appel à son paiement. La date de la constitution des gages est sans importance. Mais un gage constitué après le cautionnement doit avoir été constitué spécialement pour garantir la dette cautionnée (art. 503 al. 1 CO). Deux exceptions toutefois: le bénéfice de discussion réelle tombe si le débiteur principal est en faillite ou a obtenu un sursis concordataire (art. 175, 189 190 ss LP, et art. 295 ss LP). Le bénéfice tombe aussi lorsque la réalisation du gage est impossible (art 127 LP).

B. Conditions d'appel au porte-fort

En vertu de leur liberté contractuelle, les parties peuvent convenir par convention du type de prestation dû par le promettant, de l'exigibilité de cette prestation et des exceptions appartenant au promettant. Ainsi, il peut être tenu d'exécuter une prestation en nature ou en espèces, conditionnelle ou inconditionnelle.

Sauf convention contraire, le promettant n'est pas tenu de garantir le fait promis⁹³, mais de réparer le dommage subi par le bénéficiaire du fait que le débiteur principal a contrevenu à l'engagement qu'il avait lui-même souscrit. Le dommage à réparer consiste dans la différence entre la situation patrimoniale du bénéficiaire telle qu'elle est et telle qu'elle serait dans la situation hypothétique où le débiteur s'était exécuté⁹⁴. L'obligation du promettant consiste donc en une prestation en argent déterminée par la nature du comportement attendu du bénéficiaire. Si celui-ci devait exécuter une obligation contractuelle, le promettant devra les dommages-intérêts positifs correspondant à l'intérêt du bénéficiaire pour ladite exécution.

La prestation du promettant est due dès le moment où le fait du débiteur n'est pas réalisé conformément à son engagement. Une mise en demeure n'est pas nécessaire. Le bénéficiaire n'est par ailleurs pas tenu de rechercher en premier lieu le débiteur principal⁹⁵, sauf accord contraire.

C. Conditions d'appel à la garantie autonome

A la différence du cautionnement, le garant répond envers le créancier indépendamment d'un cas de faillite ou d'insolvabilité du débiteur principal: il suffit que les conditions d'appel à la garantie stipulées par les parties soient remplies pour qu'un cas d'appel à la garantie soit donné.

93 *Supra* I/B/1, CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 12.

94 CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 12.

95 ATF 131 III 606 c. 4.2.; CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 14.

Les garanties personnelles en droit suisse

Les caractères des différents types de garanties, entraînent des conditions d'appel différentes.

- la garantie autonome implique que dès que le débiteur est en demeure de payer, le créancier pourra se retourner contre le garant pour obtenir le paiement. Il suffit qu'il demande le paiement pour que la dette du garant soit exigible.
- en vertu de la garantie documentaire, il faut que les documents prévus par le contrat de garantie soient fournis pour que le garant paie. Si les documents prévus ne sont pas fournis, la garantie n'a pas à être payée. Le garant devra analyser les documents du point de vue de leur conformité formelle. Si les conditions ne sont pas remplies, par exemple si des documents non conformes mais équivalents sont fournis, les documents sont considérés fournis irrégulièrement et le garant n'a pas à payer⁹⁶.

La demande en paiement de la part du bénéficiaire de la garantie doit être faite dans le délai de validité de la garantie, à l'endroit convenu, dans la forme requise et en satisfaction de toutes les conditions supplémentaires que les parties y ont mises.

La garantie n'est pourtant pas totalement «dégagée» du contrat de base. Le caractère abstrait de ce type d'engagement trouve des limites notamment dans la loi. Ainsi, en cas d'appel abusif à la garantie - par exemple dans les cas où le créancier recourt à la garantie en vue de se désintéresser d'une dette qu'elle n'a pas pour objet de couvrir - le caractère abstrait de la garantie disparaît⁹⁷: la banque garante pourra refuser le paiement. Elle en a même l'obligation à l'égard du débiteur principal.

D. Conditions d'exercice de la créance en cas de reprise cumulative de dette

Les conditions d'appel au paiement d'un coobligé sont avant tout régies par le contrat entre le créancier et le débiteur en question. Si rien n'est prévu, il faut apprécier la situation à la lueur de la règle de CO 144 qui prévoit que les débiteurs solidaires sont tous tenus jusqu'à l'extinction totale de la dette. Tant que le créancier n'est pas totalement désintéressé, il a le choix de rechercher chaque codébiteur pour l'intégralité de la dette.

E. Conditions d'appel à la déclaration de patronage

Il faut distinguer les déclarations de patronage avec effet obligatoire à l'égard des tiers de celles qui n'en ont pas.

- dans les déclarations à effet obligatoire, le déclarant a l'obligation de tenir un certain comportement pour renforcer le crédit de sa filiale. Plus le comportement attendu est décrit avec soin, plus il est facile de déterminer si le créancier peut faire appel à son paiement.
- Dans les déclarations de patronage sans effet obligatoire, en principe, le créancier ne pourra pas faire appel au déclarant puisque sa déclaration ne revêt pas les caractéristiques d'une garantie. Il faut réserver des cas dans lesquels le contenu de la déclaration est faux ou si la personne qui fait la déclaration connaît des éléments de la société dont elle assure le fait qu'elle serait tenue de signaler au destinataire de la déclaration et qu'elle omet de le faire. Ce fondement de responsabilité potentiel est admis en application du principe selon lequel on peut imputer un devoir d'information à l'égard du patronnant (*culpa in contrahendo*).

96 ATF 122 III 273 c. 3a/aa.

97 ATF 122 III 321 c. 4a.

IV Rapport avec la créance principale

A. Opposabilité des exceptions de la créance principale

Compte tenu de la relation triangulaire qui s'instaure dans les cas de garantie, trois types d'exceptions peuvent en principe être opposées au créancier qui demande le paiement au garant de son débiteur. D'abord, et cela va de soi, les exceptions découlant directement de leur relation juridique⁹⁸. Ensuite, les exceptions découlant du rapport entre le garant et le débiteur principal. Et enfin, des exceptions qui appartiennent au débiteur principal contre son créancier. Souvent, en matière de garanties indépendantes, le garant renonce par avance aux exceptions du débiteur principal. Cette renonciation sert d'indice au Tribunal fédéral pour trancher en faveur d'une garantie indépendante⁹⁹.

1. Droits de la caution en cas de cautionnement

Le caractère accessoire du cautionnement donne le droit voire l'obligation à la caution de se prévaloir des exceptions et objections de la dette principale (art. 502 CO) et ceci même dans les cas où le débiteur a renoncé à l'un de ces droits. Par exceptions au sens de cet article, il faut comprendre tous les moyens résultant de la loi ou de l'obligation principale, qui permettent au débiteur principal de refuser, temporairement ou définitivement l'exécution de la dette principale. La caution peut et doit se prévaloir des exceptions relatives à la naissance, au contenu, aux effets et à l'extinction de la créance principale, de même que les exceptions de nature procédurale¹⁰⁰. Par contre, les droits formateurs du débiteur principal n'appartiennent pas à la caution. Ainsi, dans les limites de l'art. 121 CO, seul le débiteur principal peut faire valoir la compensation.

Il existe deux types d'exceptions que la caution ne peut faire valoir:

1. les exceptions découlant de l'insolvabilité du débiteur principal. Cette exclusion découle de la raison d'être du cautionnement. Son objet est d'assurer la prestation du débiteur principal en cas de mauvaise exécution ou d'inexécution de sa part. Elle ne saurait se retrancher derrière celle-ci pour éviter de payer.
2. les exceptions découlant de l'erreur ou l'incapacité du débiteur principal ou de la prescription de la dette principale, si la caution connaissait ces vices au moment de l'engagement et l'a quand même souscrit. L'exclusion de ces moyens est prévue par l'art. 502 al. 1 in fine CO et l'art. 492 al. 3 CO. Elle constitue une consécration de l'interdiction de l'abus de droit.

Le droit pour la caution de faire valoir les exceptions de la créance principale est considéré par la jurisprudence comme une incombeance dont la violation a pour effet de la déchoir de certains droits contre le débiteur principal¹⁰¹. Si la caution omet d'opposer les exceptions du débiteur principal, en cas d'action récursoire (art. 507 CO), celui-ci pourra lui opposer son manque d'intérêt à faire valoir exceptions et objections relatives à la créance principale contre le créancier¹⁰².

Il appartient au débiteur d'informer la caution de l'existence de ces droits, qui découlent d'un rapport auquel elle est étrangère. Toutefois, en vertu de l'art. 503 al. 3 CO, c'est à elle de prouver qu'elle ignorait l'existence d'éventuelles exceptions ou objections sans faute de sa part. La charge de la preuve des exceptions contre le créancier appartient également à la caution.

98 *Supra* III/A/2.

99 Par exemple ATF 125 III 305 c.2b.

100 Pour une liste détaillée voir CR CO I – MEIER, Art. 502 CO, N. 6 à 11.

101 SJ 1980 572.

102 LOMBARDINI, p. 606.

2. Droits du promettant en cas de promesse de porte-fort

Le promettant peut opposer au bénéficiaire toutes les exceptions et objections découlant de leur rapport contractuel, comme les exceptions relatives à la validité de son engagement ou les causes d'extinction de sa dette. En principe, en vertu du principe *exceptiones de iure tertii*, le promettant ne pourra bénéficier des exceptions inhérentes au rapport de valeur ou appartenant à la personne du débiteur. Il existe toutefois des dérogations:

- L'article 492 al. 3 CO, prévoit que si les conditions particulières qu'il énumère sont remplies, même un engagement à titre de porte-fort sera soumis aux règles sur le cautionnement. Dans cette circonstance, le promettant a toutes les objections et exceptions découlant de la créance principale, au même titre que la caution¹⁰³.
- Les parties peuvent convenir, ou il peut résulter du contenu de la promesse du promettant qu'il aura le droit de se prévaloir des exceptions découlant du rapport de valeur.
- Les règles de la bonne foi donnent au promettant les exceptions découlant de la créance principale si le bénéficiaire est en demeure de créancier ou que la carence du débiteur principal est imputable à une faute du bénéficiaire¹⁰⁴.

3. Droits du garant en cas de garantie autonome

Dans les cas des garanties bancaires, le garant ne pourra opposer à l'appel en garantie aucune des exceptions ou objections découlant du rapport juridique liant le débiteur garanti au bénéficiaire (indépendance du contrat de base) ou du rapport juridique le liant au débiteur garanti (indépendance du rapport de couverture): *res inter alios acta*. En effet, dans les cas de garanties autonomes, le garant assume une obligation qui lui est propre et dont l'existence est indépendante de celle du rapport principal. Ainsi, il ne pourra opposer au bénéficiaire que les exceptions et objections découlant du rapport de garantie lui-même¹⁰⁵ sauf s'ils l'ont expressément convenu.

Il faut à nouveau distinguer ici les situations de garantie accessoire ou ordinaire et de garantie à première demande.

- Lorsqu'il y a une garantie ordinaire, compte tenu du caractère indépendant marqué de ce type d'engagement, le garant ne pourra soulever les exceptions ou objections résultant de la relation juridique entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre, son débiteur principal¹⁰⁶. Par contre, il pourra lui opposer ses propres exceptions, soit celles découlant du rapport juridique de garantie, comme la compensation s'il est lui-même bénéficiaire¹⁰⁷.
- Lorsqu'il y a une garantie à première demande, il suffit que le créancier exige le paiement de la part de la banque pour que celle-ci soit tenue de s'exécuter. Compte tenu de son rapport interne avec le donneur d'ordre, elle a l'obligation de s'assurer que les conditions d'appel à la garantie sont remplies¹⁰⁸.

Par ailleurs, le bénéficiaire ne pourra pas recevoir le paiement de la garantie émise en sa faveur si la demande en paiement est abusive ou constitutive d'un abus de droit. Le garant pourra simplement refuser de s'acquitter du paiement exigé, et opposer au créancier qui fait appel à son paiement les exceptions et objections découlant du rapport de base, notamment dans les cas où:

103 *Infra* IV/A/1.

104 CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 14.

105 RVJ 2003 292.

106 ATF 131 III 511 c. 4.2.

107 RJN 1994 88.

108 ATF 131 III 511 c. 4.2; ATF 119 II 132 c. 5.

- la garantie émise pour couvrir un certain risque est utilisée pour satisfaire un autre risque;
- la créance du rapport de base n'existe pas ou est un montant infime par rapport au montant de la garantie stipulée;
- le bénéficiaire de la garantie a causé la raison pour laquelle le débiteur principal ne peut pas honorer son obligation.

Le refus de s'acquitter en raison d'une fraude ou d'une allégation d'abus de droit du paiement en cas d'appel à la garantie ne peut intervenir que dans les cas les plus graves, et ne saurait être invoqué à la légère. Un appel au garant qui n'est pas constitutif d'un abus de droit mais qui est, par exemple injustifié, ne peut faire l'objet d'un refus de la part dudit garant. Le montant obtenu pourra être récupéré conformément à CO 62 ss, qui donnent les conditions de restitution en cas d'enrichissement illégitime.

4. Droits du codébiteur solidaire en cas de reprise cumulative de dette

En cas de reprise cumulative de dette, le reprenant devient débiteur solidaire du débiteur initial. Les parties, soit le créancier et le codébiteur reprenant peuvent librement décider des exceptions que ce dernier pourra opposer au créancier. Si rien n'a été convenu, il sied de se référer aux dispositions sur la solidarité passive, soit les art. 143 ss CO. Toutes les exceptions au sens large qui résultent de son rapport personnel avec le créancier ainsi que celles qui résultent de la cause du contrat - soit le titre ou l'acte qui a donné naissance à son obligation - ou de l'objet de l'obligation solidaire appartiennent au reprenant. En vertu de l'art. 145 al. 1 CO, il ne peut pas opposer au créancier les exceptions personnelles de ses codébiteurs. Ce principe a été atténué par un arrêt récent, dans lequel le TF a admis que la nullité du rapport interne entre deux codébiteurs pouvait être invoquée par le codébiteur contre son créancier¹⁰⁹.

Il sera responsable à l'égard de son codébiteur s'il ne fait pas valoir leurs exceptions communes (art. 145 al. 2 CO). Cette responsabilité s'exprime dans le fait qu'il est privé de son droit de recours «interne».

B. Nullité, impossibilité de la créance principale

1. Le cautionnement

En application du principe d'accessoriété (art. 492 al. 2 CO), le cautionnement ne peut exister que sur une obligation valable.

Si l'obligation principale est nulle, le cautionnement sera sans effets. De la même façon, si l'obligation principale est invalidée par suite d'erreur, le cautionnement sera également sans effets.

Si la dette est devenue impossible après de la conclusion du contrat, d'une façon non imputable au débiteur, l'impossibilité subséquente visée par l'art. 119 CO éteindra également la dette de la caution. Si toutefois l'impossibilité de la dette principale est imputable à la caution, la dette doit être acquittée par celle-ci.

Une exception est prévue à ce principe. Le cautionnement sera valable en dépit d'un vice de l'obligation garantie relatif à l'erreur, à l'incapacité du débiteur principal ou à la prescription de sa dette, si la caution connaissait ce vice est s'est engagée malgré cela. Dans les autres cas, la caution pourra contester la validité de l'obligation principale (art. 492 al. 2 CO et art. 502 al. 1 ch. 2 CO).

109 ATF 124 III 305, JdT 1999 I 384 c. 3.

La caution ne peut se prévaloir à la place du débiteur principal de son droit d'invalider pour cause d'erreur ou de vice du consentement. Cette exclusion se justifie dans la mesure où ce droit étant un droit strictement personnel, il est inaccessibles à la caution. Toutefois le débiteur principal devra consulter la caution avant d'invalider ou d'éventuellement ratifier un accord conclu sous l'emprise d'un vice du consentement¹¹⁰, compte tenu des conséquences que cela a sur l'obligation accessoire de la caution.

2. Les garanties indépendantes

Les garanties indépendantes sont caractérisées par leur autonomie par rapport à l'engagement garanti. En principe, la validité d'un engagement à titre de garantie n'est pas subordonnée à l'existence de l'obligation à charge du débiteur principal¹¹¹. Il y a lieu de distinguer plusieurs hypothèses selon que l'engagement principal est impossible avant la conclusion du contrat (art. 20 CO) ou le devient après la conclusion mais avant son exécution (art. 119 CO). Par ailleurs, il sied également d'examiner la garantie d'un engagement nul.

- La garantie est nulle si elle a pour objet d'assurer un engagement de la part du débiteur principal illicite ou contraire aux mœurs ou si elle a pour objet d'inciter le bénéficiaire à un comportement illicite ou contraire aux mœurs. En effet, le simple fait de garantir un tel engagement ou de causer un tel comportement est illicite en soi¹¹².
- Une impossibilité subjective initiale, qui ne touche donc que la personne du débiteur principal permet d'invalider également la garantie indépendante, si le bénéficiaire connaissait l'impossibilité mais que le garant n'en était pas au courant. On estime dans ces cas que le bénéficiaire a en effet voulu profiter de l'engagement du garant, sachant pertinemment que le débiteur principal ne pourrait jamais s'exécuter. Or, il ne peut se trouver du fait de la garantie dans une situation meilleure que celle qui aurait été la sienne si le débiteur principal s'était régulièrement exécuté.
- En principe, la nullité du contrat de base n'affecte pas la validité de la garantie¹¹³. Cette considération absolue des tribunaux est critiquée par la doctrine. Certains auteurs admettent que l'impossibilité objective initiale au sens de l'art. 20 CO rend l'engagement nul. D'autres auteurs estiment en revanche que l'engagement n'est pas nul d'emblée mais qu'il pourra être invalidé pour erreur ou dol si les conditions des art. 24 al. 2, 28 al. 1 et 31 CO et si le bénéficiaire était au courant de l'impossibilité¹¹⁴.
- La garantie d'un engagement frappé d'impossibilité après la conclusion du contrat, de façon objective ou subjective ne libère pas le garant. Il demeure obligé par son engagement, au contraire du débiteur initial qui en sera libéré si aucune faute ne lui est imputable au sens de l'art. 119 CO. Le promettant répond donc même en cas de force majeure, d'exorbitance ou de cas fortuit sauf si le fait pour le créancier de demander le paiement est constitutif d'un abus de droit¹¹⁵.

3. Le cas particulier de la reprise cumulative de dette

Ainsi qu'il a déjà été rappelé, le reprenant peut opposer au créancier qui fait appel à son paiement toutes les exceptions découlant de la cause et de l'obligation à laquelle il est conjointement lié. La nullité de la dette en est un exemple typique. Le reprenant qui est tenu de la même prestation que le débiteur principal sera libéré en cas de nullité de celle-ci.

110 LOMBARDINI, p. 606.

111 ATF 111 II 276 c. 2b.

112 CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 9.

113 Arrêt du Tribunal fédéral du 9 juillet 1998 4C.436/1997 in RSDA 2000 p. 185.

114 ATF 72 I 278.

115 DEVELIOGLU H. M., Les garanties indépendantes examinées à la lumière des règles relatives au cautionnement, Berne 2006, p. 119.

C. Extinction de la créance principale

1. Extinction de la créance principale en cas de cautionnement

Compte tenu du caractère accessoire du cautionnement, l'extinction de la dette principale entraîne, en principe, automatiquement l'extinction de la dette de la caution (art. 114 CO et 509 al. 1 CO)¹¹⁶. L'extinction de la dette de la caution intervient automatiquement, *ex lege*, indépendamment des motifs d'extinction de la dette principale ou du fait que le créancier soit ou non satisfait par ce qui lui a été fourni¹¹⁷.

La caution pourra opposer au créancier qui lui demande de le désintéresser que la dette s'est éteinte par novation (art. 116 CO), par confusion de la qualité de créancier et de débiteur principal (art. 118 CO) ou par remise de dette (art. 115 CO)¹¹⁸. En cas de possible compensation, la caution peut refuser de payer tant que le débiteur ne l'a pas fait valoir (art. 121 CO). Il appartient en principe au débiteur principal de faire valoir la compensation, droit formateur résolutoire, qui ne passe pas à la caution comme les autres exceptions. Le Tribunal fédéral a laissé ouverte la question de savoir si la caution pourrait éventuellement se prévaloir de la compensation à la place du débiteur principal¹¹⁹.

Un cas d'extinction à la suite d'une confusion particulière est expressément prévu par l'art. 509 al. 2 CO. Il s'agit des cas dans lesquels il y a confusion entre la qualité de débiteur principal et de caution. En principe, une personne ne peut être débiteur et caution d'un même engagement, raison pour laquelle le cautionnement s'éteint. Toutefois, le législateur a expressément prévu que la caution nouvellement débitrice ne devrait pas se trouver dans une situation aggravée en raison de cette confusion. Raison pour laquelle, bien que son engagement en qualité de caution s'éteigne, elle demeure titulaire des avantages particuliers qui résultent pour elle du cautionnement (par exemple l'existence d'un certificateur de caution).

La caution ne sera pour le surplus pas libérée par l'extinction de la dette principale dans les cas où le débiteur obtient un concordat judiciaire (au sens de l'art. 303 LP) ou tombe en faillite (art. 175, 189, 190 ss LP).

2. Extinction de la créance principale en cas de garanties indépendantes

Au contraire du cautionnement, il n'existe en principe aucune corrélation entre l'extinction de la créance principale et celle de la garantie en raison du caractère indépendant de celle-ci. La garantie ayant pour objet d'améliorer la position du créancier par rapport à la créance principale, il faut distinguer entre les situations dans lesquelles l'extinction de la créance principale fait disparaître le risque que la garantie tendait à assurer ou non. Si ce risque disparaît, la garantie n'a plus lieu d'être et doit suivre l'extinction de la créance principale. A défaut, elle lui survit¹²⁰.

Les causes d'extinctions prévues par les art. 114 ss CO s'appliquent aux garanties indépendantes comme au cautionnement dans les limites caractéristiques de ce type de contrat. Si la dette principale perd son objet, la garantie n'aura plus de raison d'être. La dette du garant étant toujours une dette d'argent, dans la mesure où son engagement a pour objet de réparer à titre de dommages-intérêts l'inexécution ou la mauvaise exécution du débiteur principal, elle ne sera jamais impossible au sens de l'art. 119 CO (*genera non pereunt*). Il n'existe par ailleurs aucune autre cause d'extinction spéciale légale. Les parties sont libres d'en prévoir dans les limites de la liberté contractuelle.

116 ATF 125 III 435 c. 2a/bb.

117 LOMBARDINI, p. 606.

118 ATF 126 III 375 c. 2c.

119 ATF 120 II 35 c. 5.

120 DEVELIOGLU, p. 390.

3. Le cas particulier de l'extinction de la dette d'un codébiteur

L'engagement solidaire consécutif à une reprise cumulative de dette s'éteint comme la dette primitive dans certains cas. Par exemple, le paiement de la dette libère le codébiteur. Par contre, une remise de dette en faveur du débiteur primitif n'a aucun effet sur l'engagement du reprenant. De même, une dénonciation et une sommation du créancier n'ont d'effet qu'à l'égard du débiteur qui les reçoit¹²¹. Il y a lieu avant tout de s'intéresser à la volonté des parties. A défaut de volonté exprimée ou présumable, l'art. 147 CO prévoit les conséquences de l'extinction de la dette à l'égard de tous les codébiteurs et l'extinction en faveur d'un seul.

- Lorsque la dette solidaire est éteinte, en partie ou totalement, cette extinction se reflète sur l'engagement des codébiteurs et les libère dans la même mesure (art. 147 al. 1 CO). Par l'extinction de la dette solidaire au sens de cette disposition, il faut comprendre le paiement, la dation en paiement, la consignation non retirée et la compensation¹²².
- Il est également possible qu'un des débiteurs soit libéré en dépit des autres (art. 147 al. 2 CO), comme dans des cas de remise de dette ou de confusion. L'art. 147 al. 2 CO pose le principe de la libération personnelle. Mais il est tout à fait possible que les parties en conviennent autrement ou que les circonstances indiquent le contraire¹²³. La libération personnelle du débiteur dans les rapports externes implique que le créancier ne puisse plus le rechercher. Toutefois, cela ne se reflète pas forcément sur les rapports internes: ses codébiteurs peuvent le rechercher pour qu'il paie sa part.

D. Prescription de la créance principale

1. En cas de cautionnement

Lorsque la dette principale est prescrite (selon l'art. 127 ou l'art. 128 CO en fonction du type de dette), l'obligation de la caution ne s'éteint pas, elle se prescrit également en vertu de l'art. 133 CO. Partant, elle devient une obligation naturelle que le créancier ne pourra plus faire valoir en justice. Au cas où le créancier fait appel à son paiement, la caution a le devoir de lui opposer la prescription de la dette principale, sous peine de perdre son droit de recours contre le débiteur de cette dette (art. 502 CO). Si l'invocation de la prescription par le débiteur principal constitue un abus de droit, notamment dans les cas prévus par l'art. 502 al. 1 in fine CO et l'art. 492 al. 3 CO, ni la caution ni le débiteur principal ne pourront se prévaloir de la prescription à l'encontre du créancier qui demande le paiement¹²⁴.

La constitution de la caution interrompt la prescription de la créance principale contre le débiteur. Par ailleurs, l'interruption de la prescription contre le débiteur vaut interruption contre la caution mais l'inverse n'est pas vrai (art. 135 CO).

2. En cas de garanties indépendantes

Le sort de la garantie indépendante en cas de prescription de la créance principale dépend avant tout de la volonté des parties. En principe, la loi ne prévoit aucun lien entre la prescription de la créance principale et celle de la garantie. Néanmoins, il faut distinguer les cas où la prescription a lieu avant l'engagement des cas dans lesquels elle intervient après la conclusion du contrat de garantie et pendant la validité de celui-ci.

121 ATF 129 III 702, JdT 1994 I 535 c. 2.1.

122 CR CO I – ROMY, Art. 147, N 2.

123 ATF 107 II 226, JdT 1981 I 614, c. 4.

124 ATF 112 II 231, JdT 1987 I 27, c. 3e/bb.

Aux conditions de l'art. 492 al. 3 CO, le garant qui s'engage à assurer une dette prescrite et qui en connaissait le vice au moment de son engagement sera soumis aux règles du cautionnement, même si l'intention des parties était de constituer une garantie indépendante¹²⁵. Dans ces cas particuliers, l'engagement souscrit est donc une obligation naturelle, dépourvue de droit d'action de la part du créancier.

Pour le surplus, de la même manière qu'une garantie reste valable en cas de nullité du rapport de valeur, il faut admettre que la prescription de la créance garantie ne saurait atteindre la garantie elle-même.

3. Le cas particulier de la reprise cumulative de dette

La prescription d'une des relations juridiques entre un des codébiteurs et le créancier ne profite qu'à ce dernier en application de l'art. 147 al. 2 CO. Cette exception est rattachée à chaque créance indépendamment du lien qui unit les codébiteurs entre eux.

Au contraire, l'interruption de la prescription contre l'un des codébiteurs déploie ses effets également contre les autres (art. 136 CO).

En cas de recours contre les autres codébiteurs, celui qui a payé plus que sa part est subrogé aux droits du créancier. Cela signifie qu'il hérite de la créance dont la prescription a déjà couru. Si la créance objet de la subrogation est prescrite, le codébiteur qui n'a pas opposé la prescription au créancier qui l'a recherché, est titulaire d'une obligation naturelle. Ses codébiteurs n'ont pas d'obligation de le rembourser.

E. Cession de la créance principale

Par la cession de créance prévue aux art. 164 ss CO, le cédant (créancier initial) transfère son droit au cessionnaire (deuxième créancier) qui devient de ce fait à son tour créancier. Selon l'art. 164 CO, le cédant peut céder sa créance sans le consentement du débiteur à moins que cela ne soit interdit par la loi, par la convention des parties ou par la nature de l'affaire. En matière de garantie, se posent les questions de savoir si la garantie est cédée avec la créance principale et si cela n'est pas le cas, si elle demeure valable.

1. Cession de la créance principale en cas de cautionnement

En raison de ses liens avec la créance principale, le cautionnement est cédé avec elle (art. 170 al. 1 CO), sauf convention contraire entre le cédant et le cessionnaire. Cet article prévoit que la cession d'une créance entraîne la cession de tous les droits accessoires de la créance principale. Si les parties en ont prévu autrement le cautionnement deviendra caduc. En effet, le cédant ne peut demeurer créancier d'un contrat de cautionnement qui tend à garantir une créance dont il n'est plus bénéficiaire¹²⁶.

125 ATF 113 II 434, JdT 1988 I 185 c. 3b; CR CO I – Tevini Du Pasquier, Art. 111 CO, N. 9.

126 ATF 78 II 57, Sj 1952 p. 545.

2. Cession de la créance principale en cas de garantie indépendante

Le sort de la garantie indépendante en cas de cession de la créance principale dépend tout d'abord de la convention entre les parties. Compte tenu de l'indépendance de la garantie par rapport à la créance principale, l'art. 170 al. 1 CO ne trouve pas application à titre subsidiaire. Une cession indépendante de la garantie sera nécessaire aux parties pour que le cessionnaire puisse en bénéficier. A défaut, il semblerait raisonnable que la garantie devienne caduque. Le Tribunal fédéral n'a pas encore eu l'occasion de trancher cette question.

F. Reprise de la dette du débiteur principal

La reprise privative de dette (par opposition à la reprise cumulative de dette) est l'institution juridique prévue par les art 175 ss CO, par laquelle un débiteur est remplacé par un autre.

1. Situation de la caution en cas de reprise de dette du débiteur principal

La situation de la caution en cas de changement du débiteur principal dépend principalement de l'accord entre la caution et le premier débiteur; il est tout à fait possible que les parties aient prévu contractuellement une telle situation.

Si les parties n'ont rien prévu, dans la mesure où la caution s'engage aux côtés d'un débiteur déterminé, elle doit donner son accord en cas de reprise de dette. Les articles 493 al. 5 et 178 al. 3 CO prévoient que le cautionnement cesse si la caution n'approuve pas par écrit la reprise privative de la dette du débiteur principal. Notre Haute Cour a jugé que ce consentement doit intervenir par écrit au plus tard au moment de l'acte de reprise. Si le consentement intervient plus tard, il faudra établir un nouveau cautionnement en faveur du reprenant¹²⁷. Par consentement de la caution, il faut comprendre également celui de son conjoint ou de son partenaire s'il est nécessaire (art. 494 CO). L'art. 493 al. 5 CO déroge donc au principe général selon lequel seul le créancier doit accepter la reprise de dette (art. 176 CO). Si la caution ne consent pas à la reprise de dette, elle sera libérée de son engagement comme dans les cas où la dette faisant l'objet de la relation entre le débiteur principal et le créancier s'éteint¹²⁸.

2. Situation du garant en cas de reprise de dette du débiteur principal

La garantie donne lieu à un contrat indépendant. L'art. 178 al. 3 CO ne régit donc pas, même par analogie, le sort du rapport de garantie en cas de reprise privative de dette.

Les parties sont libres de régler la situation du garant en cas de reprise de dette du débiteur principal. La caducité du rapport de base n'entraînant pas celle de la garantie, il faut admettre de la même façon que la garantie reste valable en cas de reprise de dette. Le garant n'a, en principe, pas à donner son accord pour la reprise, son engagement étant indépendant de celui du précédent débiteur. Si les parties l'ont convenu, la garantie passe en même temps que la créance principale. Si rien n'a été convenu, il serait abusif d'admettre que la garantie passe implicitement. La garantie n'ayant plus d'objet («le fait» du débiteur initial), le garant est libéré.

127 Arrêt du Tribunal fédéral du 1^{er} juillet 2002 4C.23/2002 c. 2.2.

128 LOMBARDINI, p. 607 et renvois.

G. Concordat au bénéfice du débiteur principal

Le concordat, alternative à la faillite, constitue un arrangement entre le débiteur et ses créanciers en vertu duquel les dettes du débiteur sont remises entièrement ou modifiées quant à leur objet, leur étendue ou leur échéance. Cette procédure peut être la simple émanation de la volonté de tous les créanciers, elle sera donc dite «contractuelle» par opposition aux concordats judiciaires homologués par un juge, qui tombent dans le champ d'application de la LP. Le concordat judiciaire est une procédure d'exécution forcée qui peut prendre plusieurs formes différentes:

- le *concordat-sursis* consiste dans l'octroi au débiteur par les créanciers d'un sursis au paiement de ses créances;
- le *concordat-dividende* consiste en la promesse faite par le débiteur de payer à chaque créancier un certain pourcentage de sa dette;
- par le *concordat par abandon d'actif* le débiteur abandonne la totalité ou une partie de ses biens aux créanciers qui essaieront de les réaliser.

Tous les concordats sont précédés d'une période de sursis (art. 293-295 LP). Cette procédure met un accent particulier sur la participation des créanciers, tant dans son acceptation que dans la procédure d'exécution.

Par le concordat, le créancier prend donc le risque de ne pas se voir désintéressé par le débiteur et donc d'aggraver la situation d'un garant de la dette dudit débiteur. La loi sur la poursuite pour dette et faillites a appréhendé cette situation à l'art. 303 LP. Cet article s'applique au créancier d'un débiteur au bénéfice d'un concordat dont la créance est garantie par cautionnement ou par une garantie indépendante, ou dont la créance a été reprise solidairement par un autre débiteur. De façon générale, il garantit au créancier la sauvegarde de ses droits contre son garant éventuel. Il vise plusieurs situations diverses:

- le créancier peut refuser d'adhérer au concordat. Ce refus pourrait avoir comme conséquence d'aboutir à un refus de l'homologation du concordat ce qui n'est pas forcément dans l'intérêt du créancier, ni du garant.
- le créancier peut accepter le concordat. La sauvegarde de ses droits contre le garant de sa créance est soumise à deux conditions cumulatives. Il doit informer son garant dans un délai d'au moins dix jours à l'avance de la date et du lieu de l'assemblée des créanciers. Par ailleurs, il doit offrir au garant de lui céder ses droits à l'encontre du débiteur contre le paiement du montant de sa créance (art. 303 al. 2 LP). Si le garant accepte cette offre, il est subrogé aux droits du créancier dans la procédure concordataire. Si le garant refuse cette offre, le créancier peut accepter le concordat sans se voir déchu de ses droits contre son garant. Il est admis que le créancier respecte cette deuxième condition dans les cas où, sans forcément céder ses droits au garant, il l'autorise à assister aux délibérations de l'assemblée des créanciers.

H. Garantie d'une créance future

1. Cautionnement d'une créance future

En principe, le cautionnement porte sur des engagements qui existaient déjà au moment de sa constitution (art. 492 al. 2 et 499 al. 3 CO). Il est admis que le cautionnement qui porte sur une créance future n'est pas contraire à l'art. 27 CC si la dette future s'inscrit elle-même dans un rapport d'obligations existant au moment du cautionnement, rapport d'obligation dont dépend l'engagement de la caution¹²⁹. Il faut pour cela, et il suffit, que la caution connaisse ou soit consciente du rapport

129 ATF 120 II 35 c. 3a; JdT 1995 III 108 c. 4a.

général dans lequel les dettes qu'elle est en train de garantir prendront naissance¹³⁰. Au surplus, l'acte de cautionnement des dettes futures est soumis aux conditions usuelles des cautionnements.

La caution qui garantit des créances futures bénéficie par ailleurs d'un droit de résiliation spécifique prévu par l'art. 510 al. 1 et al. 2 CO. Ce droit de résiliation protège la caution de tous les aléas pouvant se concentrer en la personne du débiteur principal. Dans les cas où la caution garantit une dette future elle peut, à certaines conditions, révoquer son engagement.

Il faut pour cela que:

- le cautionnement porte sur une dette future qui n'est pas encore née au moment de l'engagement;
- la situation du débiteur s'est sensiblement aggravée depuis l'engagement de la caution; ou
- il s'avère par la suite que l'engagement de la caution l'était par rapport à une situation notablement plus mauvaise que celle qu'elle pouvait, de bonne foi admettre;
- une déclaration de révocation adressée en la forme écrite (art. 12 ss CO) au créancier.

Cette disposition ne prévoit pas la faute du débiteur comme condition pour le droit de résiliation de la part de la caution. Le créancier n'a pas d'obligation d'informer la caution de la détérioration de la position du débiteur. Il a par contre le droit, en application de l'art. 510 al. 2 CO à la réparation du dommage consécutif au fait qu'il s'est fié au cautionnement pour s'engager.

I. Garantie d'une universalité de créances

1. Cautionnement d'une universalité de créances

L'engagement de la caution peut porter sur une ou plusieurs (art. 499 al. 3 CO) dettes actuelles (art. 499 al. 3 CO), futures ou conditionnelles (art. 494 al. 2 CO). Pour que l'engagement de la caution soit valable, l'objet de la créance principale doit être suffisamment déterminé ou déterminable. Une personne physique ou morale pourra cautionner une universalité de créance pourvu qu'il ressorte clairement de son engagement ou des circonstances qu'il est limité. L'exigence de déterminabilité de la dette découle des dispositions tendant à limiter les engagements excessifs, soit avant tout les art. 27 CC et 19 et 20 CO¹³¹. Un engagement respecte ces dispositions impératives, si les dettes garanties sont clairement établies dans l'accord entre les parties ou si le rapport juridique entre le créancier et le débiteur principal est clairement identifiable¹³². Les actes passés en dépit de ces règles seront considérés comme nuls, du moins partiellement en application de l'art. 20 al. 2 CO. L'engagement portant sur toutes les créances qui n'ont pas été considérées suffisamment déterminables sera nul, alors qu'il subsistera relativement aux autres.

2. Garantie indépendante de créances futures et d'une universalité de créances

Les parties sont libres de conclure un engagement à titre de garantie sur l'objet de leur choix, elles peuvent garantir une multitude de créances ainsi que des créances qui naîtront dans le futur. Pourtant, les mêmes limites s'appliquent qu'en matière de cautionnement dans la mesure où les prescriptions découlant des art. 27 CC, 19 et 20 CO sont impératives. L'accord entre les parties doit nécessairement se soumettre à ces limites. L'engagement indépendant d'une créance future ou d'une universalité de créance sera soumis au respect de ces règles impératives, sous peine de se voir considéré nul, du moins partiellement.

130 ATF 128 III 434 c. 3, Ce peut être en particulier le cas lorsque le cautionnement sert de garantie à un compte-courant dont la caution a connaissance.

131 ATF 113 II 434, JdT 1988 I 185 c. 2a.

132 ATF 128 III 434 c. 3.

V Régime légal

A. Règles de forme

1. Forme du cautionnement

a. Cautionnement par des personnes mariées ou au bénéfice d'un partenariat enregistré

Le cautionnement est un acte formaliste: des modalités formelles impératives sont prévues par les 493 et 494 CO. En vertu de l'art. 494 CO, lorsqu'une personne physique se porte caution, elle doit nécessairement avoir le consentement de son conjoint ou de son partenaire en cas de partenariat enregistré, avant la conclusion de son contrat. Aucune ratification n'est possible. Un engagement qui ne remplit pas cette exigence est nul (art. 20 CO). Ce consentement doit être donné par écrit (art. 12 CO) dans l'acte même de cautionnement ou dans un acte à part.

Le conjoint devra également préalablement consentir à la promesse de contracter (art. 22 CO) et aux modifications de l'acte qui tendent à aggraver la position de celui qui s'engage: l'augmentation du montant garanti, la transformation d'une caution simple en caution solidaire ou une modification qui a pour effet de diminuer sensiblement les sûretés (art. 494 al. 3 CO).

b. Forme de l'acte de cautionnement

En soumettant à une forme spéciale l'engagement de la caution, l'art. 493 CO établit une dérogation au principe de liberté de la forme qui régit le droit suisse. Cette règle a pour objet d'attirer l'attention et de protéger la partie qui s'engage à titre de caution. Seules les clauses objectivement et subjectivement essentielles de l'engagement de la caution sont soumises à une forme spéciale à l'exclusion de celles qui peuvent être en son intérêt¹³³. Le type de forme auquel est soumis le cautionnement dépend de sa personne et du montant à concurrence duquel elle s'engage.

- Conformément à l'art. 493 al. 1 CO *a contrario*, les cautionnements souscrits par des personnes morales, des sociétés en nom collectifs ainsi que les cautionnements de droit public sont soumis à la forme écrite simple, régie par les art. 13 ss CO. En vertu de ces dispositions, les éléments nécessaires à l'acte doivent figurer sur un support matériel qui doit être signé. Un détail supplémentaire est exigé par l'art. 493 al. 2 CO: il faut que l'acte écrit contienne également l'indication numérique du montant de la garantie assumée par la caution.
- Lorsque la caution est une personne physique, il faut distinguer les situations en fonction du montant qu'elle s'engage à garantir. Les cautionnements pour un montant inférieur à CHF 2'000 doivent être passés en la forme écrite qualifiée: il faut en effet que la caution écrive à la main le montant maximum de sa garantie et sa position de caution solidaire le cas échéant.
- Pour toutes les garanties souscrites par des personnes physiques portant sur un montant supérieur à CHF 2'000, la garantie de la caution, et uniquement cet acte, sera soumis à la forme authentique, dont les modalités sont prévues dans le canton de Genève à l'art. 22 LACC/GE (E 1 05).

Lorsque la forme ne couvre pas un des éléments essentiels du contrat celui-ci sera entaché de nullité. La caution qui l'invoque si elle l'a provoqué à dessein ou la caution qui a payé sachant que son engagement était nul pour vice de forme risque toutefois de se voir opposer l'abus de droit (art. 2 al. 2 CC)¹³⁴.

¹³³ ATF 119 Ia 441, JdT 1994 I 614 c. 2a et c.

¹³⁴ ATF 60 II 236, JdT 1940 I 206.

Pour les modifications subséquentes du cautionnement, la forme écrite suffit (art. 493 al. 5 CO). Il faut réserver les cas d'augmentation de l'engagement de la caution qui sont soumis à la même forme que celle exigée pour la constitution du cautionnement.

Exceptionnellement, un cautionnement qui ne prévoit que le montant de la garantie par écrit sera valable jusqu'à concurrence de CHF 2'000 et nul pour le surplus.

La forme spéciale exigée doit couvrir notamment l'identité de la caution et «l'indication numérique du montant total à concurrence duquel la caution est tenue» (art. 493 al. 1 CO). Cette indication est une condition matérielle de la validité du contrat. L'absence de cette condition entraîne d'office la nullité du contrat, même si toutes les autres exigences de forme sont remplies¹³⁵. Par ailleurs, il est nécessaire qu'une référence soit faite à la dette principale, qui doit être au moins suffisamment déterminable; le nom du débiteur doit figurer dans l'acte. Si l'engagement se fait à titre de caution solidaire, mention doit en être faite dans l'acte, quelle que soient les mots employés par les parties. En cas de doute, entre la caution simple et la caution solidaire, on présumera la caution simple. Enfin, lorsque des conditions générales sont applicables au cautionnement, elles doivent y être valablement intégrées.

Au-delà de ces exigences de formes qui s'appliquent à l'acte de cautionnement lui-même, la loi prévoit des modalités de l'exécution de l'obligation de la caution qui doivent également forcément être passées par écrit.

- la prolongation du cautionnement pour une durée supérieure à 20 ans (art. 509 al. 5 CO),
- la déclaration de révocation de la caution si les conditions de l'art. 510 al. 1 CO sont réalisées.

2. Forme des garanties indépendantes

La promesse de porte-fort, la reprise cumulative de dette et les autres garanties indépendantes ne sont soumises à aucune forme particulière de part la loi¹³⁶. Ainsi, si les parties n'en ont pas disposé autrement, la validité d'une garantie indépendante n'est soumise à aucune forme spéciale. Cette dichotomie des exigences formelles pour le cautionnement et les autres garanties pose un problème pratique évident¹³⁷. Pour des garanties émises dans des circonstances semblables les parties peuvent être tenues de passer leur accord par acte authentique, sous peine de nullité comme elles peuvent n'avoir aucune obligation de se conformer à une forme quelconque.

Lorsque des conflits interviennent dans l'interprétation d'un contrat de garantie, l'argument de la nullité de l'acte pour vice de forme est celui le plus souvent utilisé par les parties qui veulent se libérer d'un engagement qu'elles ne souhaitent plus honorer. Dans ce sens, le Tribunal fédéral a jugé que «la règle de l'article 493 CO serait trop facilement éludée s'il suffisait d'insérer le mot «porte-fort» dans une formule soumise à la signature de la caution alors que celle-ci en ignore souvent le sens»¹³⁸. L'idée est que les parties sont libres de passer l'acte de garantie en la forme de leur choix, à charge pour elles de supporter le risque d'une requalification de leur accord en un cautionnement, si l'interprétation du tribunal appelé à juger d'un éventuel litige estime que ce type d'engagement correspond plus à leur volonté réelle.

135 ATF 117 II 490, JdT 1993 I 312 c. 3.

136 ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535 c. 2.3.

137 D'ailleurs, le Tribunal fédéral exprime expressément cette perplexité ATF 129 III 702; JdT 2004 I 535 c. 2.3.

138 ATF 125 III 305 c. 2b.

En ce qui concerne la reprise cumulative de dette, le Tribunal fédéral a réitéré récemment le principe de liberté de la forme pour cet engagement¹³⁹. Une exception est prévue par la jurisprudence: la promesse de reprise cumulative de dette à titre gratuit doit être passée en la forme écrite¹⁴⁰.

B. Rapport avec les droits de gage

De manière générale, les sûretés peuvent être soit réelles c'est-à-dire porter sur une chose dont le créancier pourra demander la réalisation si le débiteur ne s'exécute pas – le droit suisse ne donne pas le droit au créancier de s'approprier de l'objet grevé d'un gage, mais uniquement d'être désintéressé sur le produit de la réalisation du gage (art. 816 al. 1 et 891 al. 1 CO) - soit personnelles.

Ces deux types de sûretés peuvent être constitués valablement pour garantir une même créance. Si les deux garanties existent et qu'un cas d'appel à la garantie est réalisé, quel va être le rapport entre les deux ?

1. Le cautionnement

Le rapport entre le cautionnement et d'éventuels droits de gage est régi expressément par le CO pour deux hypothèses distinctes: les conditions d'appel à la caution en cas d'existence de gages (art. 495 et 496 CO) et la fourniture de sûretés par la caution en cas de poursuite intentée contre elle (art. 501 CO).

Quelle que soit la nature du cautionnement, la caution peut opposer au créancier qui fait appel à son paiement le bénéfice de discussion réelle (art. 495 et 496 CO). Il faut distinguer à nouveau ici les cautionnements simples des cautionnements solidaires. En vertu du bénéfice de discussion réelle, la caution simple peut refuser le paiement de son engagement tant que le créancier n'a pas d'abord tenté de se payer sur les gages qui peuvent aussi garantir la créance. Ces gages peuvent être mobiliers ou immobiliers, conventionnels ou légaux, avoir été constitués par la caution ou par le débiteur principal. Enfin, ils peuvent avoir été constitués après le cautionnement. Toutefois, dans tous ces cas, le créancier devra commencer par introduire une poursuite en réalisation de gage au sens des art. 151 ss LP et devra persister dans cette procédure jusqu'à l'éventuelle obtention d'un certificat d'insuffisance de gage au sens de l'art. 158 LP. Au moyen de ce dernier, il devra introduire une poursuite ordinaire et la porter à terme. C'est uniquement après l'obtention d'un acte de défaut de bien définitif que le créancier pourra faire appel à la caution.

Dans les cas où le débiteur tombe en faillite ou est au bénéfice d'un sursis concordataire, le bénéfice de discussion réelle tombe: le créancier pourra se retourner directement contre la caution. Cette exception est importante: la faillite du débiteur étant un des cas permettant justement de faire appel au paiement de la caution.

139 ATF 129 III 702, JdT 2004 I 535; c. 2.2.

140 ATF 79 II 151.

La relation entre la caution solidaire et les droits de gages diffère légèrement dans la mesure où la caution n'a contre le créancier qu'un bénéfice de discussion réelle limité (art. 496 al. 1 CO). Sauf convention écrite contraire (art. 493 al. 5 CO), le créancier n'a pas besoin selon cette disposition de faire réaliser ses droits de gage immobiliers avant de faire appel au paiement par la caution. Le bénéfice de discussion réelle en ce qui concerne les gages mobiliers et les créances n'existe qu'aux conditions de l'art. 496 al. 2 CO. Si les gages ne couvrent plus le montant dû, que le débiteur est en faillite, ou que les parties l'ont prévu contractuellement, le bénéfice de discussion réelle limité tombe¹⁴¹.

2. Les garanties indépendantes et les droits de gage

En principe, les gages sont réalisés de manière prioritaire. Le mode de poursuite par réalisation de gage s'appliquant d'office d'après l'art. 151 LP, l'exécution d'une créance garantie par gage doit avoir lieu selon le mode des poursuites en réalisation de gage (art. 41 LP). Le débiteur peut exiger, en application du principe *beneficium excussionis realis* que le créancier procède d'abord par la voie de réalisation du gage. Le *beneficium excussionis realis* est de nature dispositive, les parties peuvent valablement y déroger. Cette renonciation peut intervenir avant ou pendant la poursuite en cours. La renonciation à ce droit figure notamment souvent dans les conditions générales des banques.

Si le débiteur principal tombe en faillite et que celle-ci est requise pour faire appel au garant, les parties peuvent prévoir un ordre entre la réalisation du gage et l'appel au garant. A défaut d'ordre prévu, le créancier devra intenter contre le débiteur principal une poursuite en réalisation du gage avant de pouvoir faire appel au paiement du garant.

Si le cas d'appel à la garantie est donné indépendamment de la faillite du débiteur principal, les parties peuvent prévoir librement le rapport entre les gages réels et l'appel au paiement de la part du garant.

C. Réduction légale

1. La réduction légale de la dette de la caution

Dans les cas où c'est une personne physique qui cautionne, son engagement se réduit au fur et à mesure que la dette du débiteur principal se réduit. Ce principe, conséquence du caractère accessoire de la caution, est prévu par l'art. 500 al. 1 CO. La réduction est l'expression commerciale du fait que nombre de dettes garanties par cautionnement sont remboursées de façon périodique. La réduction légale de la dette de la caution, appelée «principe de la peau de chagrin», se fait par deux biais:

- Le montant dont la caution est tenue diminue périodiquement (art. 500 al. 1 ch. 1 CO). Cette règle dispositive est très souvent écartée par convention.
- La garantie dont est tenue une personne physique diminue dans la même proportion que la dette en cas d'extinction partielle de celle-ci (art. 500 al. 1 ch. 2 CO). Cette disposition est par contre relativement impérative, les parties pourront donc seulement décider par convention qu'une diminution de la dette principale entraîne une diminution plus importante de la dette de la caution.

141 ATF 122 III 125 c. 2a.

Les cautionnements des dettes de droit public envers la Confédération ou ses établissements de droit public, ainsi que les autres entités énumérées par l'art. 500 al. 2 CO font exception à ce principe.

2. Sort de la dette des garants en cas de garanties indépendantes

Aucune réduction légale n'est prévue pour les promesses de porte-fort, reprises cumulatives de dettes ou autre engagement à titre de garanties indépendantes, l'art. 500 CO ne leur étant pas applicable, même par analogie. En raison du caractère indépendant de ce type d'engagements par rapport à la dette principale, la diminution par un paiement partiel ou par une extinction de celle-ci ne saurait influencer sur l'engagement du garant. Les parties sont évidemment libres de décider d'une réduction contractuelle. De telles clauses de réduction automatique se trouvent souvent dans des garanties d'acompte, dans le domaine bancaire. Quoi qu'il en soit, l'indépendance de la garantie empêche de reporter un paiement partiel de la part du débiteur sur le garant en l'absence de disposition conventionnelle expresse¹⁴².

D. Devoir de diligence du créancier principal

1. Devoir de diligence à l'égard de la caution

Avant son engagement, la caution doit analyser seule le risque de l'engagement qu'elle veut prendre. Le créancier n'a aucune obligation de la mettre en garde sur la situation éventuellement difficile dans laquelle se trouve le débiteur. Par ailleurs, il n'a aucune obligation d'examiner si l'engagement que la caution prend est raisonnable compte tenu de sa situation financière ou s'il se justifie¹⁴³. Le créancier ne doit pas se préoccuper du fait que la caution obtienne un quelconque droit de recours fondé sur la relation juridique qui la lie au débiteur principal. En substance, en principe, aucun reproche ne peut être fait au créancier qui attend passivement la constitution d'un cautionnement. Font exception évidemment à ce principe les situations dans lesquelles la caution interpelle le créancier en vue d'obtenir des renseignements sur le débiteur et que le créancier omet des informations d'importance pour la caution ou lui donne des informations erronées¹⁴⁴. Les cas dans lesquels le créancier est au courant d'éléments qui pourraient être déterminants pour la caution et ne les lui communique pas alors qu'il sait qu'elle les ignore sont assimilés à la première exception. Le risque de manque de preuve pour la caution est toutefois élevé dans cette situation.

Le créancier n'a pas d'obligation générale de sauvegarder les intérêts de la caution, ni avant ni après la souscription du cautionnement. La limite à ce droit d'inaction est la faillite ou le concordat contre le débiteur principal qui renversent la situation et obligent le créancier à une collaboration avec la caution (art. 510 CO). Le créancier a, seulement à ce moment, l'obligation d'avertir la caution. Avant, quelle que soit la détérioration de la situation patrimoniale du créancier dont il était à connaissance, il n'avait aucune obligation d'en faire part à la caution.

En application du principe de la bonne foi, le créancier a toutefois des incombances à l'égard de la caution, soit le devoir d'accepter le paiement, le devoir de sauvegarder les sûretés, le devoir de délivrer les sûretés et les justifications utiles à la caution et un devoir d'information.

142 DEVELIOGLU, p. 275.

143 ATF 95 II 55, JdT 1970 I 85.

144 LOMBARDINI, p. 609.

- Le créancier a l'obligation d'accepter le paiement de la caution lorsque celle-ci a un intérêt à un paiement anticipé (art. 504 et 81 CO). La caution a ainsi un double droit, celui de refuser le paiement jusqu'à ce que la dette du débiteur principal et celle découlant de son propre engagement soient exigibles (art. 501 CO) mais également celui de s'acquitter dès le moment de l'exigibilité de la dette du débiteur principal si elle intervient avant. La caution a même le droit, avec le consentement du créancier de s'exécuter même avant l'exigibilité de la dette principale. Son droit de recours contre le débiteur principal n'est toutefois ouvert qu'après l'exigibilité (art. 504 al. 3 CO). Si le créancier refuse indûment le paiement, la caution sera libérée de son engagement (art. 504 al. 2 CO).
- Le créancier est tenu de remettre à la caution qui s'exécute, les droits de gage et autres sûretés utiles pour l'exercice du droit de recours contre le débiteur principal. Le créancier a donc le devoir de sauvegarder ces droits et sûretés pour ne pas porter préjudice au droit de recours de la caution (art. 503 al. 1 CO). Les sûretés visées par cette disposition sont toutes celles constituées avant le cautionnement ou dans le but spécifique de couvrir la créance cautionnée.
- L'art. 505 CO prévoit un devoir d'information de la part du créancier sur la situation du débiteur principal et un devoir de diligence dans la poursuite contre le débiteur principal. En cas de faillite du débiteur principal ou si ce dernier demande un concordat, le créancier doit produire sa créance et faire tout ce que l'on peut exiger de lui pour sauvegarder ses droits, en application de l'art. 505 CO¹⁴⁵. Ensuite, le créancier a le devoir de maintenir la caution informée de tout avancement dans la procédure de faillite, et de la consulter pour toutes ses démarches. L'idée est que le créancier ne puisse se voir reprocher par la caution de ne pas avoir entrepris tout ce qui était en sa possibilité pour recourir à son débiteur originel. Si le créancier ne renseigne pas et ne consulte pas la caution conformément aux indications données par l'art. 505 al. 1 CO, il perdra ses droits contre la caution à concurrence du préjudice résultant de cette omission (art. 505 al. 3 CO). La responsabilité du créancier dans ce cas est une responsabilité de type causale, aucune faute du créancier n'est exigée pour que le débiteur puisse se prévaloir des droits de l'art. 505 CO.

2. Devoir de diligence à l'égard du garant en cas de garanties indépendantes

Aucune règle de droit matériel ne prescrit les obligations du créancier à l'égard du garant en cas de garanties indépendantes. Les éventuels devoirs du créancier envers le garant ne découlent que de la volonté des parties et du principe de la bonne foi consacré par l'art. 2 CC. Ainsi, de façon générale, le créancier ne pourra faire appel à la garantie que si les conditions d'appel sont remplies et dans les formes éventuellement prévues par les parties.

- Le bénéficiaire n'a aucune obligation d'accepter un paiement avant que les conditions d'appel à la garantie soient réunies. Toutefois, le principe général de l'art. 81CO est applicable: dans les cas rares où les parties n'ont pas prévu le contraire et que la nature de l'affaire s'y porte, le garant peut faire un paiement anticipé.
- Aucune obligation légale de sauvegarder les sûretés ou de les transférer au garant qui l'a désintéressé n'incombe au créancier. Si une cession de créance est prévue entre les parties, cession qui donnera ensuite au garant un droit de recours contre le débiteur principal, la cession comporte également celle des accessoires (art. 170 al. 1 CO), dont les sûretés font partie. Conventionnellement, le garant pourra donc devenir titulaire des sûretés du créancier.
- Le devoir d'information du créancier à l'égard de la caution prévu par l'art. 505 CO ne donne aucun devoir direct au créancier en cas de garantie indépendante. Il est néanmoins une consécration du principe de la bonne foi de CC 2 qui oblige le créancier.

145 LOMBARDINI, p. 610.

E. Durée de validité

1. Durée de validité du cautionnement

Le cautionnement peut être stipulé pour une durée déterminée au sens de l'art. 510 CO ou pour une durée indéterminée au sens de l'art. 511 CO.

Les parties peuvent librement décider de soumettre le droit pour le créancier de faire appel au paiement par la caution à un délai déterminé, à la fin duquel il perd ce droit. Quoique le cautionnement donné pour une durée déterminée devrait automatiquement s'éteindre à la fin de la période en question, l'art. 510 al. 3 CO prévoit que le créancier bénéficie d'un délai de grâce supplémentaire de quatre semaines après l'expiration du délai convenu pour faire valoir son droit. Ce délai de quatre semaines ne peut être ni interrompu ni suspendu. Il n'est pas un délai péremptoire d'action du créancier. Il suffit que dans ce délai, il notifie à la caution son intention d'agir contre elle.

Dans la plupart des cas, le cautionnement sera conclu pour une durée allant largement au-delà de l'exigibilité prévue de la dette principale. Il est néanmoins possible qu'à l'expiration du délai pour lequel la caution s'est engagée, l'obligation du débiteur principal, et par ricochet celle de la caution ne soient pas encore exigibles. L'art. 510 al. 4 et 5 CO vise spécifiquement cette hypothèse. La caution doit fournir des sûretés réelles en lieu et place de son engagement pour se trouver libérée de celui-ci. Le montant à concurrence duquel la caution devra répondre étant incertain, les sûretés fournies doivent avec une très haute vraisemblance être d'une nature et d'un montant qui suffiront à préserver le créancier de tout dommage. A défaut de ces sûretés, la caution reste liée jusqu'à l'exigibilité de la dette, sous réserve de la limite temporelle maximale prévue pour les cautions physiques (art. 509 al. 3 CO). Une fois la dette exigible, le créancier dispose du délai de quatre semaines pour faire valoir ses droits contre la caution¹⁴⁶.

Les cautionnements pour une durée indéterminée sont la règle. Dans ce type de cas, pour éviter une certaine passivité du créancier dans l'appel à la caution, celle-ci a le droit de se libérer de son engagement au cas où le créancier ne poursuit pas le recouvrement de la dette à l'exigibilité (art. 511 al. 3 CO) ou ne dénonce pas la dette principale dont l'exigibilité est soumise à avertissement (art. 511 al. 2 CO). Ainsi, la caution peut demander au créancier qu'il fasse valoir ses droits contre le débiteur principal dans un délai de quatre semaines dès l'exigibilité de cette dette. A la différence du délai de l'art. 510 al. 3 CO, le *dies a quo* de ces quatre semaines est la sommation de la caution¹⁴⁷. Si l'exigibilité est soumise à un avertissement, la caution peut exiger du créancier qu'il se charge de cet avertissement un an après son engagement en qualité de caution, et qu'il agisse dans les quatre semaines qui suivent l'exigibilité (art. 511 al. 2 CO par le renvoi de l'art. 511 al. 1 *in fine* CO).

Dans les deux cas, la loi met à charge du créancier de faire valoir ses droits en justice ou par la voie de la poursuite, selon les modalités particulières prévues par les art. 495 et 496 CO, des lettres de sommation ne sauraient suffire. Le créancier doit poursuivre la procédure sans interruption notable; c'est une concrétisation du devoir de diligence du créancier envers la caution, mais cela assure aussi au créancier la sauvegarde de ses droits contre la caution¹⁴⁸.

146 ATF 125 III 322, JdT 2002 I 212.

147 CR CO – Meier, Art. 511 N. 5.

148 Arrêt du Tribunal fédéral du 9 juin 2004 4C.2/2004.

2. Durée de validité des garanties indépendantes

La durée de validité des garanties indépendantes n'est pas prévue par la loi. C'est aux parties d'en définir les modalités. Le plus souvent les parties donnent un terme à l'engagement du garant: sa responsabilité s'étend sur la période en question. Lorsque le texte de la garantie prévoit une date sans autre précision, il faut admettre qu'avant cette date le cas prévu pour la mise en œuvre de la garantie s'est réalisé et le créancier doit avoir demandé à la caution de le désintéresser. Cela correspond du moins à la pratique des banques¹⁴⁹.

Si aucun terme n'a été prévu contractuellement, le garant ne saurait être tenu éternellement. L'on peut admettre que si la raison qui a motivé sa constitution tombe ou que la garantie perd tout intérêt, elle prend fin. Par voie d'interprétation, il faut la limiter dans le temps en application de l'art. 27 al. 2 CC.

3. Durée de validité de l'engagement en qualité de codébiteur solidaire

Si les parties n'ont rien prévu, l'art. 144 al. 2 CC établit la présomption que tous les codébiteurs solidaires demeurent liés jusqu'à ce que le créancier n'ait pas été totalement désintéressé. Ce n'est que lorsque sa créance est éteinte que les autres responsables seront libérés envers lui. A charge pour celui des débiteurs qui a désintéressé le créancier de se retourner contre ses codébiteurs.

F. Prescription et péremption

1. Le cautionnement

La prescription de la dette de la caution contre le créancier est soumise au délai ordinaire de 10 ans prévu par l'art. 127 CO. Le *dies a quo* est l'exigibilité de la dette de cautionnement, qui correspond dans les limites de l'art. 501 al. 3 CO à l'exigibilité de la créance contre le débiteur principal.

Une interruption de la prescription contre le débiteur principal entraîne également interruption contre la caution compte tenu du caractère accessoire de sa dette (art. 136 al. 2 CO). Le créancier qui veut rechercher la caution doit toutefois respecter les conditions des art. 510 al. 3 CO et 511 al. 1 et 2 CO. A défaut, même si le délai de 10 ans prévu par l'art. 127 CO pour rechercher la caution n'est pas atteint, le créancier peut être déchu de ses droits¹⁵⁰.

La prescription du droit de recours de la caution contre le débiteur principal court dès que celle-ci a désintéressé le créancier (art. 507 al. 5 CO). Ce droit de recours est soumis au délai ordinaire de 10 ans à partir du paiement prévu par l'art. 127 CO. La prescription de la dette de la caution survient même si l'engagement qu'elle garantit est imprescriptible (art. 807 CC).

Le droit pour le créancier de faire appel au paiement d'une personne physique qui s'est engagée comme caution s'éteint de plein droit après 20 ans. A l'exception des cautionnements en faveur de la Confédération de ses établissements de droit public ou des cantons, ces cautionnements quelle que soit la durée prévue, s'éteignent de plein droit vingt ans après leur conclusion (art. 509 al. 3 CO). Ce délai peut être prolongé par écrit pour une durée de 10 ans (art. 509 al. 5 CO). Pour protéger le créancier, l'art. 509 al. 4 CO prévoit qu'il peut rechercher la caution dans l'année qui précède la fin de son engagement, même si elle s'est engagée pour un délai plus long. Par ailleurs, le créancier pourra rechercher la caution avant le débiteur et avant de faire réaliser les droits de gage, s'il n'a pas

149 DEVELIOGLU, p. 401.

150 CR CO I – MEIER, Art. 509 N. 10.

encore eu la possibilité de le faire, si la dette est devenue exigible dans les deux ans qui précèdent la fin du cautionnement (art. 509 al. 6 CO).

2. Les garanties indépendantes

Le principe général de prescription des créances prévu par l'art. 127 CO s'applique également à la prescription en cas de garanties indépendantes. En application de l'art. 130 CO, le *dies a quo* est le moment de l'exigibilité de la créance. Le moment d'exigibilité est moins clair qu'en matière de cautionnement: est-ce au moment de l'exigibilité de la créance principale ou au moment où les conditions d'appel à la garantie sont remplies ? La jurisprudence n'a pas tranché la question¹⁵¹. Quoique le *dies a quo* devrait être au moment de la naissance du droit, soit au moment où les conditions d'appel à la garantie sont remplies, un principe de prudence s'impose.

3. Le cas particulier de la reprise cumulative de dette

Une solidarité s'installe entre codébiteurs. La prescription interrompue à l'égard d'un des codébiteurs le sera à l'encontre de tous. Le délai de prescription de l'action récursoire peut découler de la loi, de l'accord entre les parties et à défaut des règles supplétives relatives aux rapports internes entre les parties. En cas de recours d'un codébiteur qui a libéré le créancier, celui-ci est subrogé à ses droits. Il sera donc soumis au même délai de prescription que ne l'était la créance de ce dernier. Le Tribunal fédéral a estimé que le débiteur a un délai d'un an pour se retourner contre son ou ses coobligés, sans préciser le fondement de ce délai¹⁵².

Le *dies a quo* du délai de prescription de l'action récursoire est le jour où le créancier de ladite action a connaissance de celle-ci, jour qui coïncide le plus souvent avec celui de son paiement¹⁵³.

G. Faillite du garant

1. Faillite de la caution

En vertu de l'art. 215 LP, le créancier dont la prétention est garantie par un cautionnement peut la produire dans la faillite de la caution même si elle n'est pas encore exigible. L'idée est qu'il ne soit pas forcé de faire valoir ses droits dans ladite faillite ou qu'il ne puisse plus être désintéressé après la clôture de celle-ci au moment de l'exigibilité. Sa créance sera inscrite dans l'état de colocation. L'enjeu qui pose problème est de savoir si le créancier pourra toucher le dividende alors même que sa créance n'est pas encore exigible. Il faut distinguer deux situations distinctes¹⁵⁴:

- Dans la faillite de la caution simple, le créancier a le droit de produire sa créance, mais il doit être traité comme s'il produisait une créance conditionnelle (art. 210 LP). Lors de la distribution des deniers en fin de procédure, il ne touchera son dividende que si il a poursuivi en vain le débiteur principal et qu'il a reçu un certificat d'insuffisance de gage à l'encontre de celui-ci. Cette solution a l'avantage de ne pas priver les droits du créancier d'une caution simple.

151 ATF 122 II 426, JdT 1998 I 171 c. 5c; DEVELIOGLU, p. 413.

152 ATF 115 II 42, JdT 1989 I 531.

153 Notamment 127 III 257, SJ 2002 I 113 c. 6.

154 ATF 42 III 479.

- En cas de cautionnement solidaire, l'administration de la faillite versera son dividende au créancier, dans les limites du bénéfice de discussion réelle limité de la caution. Dans les cas où la dette cautionnée par le failli est garantie par gage (art. 496 al. 2 CO), la masse en faillite a le droit d'exiger préalablement la réalisation du gage de la part du créancier. En attendant ladite réalisation, le dividende afférent au créancier sera consigné (art. 264 LP).

Dans tous les cas, la masse en faillite qui a payé le créancier est subrogée au droit de recours de la caution contre le débiteur principal (art. 507 al. 1 CO et art. 215 al. 2 LP). L'art. 502 al. 3 CO est applicable à la masse en faillite qui ne fait pas valoir les exceptions contre le créancier qui lui a demandé le paiement.

2. Faillite du garant en cas de garanties indépendantes

A défaut d'accord contraire entre les parties donnant des droits spécifiques au créancier contre le garant en faillite alors que les conditions d'appel à la garantie ne sont pas encore réunies, ce qui a été dit sur la faillite de la caution doit être étendu au garant. Le droit de subrogation prévu par l'art. 215 LP. Il n'aura pas lieu d'office, cela serait contraire au caractère indépendant de l'engagement du garant, et cela péjorerait la situation du débiteur principal. Si les parties ont prévu un droit de recours contre le débiteur principal, la masse sera subrogée aux droits du garant. A défaut, aucun recours ne sera possible¹⁵⁵.

3. Le cas particulier de la faillite d'un codébiteur

La faillite d'un codébiteur est régie par les art. 216 et 217 LP. En vertu de l'art. 144 CO, le créancier peut rechercher tous les débiteurs qui demeurent liés à lui tant qu'il n'a pas été entièrement désintéressé. L'art. 216 LP prévoit la situation de la faillite ou du concordat simultané de tous les débiteurs solidaires. Dans cette situation, le créancier peut produire l'entier de la créance qu'il a contre les codébiteurs dans chaque faillite. Dans les réquisitions de faillite qu'il intente contre chaque débiteur, le créancier ne sera pas obligé d'indiquer que la dette est solidaire. Lorsque le créancier aura été entièrement désintéressé dans la faillite d'un des codébiteurs, la poursuite intentée contre les autres débiteurs sera annulée conformément à LP 85 s¹⁵⁶. Si le créancier n'obtient qu'une partie de sa créance dans différentes faillites, il ne peut se retrouver enrichi. Il devra, conformément à l'art. 216 al. 2 LP reverser l'excédent à la masse en faillite qui a payé au-delà de la part dont le failli était tenu.

En cas d'extinction partielle de la dette d'un des codébiteurs, l'art. 217 LP donne le droit au créancier de produire l'intégralité de la dette dans la faillite à l'encontre d'un des autres codébiteurs. Bien entendu, il ne sera pas désintéressé au delà du montant de sa créance.

155 DEVELIOGLU, p. 284.

156 SJ 1987 11.

H. Droit de recours du garant contre le débiteur principal

1. Droit de recours de la caution

Le paiement par la caution au créancier n'éteint pas la dette. La caution est subrogée aux droits du créancier à concurrence de ce qu'elle a payé: elle pourra se retourner contre le débiteur principal. Elle ne peut renoncer à ce droit qui lui appartient même si le cautionnement a eu lieu à titre gratuit. Le droit de recours de la caution qui a payé contre le débiteur qu'elle a libéré est d'abord régi par le rapport qui les lie; ce droit de recours est appelé «spécial» rappelé par l'art. 507 al. 3 CO. Les règles sur le cautionnement viennent par ailleurs compléter l'émanation de la volonté des parties par un recours dit «général» (art. 507 al. 1 CO). La caution bénéficie d'un concours alternatif entre ces prétentions.

a. Le droit de recours général

La caution est subrogée légalement à concurrence de ce qu'elle a payé aux droits du créancier (art. 507 CO): un paiement partiel ne lui donnera droit qu'à un droit partiel de subrogation. Le montant maximal auquel elle a droit est prévu par l'art. 499 CO, dans la mesure où cet article prévoit de façon impérative la limite maximale de la responsabilité de la caution envers le créancier.

Si des droits de gage garantissaient la créance – c'est-à-dire qu'ils existaient au moment du cautionnement ou qu'ils ont été constitués par la suite spécialement pour cette créance (art. 503 al. 1 CO) – la caution les acquière également par suite de subrogation¹⁵⁷. En cas de paiement par la caution d'une partie de la créance garantie par gage, la partie de la dette du débiteur principal qui reste due au créancier est de rang préférable à celle de la caution (art. 507 al. 2 CO), en application du principe *nemo subrogat contro se*. Le créancier doit également donner à la caution tous les titres et renseignements qui lui permettront d'exercer son droit de recours contre le débiteur.

Le droit de recours général est plus intéressant que le droit de recours spécial notamment en raison de ces droits accessoires qui appartiennent *ex lege* à la caution du fait de son paiement.

L'art. 507 al. 6 CO prévoit que la caution sera déchue de son droit de recours si elle paie une dette naturelle ou que le débiteur a invalidée par suite d'erreur. Une exception est prévue au cas où la caution paie une dette prescrite – donc dépourvue de droit d'action – par mandat du débiteur. Un droit de recours spécial selon les règles du mandat (art. 394 ss CO, notamment art. 398 CO) est assuré à la caution.

b. Le droit de recours spécial

Ce droit de recours appelé aussi le recours interne émane de la relation juridique qui lie les parties. Il s'agit d'un mandat (art. 394 ss CO) lorsque la caution intervient de part la volonté du débiteur, mais il peut s'agir d'une gestion d'affaires sans mandat (art. 422 ss CO) si elle intervient à l'insu du débiteur, voire d'une donation (art. 239 ss CO). Le droit de recours spécial peut être plus intéressant pour la caution si en raison de leur accord interne, elle peut obtenir du débiteur plus que ce qu'elle peut demander au débiteur principal dans les limites de l'art. 499 al. 2 CO. Par exemple, elle pourrait obtenir des intérêts légaux sur les intérêts conventionnels qu'elle a remboursé au créancier, ou le remboursement d'éventuels frais de procès¹⁵⁸.

157 SJ 1969 59, c. 1 sur le devoir de diligence de la caution à qui les gages ont été remis.

158 DEVELIOGLU, p. 372.

Le débiteur recherché pourra opposer à la caution:

- les exceptions du rapport de base, notamment si la caution ne les a pas fait valoir contre le créancier lorsque ce dernier lui a demandé le paiement (art. 502 CO);
- les exceptions résultant du contrat qui les lie;
- les exceptions liées au droit de recours général (par exemple la prescription de l'art. 507 al. 5 CO).

2. Droit de recours du garant en cas de garanties indépendantes

Par le paiement, le garant accomplit un devoir qui lui est propre auquel il s'est engagé¹⁵⁹. Le garant qui désintéresse le créancier n'est pas titulaire du droit de subrogation légal de l'art. 507 CO ni de celui de l'art. 110 CO. L'article 111 CO ne règle d'ailleurs pas les conditions d'un éventuel recours du promettant contre le débiteur principal. Le garant ne pourra se retourner contre le débiteur principal que si le créancier lui cède sa créance (art. 164 CO) ou si le rapport interne qui le lie au débiteur principal le permet. La créance découlant du rapport de couverture et la créance cédée ne sont pas cumulatives, le garant ne pourra faire valoir contre le débiteur principal que l'une ou l'autre.

Très souvent en cette matière, les parties profitent de la liberté contractuelle pour régler les contours d'un éventuel droit de recours.

Si il n'existe aucune relation juridique préexistante entre le garant et le débiteur principal, cas rare mais possible, le garant pourra éventuellement se prévaloir des règles sur l'enrichissement illégitime (art. 62 ss CO) et la gestion d'affaire sans mandat (art. 419 ss CO).

3. Les particularités du droit de recours entre codébiteurs solidaires

En application de leur liberté contractuelle, les parties ont tout loisir de prévoir la répartition dans les rapports internes de la dette reprise et l'éventuel droit de recours contre le débiteur initial du reprenant qui a désintéressé le créancier.

A défaut de recours prévu par les parties, le codébiteur a une action récursoire contre le débiteur initial sur la base de l'art. 148 CO. Il est par ailleurs subrogé aux droits du créancier en vertu de l'art. 149 CO.

I. Droit applicable

1. Droit applicable aux cautionnements

Le contrat de cautionnement est soumis au droit que les parties ont choisi d'appliquer à leur accord (art. 116 LDIP). A défaut d'élection de droit de la part des parties, c'est le droit du domicile de la caution qui s'appliquera¹⁶⁰, la prestation caractéristique étant celle de la caution¹⁶¹. Le contrat de cautionnement doit respecter les exigences de forme dictées par le droit applicable au contrat (*lex causae*) et celles prévues par le droit du lieu de conclusion du contrat (*lex loci actus*), en application de l'art. 124 al. 1 LDIP. Il faut pour le surplus se référer à l'exception de l'art. 124 al. 3 LDIP selon laquelle la forme du contrat est régie par le droit applicable au contrat lui-même lorsque ce droit prescrit une forme spéciale dans le but de protéger une partie au contrat. Le Tribunal fédéral a en effet

159 CR CO I – TEVINI DU PASQUIER, Art. 111 CO, N. 7.

160 ATF 117 II 490, JdT 1993 I 312 c. 2

161 ATF 128 III 295 c. 2.

considéré que dans les contrats internationaux, l'exigence de forme à laquelle est soumise la conclusion d'un cautionnement doit être considérée comme une règle d'ordre public¹⁶².

2. Droit applicable aux garanties indépendantes

Le contrat de garantie est soumis au droit choisi par les parties¹⁶³. A défaut d'élection de droit, c'est le droit de l'Etat avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits¹⁶⁴ qui s'appliquera. Le portefort est un contrat de garantie au sens de l'art. 117 al. 3 let e LDIP. Le contrat est donc présumé être régi par le droit de l'Etat où le promettant a sa résidence habituelle ou son établissement au sens de l'art. 117.

Le droit de recours entre codébiteurs est soumis à la condition qu'il soit prévu tant par le droit qui régit le rapport juridique en vertu duquel le créancier principal a été désintéressé que selon le droit qui régit le rapport juridique noué entre le créancier principal et le débiteur recherché sur recours¹⁶⁵.

Le droit applicable aux déclarations de patronage à effet obligatoire est le droit de l'Etat où est établie la partie qui souscrit l'engagement¹⁶⁶.

162 ATF 111 II 175, JdT 1988 II 2, c. 3.

163 LDIP 116

164 LDIP 117 I

165 ATF 128 III 295 c. 2d.

166 ATF 128 III 295 c. 2a.

**BANKING
AND FINANCE**



**NEW
TECHNOLOGIES**



**CORPORATE
TRANSACTIONS**



**GENERAL
CORPORATE &
COMMERCIAL
MATTERS**



Une stratégie qui marque notre différence

**STRATEGIC
RESTRUCTURING**



Nous avons choisi de concentrer nos activités dans les seuls domaines du droit des affaires. Cette stratégie nous différencie des autres études et nous permet d'être entièrement focalisés et véritablement spécialisés dans nos domaines d'activité.

COMPETITION



ARBITRATION



**WEALTH
ADVISORY**



TAX





tavernierschanz.com