UNIVERSITE DE NANCY 2
FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION

LE CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE

THESE

en vue de l'obtention du grade de

DOCTEUR EN DROIT

présentée et soutenue publiquement le 07 janvier 2010 à 14 heures 15

par Monsieur **WENCESLAS ELLA ANDOUME**

DIRECTEUR DE RECHERCHES :
Monsieur YVES DEREU, Professeur de Droit privé à l'Université de Nancy 2

MEMBRES DU JURY :
Monsieur JEAN PIERRE LEGROS, Professeur de Droit privé à l'Université de Franche-Comté, Rapporteur
Monsieur PHILIPPE ROUSSEL-GALLE, Professeur de Droit privé à l'Université du Havre, Rapporteur
Madame CAROLINE HOUIN-BRESSAND, Maître de conférences de Droit privé à l'Université de Nancy 2

Que toutes les personnes qui ont contribué, de près ou de loin, à la réalisation de ce travail veuillent bien trouver en ces quelques lignes l'expression de ma profonde et sincère gratitude.

Je remercie tout particulièrement Monsieur le Professeur Yves DEREU pour ces précieux conseils, sa bienveillante sollicitude et son inestimable sens de l'écoute.

Je remercie aussi Monsieur le Doyen Bernard GROSS pour m'avoir permis de poursuivre des études de troisième cycle à la Faculté de droit de Nancy.

Je remercie de même Monsieur le Professeur Xavier HENRY pour son soutien, ainsi que tous les enseignants de la Faculté de droit de Nancy.

Je remercie également tous mes parents pour le soutien qu'ils m'ont apporté et pour leurs encouragements sans cesse renouvelés.

Je remercie enfin tous mes amis et toutes les personnes qui m'ont apporté soutien et affection.

A ma mère défunte mère.

« La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions et idées émises dans la thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur. »

LISTE DU CORPS ENSEIGNANT DE LA FACULTE DE DROIT, SCIENCES ECONOMIQUES ET GESTION DE L'UNIVERSITE DE NANCY 2

DOYEN : M. Olivier CACHARD

DOYENS HONORAIRES : MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI

PROFESSEURS EMERITES

M. VITU, Professeur de Droit Pénal
M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public
M. JAQUET, Professeur de Droit Public
M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit
Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit
M. BORELLA, Professeur de Droit Public
Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé
M. GROSS Bernard, Professeur de Droit Privé
M. DUGAS DE LA BOISSONNY Christian, Professeur d'Histoire du Droit

PROFESSEURS

M. RAY Jean-Claude	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUROT François	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUVIC Jean-François	Professeur de Droit Privé
M. MOUTON Jean-Denis	Professeur de Droit Public
M. JACQUOT François	Professeur de Droit Privé
M. CRIQUI Etienne	Professeur de Science Politique
M. BILLORET Jean-Louis	Professeur de Sciences Économiques
M. PIERRÉ-CAPS Stéphane	Professeur de Droit Public
M. GARTNER Fabrice	Professeur de Droit Public
M. EBOUE Chicot	Professeur de Sciences Economiques
M. MAZIAU Nicolas	Professeur de Droit Public
M. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé
M. BISMANS Francis	Professeur de Sciences Economiques
M. ASTAING Antoine	Professeur d'Histoire du Droit
M. STASIAK Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. CACHARD Olivier	Professeur de Droit Privé
M. GRY Yves	Professeur de Droit Public
M. LAMBERT Thierry	Professeur de Droit Privé
M. HENRY Xavier	Professeur de Droit Privé
M. PLESSIX Benoît	Professeur de Droit Public

Mme SPAETER-LOEHRER Sandrine	Professeur de Sciences Economiques
M. TAFFOREAU Patrick	Professeur de Droit Privé
M. PARENT Antoine	Professeur de Sciences Economiques
M. PERREAU-SAUSSINE Louis	Professeur de Droit Privé
Mme TUFFERY-ANDRIEU Jeanne-Marie	Professeur d'Histoire du Droit
Mme GRAMAIN Agnès	Professeur de Sciences Economiques
M. FONCEL Jérôme	Professeur de Sciences Economiques
M. PETIT Yves	Professeur de Droit Public
Mme GOLDIE-GENICON Charlotte	Professeur de Droit Privé
Mme MARINO Laure	Professeur de Droit Privé

MAITRES DE CONFERENCES

M. BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Économiques
Mme CHARDIN France	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GERMAIN Eric	Maître de Conférences de Droit Public
M. LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
M. VENANDET Guy	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
M. DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GUIGOU Jean-Daniel	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme JANKELIOWITCH-LAVAL Eliane	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. AIMAR Thierry *(Détachement)*	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public
M. MOINE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du

	Droit
M. PY Bruno	Maître de Conférences de Droit Privé
M. EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme DERDAELE Elodie	Maître de Conférences de Droit Public
M. DAMAS Nicolas	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GICQUEL Jean-François	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
Mme LELIEVRE Valérie	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. PREVOT Jean-Luc	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. WEBER Jean-Paul	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. CHOPARD Bertrand	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle PIERRE Nathalie	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PIERRARD Didier	Maître de Conférences de Droit Public
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline	Maître de Conférences de Droit Privé
M. ZIANE Ydriss	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. GABUTHY Yannick	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle BLAIRON Katia	Maître de Conférences de Droit Public
M. FEREY Samuel	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. MULLER François	Maître de Conférences de Droit Public
Melle ABALLEA Armelle	Maître de Conférences de Droit Public
M. THIERRY Jean-Baptiste	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle DUBUY Mélanie	Maître de Conférences de Droit Public

MAITRES DE CONFERENCES ASSOCIES

M. FERRY Frédéric	Maître de Conférences associé de Droit Privé
Mme MOUKHA Stéphanie	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GAUDEL Pierre-Jean	Maître de Conférences associé de Droit Public

M. GUENOT Jacques	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GREGOIRE Christian	Maître de Conférences associé de Sciences Economiques
M. BERNARDEAU Ludovic	Maître de Conférences associé de Droit Privé

ASSISTANTS – PRAG

M. ECKERSLEY David *(Convention)*	Assistant d'Anglais
M. LOVAT Bruno	PRAG de Mathématiques
Mme DIEHL Christel	PRAG d'Anglais
M. PERRIN Yves	PRAG d'Economie et Gestion

PRINCIPALES ABREVIATIONS

- Act. proc. coll.	*Actualité des procédures collectives*
- BRDA	*Bulletin rapide de droit des affaires*
- Bull. civ.	*Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)*
- Bull. Joly Sociétés	*Bulletin Joly Sociétés*
- C. civ.	*Code civil*
- C. com.	*Code de commerce*
- C. mon. fin.	*Code monétaire et financier*
- Cah. dr. entre.	*Cahier de droit de l'entreprise*
- Cass. ch. mixte	*Chambre mixte de la Cour de cassation*
- Cass. civ.	*Chambre civile de la Cour de cassation*
- Cass. com.	*Chambre commerciale de la Cour de cassation*
- Cf.	*Confère ; se reporter à*
- Chron.	*Chronique*
- CJCE	*Cour de justice des communautés européennes*
- C.O.J.	*Code de l'organisation judiciaire*
- Concl.	*Conclusions*
- Contrats, conc., consomm.	*Contrats, concurrence, consommation*
- D.	*Recueil Dalloz*
- D. Aff.	*Dalloz Affaires*
- DC	*Dalloz critique*
- DP	*Dalloz périodique*
- Defrénois	*Répertoire général du notariat Defrénois*
- Dr. & Patr.	*Revue Droit et Patrimoine*
- Dr. soc.	*Revue Droit des sociétés*
- Gaz. Pal.	*Gazette du Palais*
- Ibid.	Ibidem *: dans la même référence bibliographique*
- Infra	*Ci-dessous*
- IR	*Information rapide*
- JCP.G (E ou N)	*Juris-Classeur Périodique, édition générale (entreprise ou notariale)*
- Journ. Soc.	*Journal des sociétés civiles et commerciales*

- Jurispr.	*Jurisprudence*
- LPA	*Les petites affiches*
- n°	*Numéro*
- obs.	*Observations*
- op. cit.	Opere citato *: dans l'ouvrage (ou l'article) déjà cité*
- Pan.	*Panorama*
- préc.	*Précité*
- Rappr.	*Rapprocher de*
- RD bancaire et financier	*Revue de droit bancaire et financier*
- RD bancaire et bourse	*Revue de droit bancaire et de la bourse*
- RDC	*Revue des contrats*
- Rev. soc.	*Revue des sociétés*
- RJ com	*Revue de jurisprudence commerciale*
- RJDA	*Revue de jurisprudence de droit des affaires*
- Rev. Soc.	*Revue des sociétés*
- RTD. civ.	*Revue trimestrielle de droit civil*
- RTD. com.	*Revue de trimestrielle de droit commercial*
- RRJ	*Revue de la recherche juridique - Droit prospectif*
- S.	*Recueil Sirey*
- Somm.	*Sommaire (Recueil Dalloz)*
- spec.	*Spécialement*
- Supra	*Ci-dessus*
- T. com.	*Tribunal de commerce*
- TGI	*Tribunal de grande instance*
- V°	Verbo *: mot*

** Les Cours d'appel sont désignées par les noms des villes.*

SOMMAIRE

(*Une table des matières figure à la fin de l'ouvrage ; les chiffres renvoient aux numéros de pages*)

INTRODUCTION GENERALE……..1

PREMIERE PARTIE :
LE PARTICULARISME DU CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE……23

TITRE 1 / UN PARTICULARISME LIE AU CARACTERE *INTUITU PERSONAE* ET A L'ETENDUE VARIABLE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION……..25

CHAPITRE 1 / La permanence de l'*intuitus personae* dans le contrat de cautionnement.....30

CHAPITRE 2 / L'étendue variable de l'engagement de la caution…….75

TITRE 2 / UN PARTICULARISME LIE A LA NATURE ET LA VALIDITE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION……...135

CHAPITRE 1 / La détermination de la nature commerciale ou civile du cautionnement donne à une société…….136

CHAPITRE 2 / La validité de l'engagement de la caution……199

SECONDE PARTIE :
L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES EXTERIEURES SUR LE CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE ……246

TITRE 1 / LA MODIFICATION DE LA POSITION DE LA CAUTION A L'EGARD DE LA SOCIETE DEBITRICE……...248

CHAPITRE 1 / La perte du statut initial de la caution……..249

CHAPITRE 2 / Le décès de la caution……..299

TITRE 2 / LES MUTATIONS DE LA SOCIETE DEBITRICE OU CREANCIERE ET LEURS CONSEQUENCES SUR L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION…….327

CHAPITRE 1 / Les événements n'entraînant pas la disparition de la personnalité morale de la société…….329

CHAPITRE 2 / L'influence diversiforme de la disparition de la personnalité morale de la société créancière ou débitrice sur le cautionnement……..…363

CONCLUSION GENERALE……..432

INTRODUCTION GENERALE

« *Dans le commerce, où les plus grandes fortunes sont invisibles, on suit plutôt la personne que les biens.* »

PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences, Coll. « Voix de la cité », 1999, Préf. M. MASSANET, p. 54.

1. – De l'origine religieuse et morale de la force de l'engagement dans le Code civil. « *Il y a un moment pour tout et un temps pour toute chose sous le ciel. Un temps pour enfanter et un temps pour mourir ; un temps pour planter, et un temps pour arracher le plant*[1]. » Il y a un temps pour s'engager et un temps pour exécuter l'engagement pris, pourrait-il être rétorqué à une caution, rétive à exécuter son engagement en cas de défaillance du débiteur principal. Car, enjoint L'Ecclésiaste : « *Tiens bien ta parole et sois loyal avec autrui*[2]. » Ces versets à la résonance fataliste expriment l'exigence du respect des engagements pris ; ils soulignent aussi l'obligation de loyauté dans les relations avec autrui. Cette réverbération religieuse trouve un prolongement dans l'article 1134 du Code civil relatif à l'effet obligatoire du contrat et dont l'alinéa 3 renvoie expressément à la bonne foi[3]. Il faut dire que l'attachement des rédacteurs du Code civil à la force de l'engagement pris, ainsi que la fidélité dans son exécution étaient affirmés et l'influence

---

1 *La Bible de Jérusalem*, L'ECCLESIASTE, Première partie, chap. 3 (*Temps et durée*), versets 1 et 2.

2 *Ibid.,* Chap. 29, verset 3.

3 Sur quelques unes de ses applications jurisprudentielles, V. J. LEONNET, « Ethique et droit économique », *in Le juge et le droit de l'économie, Mélanges P. BEZARD*, éd. Montchrestien – Petites Affiches 2002, p. 231 et s.

considérable de la morale chrétienne sur leurs travaux n'a jamais été contestée[4]. Cette filiation du Code civil à la morale chrétienne et à la règle religieuse est clairement affirmée par le Doyen RIPERT[5], selon qui « *le juriste ne peut oublier que le droit doit s'appliquer à une société humaine fondée sur la morale chrétienne. Cette morale, par sa conception particulière des fins de l'homme de ce monde, impose une série de règles qui ne tendent pas seulement à assurer le respect du prochain, mais aussi à perfectionner l'âme. C'est un code très précis des devoirs de l'homme envers Dieu, envers les autres, envers lui-même* ».

2. – Souplesse de la règle morale et religieuse. Pourtant, si le Doyen RIPERT établit que le droit dans sa partie la plus technique est dominé par la loi morale[6], il fait aussi un reproche aux techniciens du droit « *de faire oublier les hommes dans le rapport juridique pour ne plus voir que le rapport, et qu'il leur apparaît comme le dernier mot du progrès juridique d'énoncer l'obligation comme la relation entre deux patrimoines* […] »[7]. La relation juridique serait donc d'abord un rapport humain, un lien entre personnes, dont l'obligation n'en serait qu'une simple traduction, avant d'être un rapport entre deux patrimoines. Le cautionnement serait-il d'abord ainsi un rapport entre la personne de la caution, celle du débiteur et celle du créancier avant d'être cet engagement qui permet au créancier d'agir directement contre la caution, sur son patrimoine ?

Il faut noter, au crédit du Doyen RIPERT, que si le droit canonique rappelle que « *les promesses doivent être tenues et les contrats rigoureusement observés*, [c'est uniquement] *dans la mesure où l'engagement pris est moralement juste* »[8] et qu'il peut être respecté. Pour les canonistes, en effet, le non respect de la parole donnée constitue en principe un

---

4 J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », *in Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges Y. GUYON*, éd. Dalloz 2003, p. 415 et s., n° 1. Ainsi, précise M. J. GHESTIN (*ibid*., n° 7, p. 421), « [se fondant] *sur la fidélité de Dieu envers les hommes aux rapports entres ces derniers, les théologiens catholiques en ont déduit l'obligation de respecter de façon inébranlable les simples promesses. En outre, par respect pour son prochain, le chrétien doit s'abstenir de tout mensonge, acte sévèrement condamné, tant dans l'Ancien Testament que dans le nouveau Testament*. […] *les théologiens vont déduire que violer la promesse faite à autrui c'est manquer à la vérité et commettre un mensonge. C'est sur ces fondements que les canonistes feront prévaloir la règle* pacta sunt servanda. *Pour eux, l'effet obligatoire du contrat ne résulte pas de l'accord des volontés subjectives des parties. La parole donnée doit être respectée afin de ne pas commettre un mensonge, péché mortel* ».

5 G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd. L.G.D.J. 1949, n° 17, p. 27.

6 *Ibid*., n° 1. Même s'il est relevé que « *cette morale, saisie notamment à travers la notion de bonnes mœurs, loin d'exprimer une éthique transcendantale de valeur universelle et immuable, n'est au fond que la coutume du plus grand nombre, donc une notion sociologique dépourvue de contenu moral* », il reste que cette morale apparaît « *au premier plan des préoccupations de l'époque sous la forme de l'éthique* ». *Cf* : B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », *in Mélanges A. COLOMER*, Litec-1993, p. 319 et s.

7 G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles, op. cit*., n° 2, p. 5 et 6.

8 J. GHESTIN, « La justice contractuelle selon la tradition catholique », *op. cit*., n° 2.

péché, le mensonge ; toutefois, si les conditions changent, le débiteur qui rompt sa parole n'est plus considéré comme pécheur[9]. Ainsi, en dépit de sa rigueur, le droit canonique reconnaît la possibilité de se départir de son engagement ou, à tout le moins, que certaines situations soient ébranlées à raison des contraintes de temps[10] et, plus généralement, à raison de toute contrainte extérieure au rapport contractuel tel qu'initialement convenu.

3. – Rigueur affirmée du droit positif. Cette orientation n'est pas celle du Code civil et du droit positif en général, quand bien même l'exécution de l'engagement pris deviendrait difficile, voire impossible, et l'on « *se baigne toujours dans les eaux calmes du Canal de Craponne* »[11]. En effet, ni le temps, ni les circonstances ne peuvent être pris en compte par les juges pour modifier ou adapter les conventions des parties[12]. La rivière aurait tant grossi au point de faire oublier sa source ? Le Code civil et les juges seraient-ils plus fermes que la morale chrétienne ? Sans doute[13]. C'est dire que l'adaptation du droit au fait, plus spécifiquement l'adaptation du contrat aux circonstances économiques[14], reste une pure vue de l'esprit[15] en droit privé français[16], en dépit de quelques évolutions fragmentaires[17].

Faut-il comprendre par là que celui qui a *donné un cautionnement comme sûreté d'exécution des engagements d'une société* s'est définitivement soumis à satisfaire à cette obligation si la société débitrice principale n'y satisfaisait pas elle-même ? Est-ce à dire que, sur le fondement de la force obligatoire des conventions, la caution ne peut se libérer de son engagement, quelles que soient les modifications graves qui pourraient affecter son

---

9 L. FIN-LANGER, *L'Equilibre contractuel*, L.G.D.J. - 2002, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 366, Préf. C. THIBIERGE, n° 7, p. 11.

10 H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd. Litec-1999, p. 768.

11 B. FAUVARQUE-COSSON, « *Le changement de circonstances* », *RDC* 2004, p. 67 et s., n° 1.

12 Cass. civ., 06 mars 1876 : *DP* 1976, 1, p. 193, note GIBOULOT ; *S*. 1876. 1. 161.

13 Et le Doyen RIPERT n'a pas manqué de déplorer l'absence de modération du zèle des juges dans l'application de la morale officielle. V. *La règle morale des les obligations civiles*, *op. cit*., n° 4.

14 J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », *in La tendance à la stabilité du rapport contractuel,* Etudes de droit privé, Dir. et Préf. de P. DURAND, LGDJ 1960, p. 189 et s.

15 CH. ATIAS et D. LINOTTE, « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977, *Chron*., p. 251 et s.

16 Depuis *l'Affaire Gaz de Bordeaux* (CE, 30 mars 1916 : *DP*, 1916. *III*. 25 ; *Sirey* 1916. *III*. 17, note M. HAURIOU), le droit public reconnaît la possibilité de réviser le contrat au regard de la théorie de l'imprévision. L'arrêt est souvent justifié par la nécessité d'assurer la continuité du service public, puisqu'en l'espèce, le Conseil d'Etat a condamné la ville de Bordeaux, concédante de l'exploitation de gaz, à payer au concessionnaire une indemnité compensatrice de la hausse du prix du charbon suite à la guerre alors qu'une telle indemnité ne figurait pas dans le contrat de concession. Néanmoins, il existe quelques règles ou « *mécanismes correcteurs* » qui permettent au juge d'infléchir certaines situations. Sur ces « *mécanismes correcteurs* », V. Y. BUFFELAN-LANORE, V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, Deuxième année, 11ème éd. Sirey - 2008, Coll. « Université », n° 1121 et s.

17 Sur ces évolutions, v. J. LEONNET, *op. cit*., n° 2 et s.

statut ou atteindre la société débitrice cautionnée, surtout si l'équilibre du contrat[18] s'en trouve bouleversé et l'économie de celui-ci[19] ruinée ?

4. – Justification de la rigueur du droit positif par la conception classique du contrat. Il faut dire que le contrat, en droit privé français, fruit de la doctrine classique[20] et de l'effet de la loi[21], exalte la force obligatoire de l'engagement, car « *toute restriction à* [celle-ci] *diminue la confiance du créancier et porte atteinte au crédit* […] »[22]. Accord de volonté entre deux personnes au moins et portant sur un objet déterminé ou déterminable, le contrat, dans sa conception classique, oblige parce que les parties qui contractent sont libres et sont, en tant que telles, abstraitement égales[23]. Le libre jeu des volontés individuelles conduit, par conséquent, à réaliser la justice[24] et l'engagement pris ne peut être modifié, puisqu'il est projection vers l'avenir[25]. Cette conception contractuelle, assise sur la libre négociabilité du contrat, incline à nier complètement l'individu, dans la mesure où il n'est pris en compte que l'objet de la convention ou les prestations attendues réciproquement[26].

5. – Le cautionnement donné à une société, contrat *intuitu personae*. Or, la relation contractuelle est aussi la résultante d'une confiance réciproque fondée sur diverses

---

18 Nous entendons « l'équilibre du contrat » ici au sens où l'a défini Mme L. FIN-LANGER (*op. cit*., n° 232), c'est-à-dire comme « *l'organisation harmonieuse du contenu du contrat, apprécié dans sa globalité* ».

19 Par économie du contrat, il faut entendre ici les contours du champ contractuel du cautionnement, c'est-à-dire le contrat tel que réellement voulue par les parties et non point nécessairement exprimée par elles. L'économie du contrat prend en compte la volonté interne des contractants et l'abstraction de la relation contractuelle ; elle englobe aussi le contexte et les circonstances de l'engagement de la caution. V. J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D*. 2000, *Chron*., p. 382.

20 F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, 10ème éd. Dalloz – 2009, n° 20 et s.

21 L'article 1134, al. 1 C. civ. vise les conventions « *légalement* » formées.

22 *Dictionnaire de la culture juridique*, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, éd. Quadrige / Lamy-PUF – 2007, « Contrat », par J. GHESTIN, p. 279.

23 Sur cette conception du contrat, son fondement et une somme des critiques de ce fondement, V. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, L.G.D.J. - 1997, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 264, Préf. J.-L. AUBERT, n° 206 à 296.

24 F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit*., n° 22.

25 Selon M. CH. ATIAS (« Qu'est-ce qu'un contrat ? », *in Droit et économie du contrat*, sous la Direction de CH. JAMIN, L.G.D.J. 2008, p. 4 et s., spéc., n° 9), « *cette conception du contrat, abstraite et intellectuelle alimente et renforce la tendance à rêver d'une sorte de contrat imaginaire conclu entre deux parties savantes et libres, maîtresses d'elles-mêmes, comme de leurs besoins et moyens* ». Ce propos n'est pas surprenant. La conception classique du contrat puise, en effet, son fondement dans la théorie de l'autonomie de la volonté. Or, selon le Doyen RIPERT (*La règle morale des les obligations civiles, op. cit.,* n° 22, p. 37), l'autonomie de la volonté « *est à la fois la reconnaissance et l'exagération de la toute puissance du contrat* ».

26 J. CARBONNIER, *Droit civil, Volume 2, Les biens - Les obligations*, 1ère éd. Coll. Quadrige / PUF – 2004, n° 931.

considérations. « *En tant que système de relation et en tant qu'instrument d'anticipation sur le futur*, [le contrat] *est un acte de foi. La confiance est, au moins, une hypothèse du contrat* »[27] ; elle renforce l'engagement et contribue à son attractivité[28]. Dans le contrat de cautionnement, l'engagement de la caution repose sur la confiance, tout autant que l'obligation principale cautionnée, et cette confiance est incarnée par les parties à celui-ci[29]. « *La confiance va à la personne autant qu'elle vient de la personne.* [Elle] *est à cette condition qu'elle se nourrit de l'*intuitus personae[30]. » En effet, « *celui qui se rend caution d'une obligation, se soumet envers le créancier à satisfaire à cette obligation si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* »[31]. Par son engagement, la caution choisit d'assumer personnellement la charge du paiement pesant sur le débiteur principal au cas où il défaillirait en adjoignant son patrimoine à celui de ce dernier ; elle constitue, ce faisant, une sûreté[32] pour le créancier, c'est-à-dire un droit d'action accessoire au droit de créance du créancier envers le débiteur principal. La caution s'engage donc nécessairement en considération de la personne du débiteur ; son engagement est par conséquent un

---

27 A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Université de Nice Sophia-Antipolis, 1977, n° 4, p. 7.

28 V. *La confiance en droit privé des contrats*, sous la direction de V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, éd. Dalloz 2008, Préf., p. VIII. V. aussi, D. HOUTCIEFF, « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? », *in La confiance en droit privé des contrats*, *op. cit*., p. 79 et s.

29 *Rappr*. : A. CHIREZ, *Thèse préc*., n° 4, p. 8 et n° 8, p.13.

30 G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », *in La confiance en droit privé des contrats*, sous la direction de V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, éd. Dalloz 2008, p. 97.

31 Art. 2288 C. civ.

32 La doctrine s'efforce de distinguer la « *sûreté* » de la « *garantie* ». Selon M. Y. PICOD, (*Droit des sûretés*, 1ère éd. PUF, Coll. Thémis droit – 2008, n° 4) une sûreté serait l'affectation au bénéfice du créancier d'un bien, d'un ensemble de biens ou d'un patrimoine par l'adjonction d'un droit d'action accessoire, c'est-à-dire un droit d'action autre que celui résultant de la position de créancier. En revanche, la garantie serait une notion plus générique. Elle regrouperait l'ensemble des techniques ou avantages permettant à un créancier de faire face à l'insolvabilité de son débiteur (V. aussi L. AYNES et P.CROCQ, *Les sûretés et la publicité foncière,* 3ème éd. Défénois – 2008, n° 2). Dans ce sens, M. S. PIEDELIVRE (*Droit des sûretés*, éd. Ellipses – 2008, n° 16 et 17) propose de distinguer la sûreté de la garantie à partir de *la fonction unique d'affectation à la satisfaction du créancier*. Partant, la qualification de sûreté devrait être écartée au profit de celle de garantie chaque fois que l'institution ainsi constituée pourrait remplir une fonction autre que l'affectation unique à la satisfaction du créancier. Si cette distinction entre la sûreté et la garantie est globalement approuvée par d'autres auteurs, la difficulté à établir un critère définitivement fiable est aussi reconnue. On a donc pu écrire que la notion de sûreté était « *introuvable* » et sa définition « *nécessairement vague* » (*Cf* : M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *Droit des sûretés*, 8ème éd. Litec – 2007, n° 2 à 4). En réalité, la qualification des sûretés reste une question délicate et récurrente de cette branche du droit privé. Il semblerait donc que *la garantie soit une notion fonctionnelle*, en ce sens qu'elle peut englober tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire, tandis que *la sûreté serait une notion conceptuelle* et désignerait alors la garantie fournie par une personne ou établie par la loi pour l'exécution d'une obligation (*Cf* : C. GINESTET, « La qualification des sûretés », *Defrénois* 1999, *Art*. 36927 et 36940). Laissant cette controverse de côté, les termes sûreté et garantie seront employés dans les développements qui suivent de manière indifférenciée pour désigner le cautionnement.

engagement *intuitu personae*[33]. Ne faut-il pas voir un fondement à cet *intuitus personae* dans l'article 2291 du Code civil qui permet à la caution de s'engager sans ordre du débiteur principal et même à son insu ?

Au demeurant, la considération de la personne n'existe pas uniquement du côté de la caution ; elle est aussi réelle du côté du créancier[34]. En effet, l'acceptation d'une caution par un créancier est conditionnée par la valeur de cette caution[35]. Aussi, avant d'accepter une caution, le créancier se renseigne-t-il d'abord sur sa moralité et sur son patrimoine. Le créancier peut ainsi refuser la caution qui lui a été fournie ou en exiger la constitution ou l'adjonction d'une autre, lorsque notamment l'appréciation qui en a été faite ne le rassure pas. Le contrat de cautionnement, relation tripartite « débiteur – caution – créancier », se présente donc comme un ensemble dans lequel l'*intuitus personae* est bilatéral.

6. – Cet *intuitus personae* prend un relief particulier lorsque *le cautionnement est donné comme sûreté d'exécution des engagements d'une société*[36]. En effet, les sociétés vivent du crédit ; pour ce faire, elles recherchent des voies de financement qui couvrent non seulement leur solde de fonctionnement, mais leur permettent également une croissance externe[37]. Ce financement peut se faire, soit par l'appel aux marchés financiers par l'émission de titres d'emprunt[38] et parfois de valeurs mobilières – actions ou obligations –

---

33 Sur cette notion et ses applications en matière contractuelle, V. F. VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, Maurice Lavergne imprimeur – 1938 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse dactyl. Paris V, 1974 ; M. AZOULAI, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », *in Tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Etudes de droit privé. Direct. et Préf. De P. DURAND, Paris, L.G.D.J. 1960, p.1 et s. ; M.-E. ANDRE, « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *in Mélanges M. CABRILLAC*, éd. Litec 1999, p. 23 et s ; D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* – remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTD. civ.* 2003, p. 3 et s.

34 D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* – remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *op. cit.,* p. 3 et s.

35 G. PETIT-DUTAILLIS, *Le risque de crédit bancaire*, éd. Banque - 1981, n° 293.

36 Il faut entendre par société dans les développements qui suivent toute forme sociale, civile ou commerciale, qui entre dans la définition de l'article 1832 C. civ. et dont les engagements sont garantis par un cautionnement.

37 B. OPPETIT, « L'endettement et le droit », *in Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA*, éd. Dalloz 1991, p. 303.

38 Dans la conjoncture actuelle où l'accès au crédit bancaire devient difficile, une tendance au retour de l'emprunt obligataire semble se dessiner. Par cet emprunt, les sociétés émettent des titres sous forme d'obligation à destination d'un public large. Ces titres sont émis à un tarif déterminé et donnent droit à un versement d'intérêts, généralement annuel, à taux préférentiel mais prédéterminé et à un remboursement au terme d'une période convenue par avance. Comparativement à l'emprunt bancaire classique, l'emprunt obligataire assure à la société la diversification ses sources de financement. Pour un aperçu historique du recours par les entreprises à l'emprunt obligataire, V. S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, *op. cit*., n° 32.

en cas d'augmentation de capital[39], soit par le recours au crédit bancaire. Dans ce dernier cas, le plus fréquent en pratique, la contrainte de solvabilité, plus précisément de crédibilité de la société emprunteuse va conditionner l'obtention du financement. Cette contrainte ne pourra être levée que par la constitution d'un cautionnement au profit de l'établissement dispensateur de crédit. Le cautionnement permet dès lors de modifier dans un sens favorable à l'esprit d'entreprise le niveau de risque acceptable par la banque[40] ; sa finalité est « *de faciliter le crédit du débiteur, de le conforter pour l'avenir, et non de fournir au créancier une garantie de paiement pour les opérations passées* »[41]. Le cautionnement contribue ainsi à mobiliser des capitaux extérieurs sans que l'actif de la société soit diminué. Dès lors, l'exécution des engagements aussi divers qu'un contrat de bail, un crédit-bail, une ouverture de crédit ou le solde débiteur d'un compte courant pourra être garantie.

7. – Les personnes susceptibles de s'engager comme cautions. Cette diversité des engagements garantis constitue aussi une des particularités du *cautionnement donné à une société*, à la différence du cautionnement donné en garantie des engagements pris par une personne physique. Dans ce dernier cas, en effet, les engagements sont bien définis et cadrés. Au contraire, la densité de l'activité d'une société ne permet pas toujours pareille précision et les engagements sont bien souvent à la mesure de l'activité. Dans cette hypothèse, la caution de ces engagements sera d'abord le dirigeant social[42]. La société

---

39 Ces hypothèses concernent les sociétés qui peuvent faire appel public à l'épargne. Il s'agit des sociétés civiles de placement immobilier (art. L. 214-51 C. mon. fin.), de la société anonyme (SA) et de la société en commandite par actions (SCA) (art. L 224-2 C. com.).

40 D. DANET, « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD. com*. 1994, p. 174 et s. p. 182.

41 P. CHAUVEL, « Cautionnement et réticence du banquier », *in Mélanges J. STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand – Université d'Auvergne, L.G.D.J. 2001, p. 33 et s, n° 38. Cette importance déterminante du cautionnement est soulignée depuis le XIX ème siècle par les auteurs. Ainsi, dans son Traité de droit civil *(Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, depuis et y compris le titre de la vente – Du cautionnement et des transactions*, Tome XIV ème éd. Paris 1846, Charles Hingray – Libraire-éditeur, n° 25), TROPLONG, écrit : « *Son utilité* [du cautionnement] *le met en grande pratique dans les affaires civiles et commerciales ; il facilite les transactions et élargit le crédit ; il ouvre la carrière des affaires à des inconnus ; il favorise des établissements nouveaux et des entreprises utiles qui avorteraient. Sous forme d'aval, il procure à la lettre de change une circulation plus prompte et plus sûre ; il se mêle à l'assurance et aux contrats à la grosse ; il entretient des communications amicales et la solidarité d'intérêt. Tantôt il est conventionnel, tantôt il est légal ou judiciaire. En un mot, il se prête à trouver les situations où l'on a besoin de captiver la confiance des tiers*. »

42 Le dirigeant social désigne ici aussi bien les gérants des SNC, des SCS, des SARL ou des Sociétés civiles sociétés que les administrateurs des GIE, les Présidents de conseils d'administration, les administrateurs, les directeur généraux (et directeur généraux délégués) dans les sociétés anonymes monistes, ainsi que les Présidents de directoires ou membres du directoire dans les sociétés anonymes duales. Sur l'ambiguïté de la

bénéficie ainsi du crédit qui s'attache à la personne du dirigeant. Quoi de plus normal, puisque « *l'homme reparaît derrière sa ou ses sociétés ; souvent à leur profit* »[43] ! Cette caution sera aussi le principal associé de la société cautionnée ou, dans certains cas, des personnes qui leur sont proches, même en qualité de certification de caution[44]. Ces personnes vont ainsi répondre sur leurs propres patrimoines des dettes de la société. A travers ces personnes et en considération de leurs liens avec la société débitrice, le créancier cherche à s'assurer de la bonne gestion de la société et le cautionnement dont il bénéficie a pour rôle de stimuler une gestion plus rigoureuse de la société débitrice et une fiabilité de ses comptes sociaux[45]. Le cautionnement est alors présenté comme un gage de bonne gestion, « *psychologiquement au moins* »[46].

Dans le même temps, à travers ce cautionnement, le créancier vise à contourner la limitation de la responsabilité inhérente à la technique sociétaire, dans la mesure où la garantie qui lui est accordée estompe l'être moral[47]. Cela est particulièrement vrai dans les sociétés anonymes et dans les sociétés à responsabilité limitée – mais pas exclusivement[48]

---

terminologie de « dirigeant social », V. Y. GUYON, « Remarques critiques sur la terminologie du droit français des sociétés », *in Mélanges J.-P. Sortais*, éd. Bruyant, 2003, p.291 et s.

43 M. DAGOT et CH. MOULY, « L'usage du crédit social et son abus », *Rev. sociétés* 1988, p. 1 et s., n° 1.

44 L'article 2291 du Code civil prévoit : « *On peut aussi se rendre caution, non seulement du débiteur principal, mais encore de celui qui l'a cautionné.* » La certification de caution s'analyse comme le cautionnement de la caution. Elle offre au créancier une garantie de second rang. Par cette figure, le créancier se trouve garanti contre les risques d'insolvabilité de la caution qui garantit l'exécution de l'obligation principale. En cela, la certification de caution se distingue du sous-cautionnement qui est un engagement par lequel une personne garantit une caution de son remboursement par le débiteur. Sur la distinction entre ces différentes techniques de garantie, V. PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE*, Droit civil, les sûretés et la publicité foncière*, 5ème éd. Dalloz – 2009, n° 77 et 78 ; et sur la question de manière générale, V. J. MESTRE, « Les cofidéjusseurs », *Dr. & Patr.*, janvier 1998, p. 66 et s. ; B. SAINTOURENS, « Certificateurs de caution et sous-cautions : les oubliés de la réformes du droit du cautionnement », *in Mélanges M. CABRILLAC*, Litec 1999, p. 397 et s.

45 J.-P. DESCHANEL, *Droit bancaire – L'activité bancaire*, éd. Dalloz - 1997, Coll. Connaissance du droit, p. 29.

46 L. AYNES, « Le cautionnement : synthèse », *in Le cautionnement : regards croisés Université-Notariat, Dossier*, *Dr. & Patr.*, n° 172, juillet-août 2008, p. 86 & s.

47 A. PIEDELIEVRE, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal.* 1982, *I, Doctr.*, p. 85 et s. En effet, les associés sont protégés par l'écran sociétaire. Ils ne peuvent par conséquent être poursuivis sur leurs patrimoines personnels pour couvrir les dettes de la société. Or, lorsque notamment les capitaux propres de la société sont insuffisants, le créancier sollicite tout naturellement un engagement personnel du dirigeant ou de l'associé et obtient de la sorte un ou plusieurs patrimoines distincts de celui de la personne morale. Cette même logique explique que, dans d'autres cas, le cautionnement soit donné par une personne relativement proche du dirigeant social ou de l'associé, un membre de leur famille pris en la personne de leur conjoint ou une relation personnelle.

48 *A priori*, dans les sociétés civiles et dans les sociétés commerciales de personnes, l'exigence d'un engagement d'un cautionnement fournie par une personne proche de la société débitrice est plus distendue, en raison de la responsabilité personnelle indéfinie et conjointe ou solidaire des associés. Toutefois, l'insuffisance de la surface financière de ces associés conduit généralement le créancier à exiger

–, puisque la responsabilité des associés y est limitée à leurs apports et le seul gage offert aux créanciers est l'actif social. Le cautionnement permet alors au créancier de neutraliser cette limitation de responsabilité par la possibilité d'exercer un recours directement contre un des associés désignés[49].

8. – Dans d'autres cas, *le cautionnement des engagements d'une société* sera donné par des personnes morales[50], sociétés civiles[51] ou commerciales. En effet, entre différentes sociétés, des liens plus ou moins étroits peuvent exister, soit parce qu'elles ont en commun des mêmes associés, soit en raison de l'existence entre elles d'une communauté d'intérêts, soit encore parce qu'elles appartiennent au même groupe. En considération de ces diverses connexions, une société pourra plus facilement s'engager comme garante d'exécution des engagements d'une autre, sans que cet engagement soit accompagné de contrepartie. Ainsi, à l'intérieur d'un groupe de sociétés, une société va garantir les engagements pris par une autre société appartenant au même groupe. Généralement, c'est la société mère qui va donner un cautionnement pour les engagements pris par une de ses filiales envers tel partenaire ; mais la garantie par une filiale des engagements pris par la société mère ou une société sœur est tout aussi possible.

9. – Le cautionnement ainsi donné vise une même finalité que celui donné par une personne physique : *il permet d'adjoindre un engagement accessoire à l'obligation principale souscrite par la société débitrice tout autant qu'il exerce une certaine pression*

---

l'engagement d'autres personnes comme cautions de dettes sociales. V. PH. MERLE (avec la collaboration d'A. FAUCHON), *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 13ème éd. Précis-Dalloz – 2009, n° 3.

49 De ce point de vue, l'entreprise individuelle se présente comme un leurre, puisque l'octroi du crédit à la société est conditionné à l'engagement de l'associé unique en qualité de caution. En effet, l'entrepreneur individuel est indéfiniment et solidairement responsable sur ses biens des dettes de la société. Certes, la loi pour l'initiative économique du 1er août 2003 a prévu la possibilité pour l'entrepreneur individuelle de rendre sa résidence principale indisponible au moyen d'une déclaration notariale d'insaisissabilité (art. 8 de cette loi). Cette protection a été accentuée par la loi de la modernisation de l'économie du 4 août 2008 qui a élargit le champ d'application de cette déclaration d'insaisissabilité, par dérogation aux articles 2284 et 2285 C. civ. (*Cf* : art. L. 526-1 C. com.).Toutefois, cette protection paraît bien illusoire. Il semble difficile, en effet, de concevoir qu'un créancier se dispense de la garantie des immeubles d'un entrepreneur individuel lorsqu'un crédit lui a été accordé. Sur la question, V. S. PIEDELIEVRE, « Déclaration d'insaisissabilité et immeuble », *RD bancaire et financier* 2008, *Comm*. 145 ; A.-S. MUGNIER-RENARD, « Les garanties des opérations bancaires et la protection des époux », *RD bancaire et financier* 2009, Dossier, 88.

50 Sur le cautionnement donné par des personnes morales de droit public local, V. A. CERLES et S. HOMONT, « Le cautionnement donné par les collectivités locales », *Dr & Patr*., mai 2001, p. 48 & s.

51 A. CERLES, « Conditions de validité du cautionnement délivré par une société civile », *RD bancaire et financier,* janvier - février 2008, *Etudes*, n° 1, p. 6 et s. ; G. CHAUVIN, « Immobilier d'entreprise, propriété d'une société commerciale ou d'une société civile immobilière », *JCP. G* 1988, *I*, 3320.

sur le groupe portant sur la gestion de la société débitrice cautionnée. Toutefois, à la différence du cautionnement donné par une personne physique dont la validité est soumise aux règles du droit commun, le cautionnement donné par une société doit, en plus des conditions générales à tous les contrats, respecter certaines règles spécifiques au droit des sociétés. De ce point de vue, l'étude du *cautionnement donné à une société* est aussi l'occasion de constater et d'apprécier la coexistence des règles du droit des garanties et des règles du droit des sociétés.

10. – L'ambition affichée dans le présent ouvrage est donc l'étude du *cautionnement donné à une société* et non une réflexion portant sur l'usage par la société de son crédit pour garantir les engagements de son dirigeant social ou de ses associés[52]. Il s'agit, en clair, de l'examen du *cautionnement donné comme sûreté d'exécution des engagements d'une société envers un créancier, aussi bien par des personnes physiques que par certaines personnes morales, directement ou indirectement liées à la société débitrice principale*. Cette délimitation n'est pas arbitraire ; au contraire, elle repose sur de solides considérations.

11. – Lorsque le cautionnement est donné par une société comme garantie des engagements d'une autre société sans qu'existe entre elles une communauté d'intérêts ou de connexions quelconques, l'engagement de la société caution présente sans conteste un caractère onéreux et l'on parle volontiers de « cautionnement d'affaires ». Cela explique que de tels cautionnements soient donnés par des établissements de crédit ou des banques[53]. Or, ces établissements font des garanties de paiement leur profession et s'obligent dans le cadre de leur activité commerciale. Dans cette optique, mus par des considérations de rentabilité et par la portée véritable de la couverture qu'ils consentent ainsi que des dangers qui

---

52 P. SCHULTZ, « L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social », *in Etudes offertes au Doyen PH. SIMLER*, éd. Litec-Dalloz 2006, p. 429 et s. – M. DAGOT et CH. MOULY, « L'usage du crédit social et son abus », *Rev. sociétés* 1988, p. 1 et s. S'agissant de ce type de cautionnement, le législateur a adopté plusieurs dispositions pour encadrer ou interdire l'octroi de telles garanties. Ainsi, Dans la société anonyme (SA), articles L. 225-43 et L. 225-91 C. com. ; dans la société à responsabilité limitée (SARL), article L. 223-21 C. com. ; dans la société par action simplifiée (SAS), article L. 226-10 C. com. S'agissant par exemple de l'acquisition des titres d'une société de capitaux, le législateur interdit aux personnes souhaitant acquérir ces titres de faire garantir le financement desdits titres par la société émettrice (Articles L. 225-216 et L. 225-217 C. com.). Sur la question, V. G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN avec le concours de V. MAGNIER, *Traité de droit commerciale - Les sociétés commerciales*, T. 1, Vol. 2, 19ème éd. L.G.D.J. - 2009, n° 1326 et s.

53 L'article L. 313-1 C. mon. fin. range ce type de cautionnement dans la catégorie d'opérations de crédit. V. A. CERLES (avec la collaboration de P. BOUTEILLER), *Le cautionnement et la banque*, 2ème éd., Revue banque – 2008, p. 161 et s.

l'entourent, ces établissements subordonnent non seulement leur engagement comme caution à l'obtention auprès de la société débitrice de contre-garanties[54], mais ils cantonnent également la possibilité de donner pareille garantie à un type précis d'engagements[55]. Outre l'onérosité d'un tel engagement[56], l'exigence de ces contre-garanties donne un relief différent à ce cautionnement, comparativement à un cautionnement donné par une société agissant en considération de ses liens avec la société débitrice. Certes, cette contre-garantie peut être donnée par le dirigeant social ou par un associé, voire, dans le cas d'un groupe de sociétés, par une autre société du groupe, par exemple en qualité de sous-cautionnement[57]. Il reste que la contre-garantie, bien que renforçant le cautionnement donné[58], est une garantie de second rang[59]. Elle ne sera donc pas étudiée dans le cadre de cette étude qui se limitera à l'engagement de caution de premier rang, c'est-à-dire « *la configuration de base sous laquelle se présente dans la très grande majorité des cas un cautionnement* »[60].

Faut-il aussi justifier l'exclusion du « cautionnement d'affaires » par l'espoir nourri dans cet ouvrage qui est d'imprimer à l'ensemble une homogénéité et une unité de ton, cette ambition n'étant réalisable qu'en retenant des cautionnements obéissant à un même schéma et présentant des caractéristiques communes ?

12. – De ce point de vue, il est acquis que le créancier bénéficiaire de la garantie est une personne morale[61], comme le débiteur principal cautionné. Cette caractéristique commune

---

54 C. HOUIN-BRESSAND, *Les contre-garanties*, éd. Dalloz 2006, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 54, préf. H. SYNVET, n° 2, p. 3 et 4. Dans le même sens, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, *op. cit*, n° 25.

55 Il s'agit des engagements envers des créanciers institutionnels. V. G. PETIT-DUTAILLIS, *op. cit*., n° 496 et s. - PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, 4ème éd. LexisNexis Litec 6- 2008, n° 2, p. 3.

56 Y. PICOD, *Droit des sûretés*, *op. cit*., n° 38.

57 Dans le sous-cautionnement, la caution de second rang garantit à la caution de premier rang son remboursement par le débiteur principal. La caution de premier rang tient le rôle de créancier et prend une garantie auprès de la caution de second rang. Par exemple : Cass. com., 2 octobre 1985 : *Bull. civ. IV*, n° 226.

58 Cela est particulièrement net dans la certification de la caution, puisque le créancier se trouve garanti contre les risques d'insolvabilité de la caution de premier rang.

59 Par exemple : Nancy, 1er octobre 1991 : *RJDA* 7/92, n° 744, p. 611.

60 B. SAINTOURENS, « Certificateurs de caution et sous-cautions : les oubliés de la réformes du droit du cautionnement », *op. cit.,* p. 397.

61 Cette personne morale pourra être un établissement de crédit. Il en sera notamment ainsi lorsque l'engagement principal garanti rentrera dans la catégorie d'opérations de banques, telles que définies par l'article L. 311-1 C. mon. fin. En effet, aux termes de l'article L. 511-1 du même Code, ces opérations ne peuvent être exécutées que par des personnes morales qui effectuent à titre de profession habituelle des

expose le débiteur principal et son créancier, bénéficiaire du cautionnement, aux mêmes réalités économiques, conjoncturelles ou structurelles. Et de celles-ci vont s'inférer des choix stratégiques comparables ou l'application possible de solutions identiques, suivant la situation réelle de la société.

13. – L'importance définitive du cautionnement dans la vie d'une société. Au demeurant, l'importance du cautionnement se mesure à chacune des phases susceptibles de marquer la vie d'une société. D'une opération ponctuelle, en ce sens qu'il sert de support à un engagement en confortant le créancier et en lui conférant un droit d'action accessoire, le cautionnement accompagne généralement toute la vie des sociétés. Parfois accordée pendant la période de formation de la société, la garantie va se prolonger bien au-delà de son immatriculation, quelquefois au grand dam de la caution. Il en sera tout particulièrement ainsi en cas de restructuration de la société débitrice entraînant sa disparition dans une opération de fusion ; il en sera encore de même en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de la société débitrice, confrontée à d'importantes difficultés économiques et financières[62].

14. – Ainsi, en dépit de l'émergence d'autres garanties[63], ajoutée à la tentation de la garantie neuve[64] et le recours, par « à-coups », aux sûretés réelles ou à des formes de

---

opérations de banque. Enfin l'article L. 511-5 de ce même Code interdit à toute personne autre qu'un établissement de crédit d'effectuer des opérations de banque à titre habituel. Dans d'autres cas, cette personne morale pourra être une société civile (société civile immobilière par exemple dans le cas d'un louage d'immeuble par la société débitrice garanti par un cautionnement) ou une société commerciale pour tel contrat dont l'exécution en serait assurée par un cautionnement.

62 F. PEROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », *Dr. & Patr.* juillet - août 2008, p. 77 et s ; M. STORCK, « Cautionnement et procédures collectives », *LPA*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 33 et s ; M. BEHAR TOUCHAIS, « Le banquier face à la défaillance du débiteur », *RTD. civ*. 1993, p. 737 et s. Sur la question, *infra*, n° 556 et s.

63 PH. SIMLER « Les solutions de substitution au cautionnement » *JCP. G*, 1990, I, n° 3427 ; P. CROCQ, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité » *in Mélanges Ch. Mouly*, éd. Litec 1998, p. 317 et s. ; J. GHESTIN, « La qualification en droit français de garanties données par une société mère au profit de sa filiale », *Mélanges à P. VAN OMNESLAGHE*, éd Bruxelles Bruyant 2000, p.428 et s. ; M. ELLAND-GOLDSMITH, « Comfort letters in english law and practice », *International Business Law Journal* 1994, p.527 & s. ; R. BAILLOD, « Les lettres d'intention », *RTD. com*. 1992, p. 54 et s. ; S. PIEDELIEVRE, « L'efficacité des lettres de confort », *Dr. & Patr*. 1996, p. 60 et s. Sur la consécration légale de la garantie autonome et de la lettre d'intention par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, V. L. AYNES, « La réforme du droit des sûretés », *D*. 2006, *Dossier*, p. 1289 et s. ; N. RONTCHEVSKY, « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », *D*. 2006, *Dossier*, p. 1303 et s.

64 D. GRILLET-PONTON, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D*. 2000, *Chron*., p. 331 et s. Il faut relever qu'un courant de la doctrine défend l'idée d'*un cautionnement à première demande*. Fondé à la fois sur le principe de la liberté contractuelle et le développement d'une certaine pratique, le cautionnement à première demande se distinguerait du cautionnement ordinaire par la portée conférée à l'engagement du garant. Dérivée du cautionnement, cette sûreté occuperait une place

garanties plus éprouvées comme la propriété[65], l'importance du *cautionnement comme garantie des engagements d'une société* reste indéniable[66]. Car, même en temps de crise caractérisée par la rareté du crédit[67] et par une certaine propension à concevoir certains montages servant de garantie[68], en raison notamment de la hantise des fonds perdus et de l'accroissement du risque d'impayé, le cautionnement se présente comme une garantie d'une efficacité certaine. C'est que, les sûretés réelles[69], « *reflet de la solvabilité exposée du débiteur* »[70], s'avèrent généralement inaptes à désintéresser le créancier et la solvabilité supposée du débiteur apparaît bien illusoire. En effet, si l'on évalue la solvabilité du constituant par les sûretés réelles et si, à travers elles, l'on mesure le degré de confiance, il reste que « *la valeur des biens est changeante* »[71]. Et, dans un contexte économique où l'activité humaine est source de valeur, « *il n'est pas évident que la chose constitue une valeur plus sûre que l'homme*, [puisque] *la sûreté réelle peut se réduire à fort peu de chose*

---

intermédiaire entre ce dernier et la garantie autonome ; elle serait mise au service des intérêts du créancier, tout en restant moins rigoureuse que la garantie à première demande. Ce serait une garantie accessoire dans laquelle le garant serait privé du droit d'opposer les exceptions inhérentes à la dette avant paiement et permettrait à la fois de donner au créancier une grande assurance quant à son efficacité. Le cautionnement à première demande conférerait aussi au garant des moyens de recours fondés sur l'enrichissement sans cause ou la responsabilité (*Cf.* : D. LEGEAIS, *Droit des suretés*, *op. cit*., n° 325 et s ; « Le cautionnement à première demande », *in Mélanges M. Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 87 et s. ; D. GRIMAUD, *Thèse préc*., n° 308, 322 et s.).

Cette proposition ne fait toutefois pas l'unanimité, bien que cette garantie soit reconnue « Outre Rhin » (*Cf.* : A. ROHMERT, « Le cautionnement à première demande en droit allemand une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse* 1994, n° 43, p. 122 et s.). Sur ces réserves, V. A. CERLES, « Garanties bancaires : contre le mélange des genres », *D. Aff*. 1998, p. 746 et s. ; A. BENABENT, « L'hybridation dans les contrats », *in Prospectives du droit économique – Dialogues avec M. Jeantin*, éd. Dalloz 1999, p. 27 et s.

65 A. CERLES, « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *in Mélanges M. VASSEUR*, Banque éditeur, 2000, p. 87 et s. ; R. HOUIN, R. HOUIN, « L'évolution du droit des sûretés », *RJ com*., n° spécial, février 1982, p. 7 et s.

66 M. PH. DUPICHOT (*in Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon Assas – 2005, Préf, M. GRIMALDI, n° 443 et s.) voit en ces multiples figures contractuelles « *de compagnons du cautionnement que de véritables substituts* », en raison d'une « *absence de substitution au cautionnement* » et de « *l'impossible substitution fiable* ».

67 Les crises sont d'abord économiques ou financières, mais elles peuvent aussi être analysées sous un angle exclusivement juridique. Y. PACLOT, « Crise financière, crise du droit », *RD bancaire & financier*, novembre décembre 2008, p. 1 ; V. CATILLON, « Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques », *LPA* 2008, n° 159, p. 7 et s. ; H. CAUSSE, J. STOUFFLET et S. DUROX, « Après la crise financière, quelle rénovation du droit bancaire et financier ? », *RD bancaire et financier*, novembre-décembre 2008, p. 5 et s.

68 F. KLEIN, « Un engouement croissant pour le crédit-bail immobilier », *Option Finance* 2008, n° 1000, p. 12 et 13.

69 Ce sont des sûretés qui consistent à affecter un bien ou un ensemble de biens, meubles ou immeubles, corporel ou incorporel, comme garantie de paiement du débiteur. Ce sont en clair des accessoires de la créance qui confèrent au créancier un droit au paiement préférentiel sur la valeur du bien ou d'un ensemble de biens qui lui est affecté. Sur la notion de sûreté réelle, V. M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 549 et s.

70 S. PIEDELIEVRE, *Droit des sûretés*, éd. Ellipses – 2008, n° 12.

71 A. CHIREZ, *Thèse préc*., n° 145, p. 194.

si le débiteur est lui-même indigne de confiance»[72]. Il n'y a donc pas de choix, pour le créancier, entre le risque d'être trahi par une caution qui ne tiendrait pas sa promesse et l'éventualité de voir sa sûreté réelle perdre de valeur, dans la mesure où la « *seule façon de faire crédit, c'est de faire confiance à un homme, le crédité* [ou sa caution fournie] »[73].

15. – Caractère personnel du cautionnement et distinction de l'engagement de la caution d'avec la responsabilité des associés de sociétés à responsabilité illimitée. Cet engagement comme caution des engagements de la société débitrice confère au créancier une garantie personnelle et non une sûreté réelle[74]. La caution s'engage personnellement à répondre des dettes découlant des engagements cautionnés sur l'ensemble de son patrimoine. La responsabilité qui pèse sur elle, en raison de cet engagement, se distingue ainsi de la responsabilité des associés de sociétés à risque illimité[75]. Dans ces sociétés, en effet, les associés sont tenus d'une obligation indéfinie aux dettes sociales, conjointement[76] ou solidairement[77] et subsidiairement[78].

---

[72] *Ibid*., p. 195.

[73] G. PETIT-DUTAILLIS, *op. cit*., n° 271, p. 207.

[74] Jusqu'à un passé assez récent, il était de bon ton d'envisager, à côté du cautionnement *stricto sensu*, le cautionnement réel ou hypothécaire, c'est-à-dire l'affectation par une personne d'un bien de son patrimoine en garantie de la dette du débiteur principal ; son engagement étant alors limité la valeur de ce seul bien affecté à la garantie. Cette qualification présentait l'intérêt de ménager un engagement personnel « sous-jacent » dans la limite de la valeur du bien affecté à la garantie et du montant de la somme garantie, en cas d'inefficacité de la sûreté réelle. Un auteur y a d'ailleurs vu un gage de protection des intérêts des contractants (*Cf.* : G.-A. LIKILLIMBA, « Le cautionnement réel : l'application distributive du droit des sûretés réelles et du droit du cautionnement n'est-elle pas "un gage" de protection des intérêts des contractants ? », JCP. E 2001, p. 406 et s.).

Toutefois, depuis le 2 décembre 2005 (Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005 : *Juris-Data* n° 031111 ; *Bull. civ. I*, n° 7 ; *D*. 2006, 729, concl. J. SAINTE-ROSE, note L. AYNES ; *ibid*. *AJ*. 61, obs. AVENA-ROBARDET, et 2856, obs. P. CROCQ ; *JCP. G* 2005, *II*, 10183, note PH. SIMLER ; *JCP. E* 2006, 1056, obs. S. PIEDELIEVRE ; *JCP. N* 2006, p. 1009, note PH. SIMLER ; *Defrénois* 2006, p. 586, obs. LIBCHABER, et 1601, obs. CHAMPENOIS ; *LPA,* 23 janvier 2006, note D. HOUTCHIEFF ; *Banque et Droit* 2006, p. 55, obs. F. JACOB *; RTD. civ*. 2006, p. 357, obs. VAREILLE, et 594, obs. P. CROCQ ; *RDT. com*. 2006, p. 465, obs. D. LEGEAIS), la Cour de cassation juge qu'une telle garantie est une sûreté réelle. Le législateur semble du reste s'être rallié à cette approche, puisque l'article 2334 du Code civil, issu de l'Ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, prévoit que « *le gage peut être consenti par le débiteur ou par un tiers ; dans ce dernier cas, le créancier n'a d'action que sur le bien affecté en garantie* ».

[75] Sur le rapprochement de la responsabilité des associés de sociétés transparentes de la responsabilité de la caution, V. M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 22ème éd. LexisNexis Litec - 2009, n° 1164.

[76] C'est le cas dans une société civile : les associés sont tenus des dettes sociales au-delà de leurs apports et le créancier doit diviser son recours entre les différents associés, proportionnellement aux parts de chacun dans le capital social (art. 1857 C. civ.). Il convient toutefois de relever que dans les sociétés civiles professionnelles, sociétés constituées pour l'exercice en commun de profession libérales réglementées, chaque associé répond indéfiniment et solidairement des dettes sociales (Loi n° 66-879 du 29 novembre 1966, relative aux sociétés civiles professionnelle, art. 15.). Il faut aussi souligner que les associés de sociétés civiles d'exercice libéral (SEL) sont soumis à un régime de responsabilité spécifique : l'article 16 de la loi n° 90-1258 du 31 décembre 1990, relative à la SEL, limite leur obligation aux dettes sociales à

A priori, leur situation « *ressemble à celle des cautions : ainsi, comme celui de la caution, l'engagement des associés ne peut être supérieur à celui de la société, débiteur principal* »[79]. Toutefois, alors que la responsabilité de la caution résulte de son engagement contracté à la seule fin de garantir le créancier contre les risques d'une défaillance du débiteur principal, la responsabilité des associés est inhérente à leur seul statut, c'est-à-dire de membre d'un groupement organisé sous une forme sociale en vue d'exercer une activité et se répartir les bénéfices ou réaliser des économies et, le cas échéant, contribuer aux pertes[80]. En outre, si leur obligation aux dettes sociales est subsidiaire, comme l'obligation de la caution, une différence existe néanmoins : l'exercice des poursuites contre les associés suppose que le créancier social actionne préalablement la société ; dans le contrat de cautionnement, la caution peut exiger du créancier qu'il discute préalablement les biens du débiteur principal[81].

Plus généralement, les associés de sociétés à risques illimités n'ont ni le bénéfice de division[82], moins encore le bénéfice de subrogation[83], comme la caution. La jurisprudence dénie du reste la qualité de caution à l'associé – d'une société civile –, condamné à acquitter une dette sociale[84].

---

leurs apports, mais s'agissant de leurs actes professionnels accomplis personnellement, cette responsabilité est étendue sur leurs biens propres. Précisons, enfin, que dans les développements qui suivent se limiteront à la société civile de droit commun.

77 Tel est le cas dans les sociétés commerciales de personnes où le créancier peut se retourner contre l'un quelconque des associés pour l'intégralité de la dette, à charge pour lui de se retourner contre la société – ce qui semble assez aléatoire, dans la mesure où la société est insolvable – ou ses coassociés. *Cf* : Cass. com., 19 octobre 2003 : *RJDA* 2004, n° 327. – Paris, 19 février 2003 : *Dr. sociétés* 2003, n° 214, obs. J. MONNET.

78 Avant d'exercer ses poursuites contre les associés, le créancier doit d'abord poursuivre la société. Sur les subtilités procédurales de la mise en œuvre de la responsabilité des associés de sociétés à risque illimité, *infra*, n° 587 et s.

79 Y. DEREU, *La responsabilité des associés dans les sociétés civiles,* Thèse dactyl. Université de Nancy 2, 1977, p. 413.

80 Article 1832, alinéa 1 C. civ.

81 Y. DEREU, note sous Cass. 1ère civ., 17 janvier 2006, n° 03-11461 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 818.

82 Ainsi que le souligne M. Y. DEREU (*Thèse préc*., p. 415), « *si l'obligation est divisée entre les associés* [dans une société civile], *ce n'est pas par l'effet d'un bénéfice de division, mais en vertu des règles de responsabilité* […] ». Ces règles permettent, en effet, de répartir la dette entre les associés proportionnellement à leurs parts dans le capital social. Ceci permet d'exclure plus nettement le bénéfice de division dans les sociétés commerciales de personnes, en raison de la possibilité reconnue au créancier de poursuivre l'un quelconque des associés. Sur la nature commerciale du cautionnement donné à une société et la solidarité qui en résulte, *infra*, n° 237 et s.

83 L'article 2314 C. civ. permet à la caution de ne pas payer le créancier si, par le fait de ce créancier, la subrogation à ses droits, hypothèques et privilèges en rendue impossible. Or, ce recours subrogatoire n'est pas prévu pour les associés. Sur cette question, V. Y. DEREU, *Thèse préc*., p. 423 et s.

84 Cass. 1ère civ., 17 janvier 2006, n° 03-11461 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 818, note Y. DEREU ; *Rev. sociétés* 2006, p. 540, note D. LEGEAIS ; *D*. 2006, p. 716, note V. AVENA-ROBARDET ; *JCP. E* 2006, 2035, n° 8, obs. J.-J. CAUSSAIN, FL. DEBOISSY et G. WIKER ; *Dr. sociétés*, mars 2006, p. 23, note F.-X. LUCAS.

16. – Ces précisons et distinctions peuvent paraître académiques. Elles montrent pourtant bien qu'en dépit de leur technicité, les concepts juridiques ne recouvrent pas toujours des domaines définitivement cloisonnés. Au contraire, des interférences sont toujours possibles et une interpénétration de différentes branches du droit, certaine. Ainsi, traditionnellement qualifié de contrat civil, ce rattachement du cautionnement se trouve mis à mal par sa seule constitution comme *sûreté d'exécution des engagements d'une société*. En effet, les personnes qui s'engagent comme cautions n'ayant pas la qualité de commerçant et le cautionnement étant généralement donné de manière ponctuelle, sa qualification commerciale est écartée sur le fondement de la théorie de l'acte de commerce[85]. La jurisprudence se fonde alors sur le critère de « l'intérêt personnel » ou « patrimonial » de la caution à l'engagement principal garanti pour retenir la nature commerciale du cautionnement qu'il donne. Or, la notion de « l'intérêt personnel » est entachée d'une imprécision conceptuelle rémanente et sa mise en œuvre n'est pas d'une parfaite lisibilité. Ne faut-il alors pas rechercher un autre critère de détermination de la nature du cautionnement donné à une société et, à travers cette recherche, relire « la cause » de l'engagement de la caution ? Ne convient-il pas, à travers cette quête, de revisiter la théorie des actes de commerce ?

17. – Confrontation du rapport contractuel né du cautionnement à l'évolution du statut de la caution et aux mutations de la société. Dans ce contexte, alors qu'une séculaire question portant sur la nature de la société traverse toujours le droit de sociétés[86], comme « un serpent de mer », et que la liste des améliorations techniques à apporter aux sociétés parait inépuisable[87], certains concepts propres au droit des sociétés tels que l'objet

---

Selon la Cour : « *Qu'en se déterminant ainsi, alors que le contrat de société civile, qui fait naître à la charge de l'associé une obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales à proportion de sa part dans le capital, ne saurait être assimilé à un acte de cautionnement* […] ».

85 TH. DUBAELE, « Actes de commerce », *Rep. com. Dalloz*.

86 La société est-elle un contrat ou une institution ? La société est-elle une réalité ou une fiction ? V. notamment : G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN, *op. cit*., n° 1056-18 et s. ; PH. MERLE, *op. cit*., n° 21 & s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *op. cit*., n° 14 et s. ; B. DONDERO, « Le Code de commerce de 1807 et le mystère de la personnalité morale », *in D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, Ouvrage collectif sous la direction de P. LE CANNU, Bibliothèque de l'Institut André Tunc – L.G.D.J. 2008, p. 211 et s. ; J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés – Essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », *RTD. com*. 1996, p. 596 et s. ;Y. GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5ème éd. L.G.D.J. - 2002, Dir. J. GHESTIN ; J. MESTRE, « La société est bien encore un contrat… », *Mélanges CH. MOULY*, Tome 2, éd. Litec 1998, p. 131 et s ; P. DIDIER, « La théorie contractualiste de la société », *Rev. sociétés* 2000, p. 95 et s.

87 B. SAINTOURENS, « L'an 2000 et au-delà : quelles perspectives pour le droit des sociétés ? », *Rev. sociétés* 2000, p. 109 et s.

social ou l'intérêt social ou encore la nature de la responsabilité pesant sur les associés suivant la forme sociale considérée ne sont pas sans répercussions sur *le cautionnement donné à une société*, qu'il s'agisse de sa validité ou de son exécution.

La société accède, en effet, à la vie juridique en se voyant reconnaître le statut de personne morale, et conséquemment la qualité de sujet de droit à part entière, du fait de l'accomplissement des formalités d'immatriculation[88]. A partir de cet instant et tout au long de la vie sociale, la société peut être affectée par certains événements, en raison notamment des choix économiques ou stratégiques qui y seront opérés ou encore pour des raisons de morosité conjoncturelle. Face à chacune de ces circonstances, la personnalité juridique de la société pourra être plus ou moins profondément affectée, au point de disparaître. Ces événements ne peuvent rester sans répercussions sur le cautionnement qui garantit l'exécution des engagements de cette société. Effectivement, l'engagement de la caution, donné à un moment précis, est un engagement *intuitu personae*. Cette considération de la personne du débiteur, mais aussi du créancier, a pour conséquence d'infléchir la vigueur du lien contractuel en fonction de la nature des événements affectant la société.

Dans le même temps, la personne de la caution peut aussi voir sa situation évoluer au point d'entraîner une modification radicale de son statut au jour de son engagement. Cette modification ne peut, elle aussi, rester sans influence sur le cautionnement donné. *Il convient par conséquent d'apprécier le rapport contractuel né du cautionnement, tant par sa destination comme garantie des engagements d'une société, qu'à la lumière de l'évolution du statut de la caution, d'une part, et de l'impact sur la personnalité morale de la société – débitrice ou créancière – des événements qui peuvent l'affecter, d'autre part. Il faut, en somme, caractériser le cautionnement donné à une société et prendre en compte les circonstances extérieures au rapport contractuel né de ce contrat*. La tâche s'annonce donc singulièrement ardue au regard des solutions consacrées en droit positif et au regard des questions particulières que soulève *le cautionnement donné à une société* et qui lui donnent un relief bien spécifique. La sollicitation constante de la notion d'*intuitus personae* est, à cet égard, éloquente : démontrer la permanence de l'*intuitus personae* dans le cautionnement donné à une société en vue de tirer par la suite les conséquences qui s'y

88 R. DEMOGUE, « La notion de sujet de droit », *RTD. civ*. 1909, p. 611 et s.

attachent n'est pas un moindre dessein, puisque, en elle-même, la notion d'*intuitus personae* est qualifiée « d'insaisissable » ou de « fuyante ».

18. – Transversalité du sujet. La présente étude n'est donc pas dénuée d'intérêts, tant du point de vue théorique, qu'au regard des considérations pratiques. Jusque-là, en effet, aucune étude d'envergure n'a été entreprise sur le thème du *cautionnement donné à une société*. Certes, la doctrine s'est intéressée au sujet ; mais ces réflexions étaient axées, pour l'essentiel, sur le cautionnement donné par le dirigeant social et n'incluaient pas les autres personnes physiques ou morales susceptibles de donner une telle garantie[89]. Parfois aussi, l'attention de la doctrine a été retenue par certains points précis du *cautionnement donné à une société*, notamment certaines règles dictant son régime[90] ; néanmoins, ces réflexions n'ont jamais envisagé *le cautionnement donné à une société* dans toute sa dimension, tout du moins comme nous ambitionnons de le faire. Serait-ce « *le signe d'une augmentation de la certitude du droit* »[91] en ce sens que les réponses qu'il apporte aux questions soulevées par *le cautionnement donné à une société* seraient incontestables ? La présente étude permettra aussi de réponse à cette interrogation tout en comblant la lacune laissée par la doctrine. Car, bien que le thème du cautionnement soit ponctué de multiples écrits et travaux antérieurs qui pourraient laisser penser que ces recherches l'ont flétri, le sujet reste encore, plus qu'au XIXème siècle, « *un objet de méditations utiles* »[92] et le questionnement qu'il soulève[93], l'importance de son contentieux et l'actualité qu'il suscite rivalisent la

---

89 B. BOULOC, « Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société », *Rev. sociétés*. 1992, p.1 & s. ; R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *in Mélanges J. DERRUPPE*, GLN Joly-Litec 1991, p. 343 & s. ; J. HONORAT, « Société et cautionnement », *Rep. Defrénois* 1982, p. 1569 et s. D. LEGEAIS, « La caution dirigeante », *in Mélanges B. BOULOC*, Dalloz 2007, p. 599 & s.

90 Dans l'abondante doctrine traitant de certains points particuliers du cautionnement donné à une société, directement ou indirectement, V. notamment : S. BECQUE-ICKOWICZ, « Couple et cautionnement », *in Dr. & Patr*., n° 172, juillet-août 2008, p. 60 & s. ; J. BONNARD, « Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation », *Rev. Sociétés* 1992, p. 255 & s. P. BOUTEILLER, « Cautionnement donné par une société », *JCP. N* 2001, p. 258 & s. M. CABRILLAC, « Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », *in Mélanges CH. MOULY*, Tome 2, éd. Litec 1998, p. 293 & s. ; R. CABRILLAC, « L'emprunt ou le cautionnement dans la communauté légale », *Dr. & Patr*. 2003, n° 155, p. 72 & s.; A. CERLES « Conditions de validité du cautionnement délivré par une société civile », *RD bancaire et financier,* janvier - février 2008, *Etudes*, n° 1, p. 6 & s. ; PH. SIMLER, « Le cautionnement d'une dette s'étende de plein droit aux accessoires de celle-ci », *RJDA* 10/99, p. 471, n° 604 ; B. DONDERO, « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », *D*. 2004, *Doctr*., p. 405 à 413 et 485 à 490.

91 CH. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, PUF – 1987, Coll. « Les voies du droit », n° 9, p. 28.

92 R.-T. TROPLONG, *op. cit*., n° 12, p. 15.

93 Par exemple : PH. SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur G. GOUBEAUX*, éd. Dalloz L.G.D.J. 2009, p. 497 et s.

perpétuité. En somme, le cautionnement « *ménage encore de longues réflexions et de profonds abîmes de perplexité* », pour reprendre une formule du Président B. VAREILLE[94].

L'étude du *cautionnement donné à une société* est aussi l'occasion de le vérifier, dans la mesure où les problèmes que pose cette opération transcendent le seul contrat de cautionnement pour s'inscrire dans une problématique plus large incluant l'exécution des engagements contractuels, le critère de la commercialité ainsi que le régime applicable aux obligations commerciales. *Le cautionnement donné à une société* se situe ainsi au cœur d'un questionnement plus vaste dont il en constitue le réceptacle. A preuve, c'est en annotant un arrêt de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation affirmant la compétence des juridictions commerciales pour connaître des contestations relatives à *un cautionnement donné à une société* que M. PH. DELEBECQUE[95] a invité la jurisprudence et le législateur à simplifier et à moderniser la théorie des actes de commerce.

19. – Disparité des sources. Cette invitation, loin de surprendre, est pleinement justifiée. Les règles qui s'appliquent au *cautionnement donné à une société* sont diverses. « *Les interventions du législateur – non contestables dans leur principe – sont devenues si nombreuses qu'elles ont multiplié les régimes juridiques applicables et fait perdre à la matière sa cohérence et sa prévisibilité*[96]. » Or, la valeur d'une législation ne s'apprécie pas à l'importance ou à l'intensité du rythme de la production législative. « *Elle s'apprécie à partir de l'esprit et des méthodes du législateur, dont le rôle est de donner, à ses sujets, un ensemble coordonné, compréhensible et assimilable de règles de conduite*[97]. » De fait, l'absence de lisibilité des règles applicables au *cautionnement donné à une société*, en raison de la disparité de ses sources, ne favorise pas la prise en compte de la spécificité de cet engagement ; elle ne permet pas davantage l'éclosion d'un corpus de règles au titre d'une construction théorique générale[98]. Entre le doit des garanties, le droit des sociétés, le

---

94 Note sous Cass. 1ère civ., 6 juillet 1999 : *RTD. civ*. 2000, p. 388. Précisons que la formule a été utilisée au sujet de l'article 1415 C. civ.

95 Note sous Cass. com., 16 mars 1993, *Bull. Joly* 1993, § 154, p.559 et 560.

96 PH. DELEBECQUE, « Le cautionnement et le Code civil : existe-il encore un droit du cautionnement ? », *RJ com*. 2004, p. 226 et s., n° 4. L'obligation d'information de la caution est illustrative de cette situation. *Cf* : A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, p. 587 et s.

97 R. SAVATIER, « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D*. 1977, *Chron*., p. 43 et s., n° 1.

98 Précisons que <u>*la présente étude se limitera au droit français*</u>, ce qui n'exclut pas quelques incursions en droit communautaire européen. En effet, en dépit d'une production législative dense en d'autres domaines,

droit des contrats, le droit des entreprises en difficulté, de la famille et des successions, le droit fiscal et le droit de la consommation[99], sans oublier les pratiques bancaires en tant que source véritable du droit des affaires[100], il n'est pas aisé de dégager une dynamique d'ensemble ou d'esquisser une construction théorique à la fois cohérente et générale. Car, nul ne le conteste, chacune de ces branches revendique son autonomie ou répond à une logique particulière[101] ; et cet ensemble hétéroclite de règles est densifié par la jurisprudence[102]. Le sort de la caution reste ainsi pleinement tributaire de la finalité

---

la matière des garanties ne retient pas, curieusement, l'attention du législateur communautaire. Du reste, les tentatives d'harmonisation entreprises sont restées sans suite (par exemple : *Le cautionnement dans le droit des Etats membres des Communautés européennes*, Bruxelles, Publications de la Commission Européenne, Coll. Etudes – 1971, n° 14). Dans ce sens, les propositions du Groupe de travail de Hambourg, chargé de l'élaboration de règles européennes relatives aux sûretés personnelles ne sont pas toujours adoptées (*Cf.* : U. DROBNIG, « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », *in Etudes offertes au Doyen Simler*, Litec 2006, p. 312 et s.). Au demeurant, ces propositions se ramènent à une tentative d'analyse et de systématisation des mornes juridiques relatives aux sûretés personnelles en vigueur dans les Etats de l'Union Européenne et présentant un dénominateur commun Les articles consacrés au cautionnement contiennent, pour l'essentiel, des règles comparables à celles existantes en droit français avec, d'une part, l'affirmation du caractère accessoire du cautionnement et, d'autre part, diverses exceptions en cas de procédures collectives notamment.

Toutefois quelques textes communautaires effleurent le cautionnement. Ainsi, en est-il de la directive n° 73-239 du 24 juillet 1973, prise en matière d'assurance, qui mentionne, dans son annexe, le cautionnement au nombre des activités d'assurance. Ainsi, en est-il encore du Règlement CE n° 69-4046 du 21 décembre 1989 portant sur les garanties à fournir pour le paiement d'une dette douanière.

Le droit uniforme OHADA (Organisation pour l'Harmonisation en Afrique du Droit des Affaires) ne sera pas davantage analysé. D'une part, la jurisprudence portant sur le sujet de la présente étude est rare, sinon inexistante, en raison de la relative nouveauté de ce droit et de la juridiction suprême (Cour Commune de Justice et d'Arbitrage - "CCJA") chargée d'en assurer l'uniformité de son interprétation et de son application. D'autre part, ainsi que le souligne M. J.-C. JAMES (« L'OHADA et la construction d'un espace juridique francophone », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'honneur du Doyen B. GROSS*, P.U.N. - 2009, p. 555 et s., spéc. p. 564 et s.), « *le droit OHADA est marquée d'une empreinte indélébile du modèle législatif français*. [Et c'est un droit qui] *s'est adapté à l'évolution du droit commercial français* ». Pour preuve, l'article 3 de l'Acte uniforme portant organisation des sûretés définit le cautionnement comme « *un contrat par lequel la caution s'engage, envers le créancier qui accepte, à exécuter l'obligation du débiteur si celui-ci n'y satisfait pas lui-même* ». *Comp*. Art. 2288 C. civ.

99 D. LEGEAIS, « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit du cautionnement », *JCP. E* 2003, n° 1433, p. 1610 et s. – CH. ALBIGES, « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », *in Mélanges J. CALAIS-AULOY*, éd. Dalloz 2004, p. 1 et s.

100 J.-L. GUILLOT, « Pratiques bancaires, source du droit des affaires », *LPA* 2003, n° 237, p. 14 et s.

101 Bien que la difficulté de définir le droit de la consommation – pour ne prendre que ce cas – soit parfois soulignée (*Cf.* : S. PIEDELIEVRE**,** *Droit de la consommation*, éd. Economica, Coll. Corpus – 2008, n° 1), l'on considère que c'est un droit qui a pour objet l'étude des relations entre les consommateurs et les personnes, physiques ou morales, qui font profession de vendre des biens ou de fournir des services. Ces relations étant « *naturellement* » déséquilibrées, le droit de la consommation s'attache à l'étude des règles qui protègent les consommateurs contre « *la malhonnêteté* » – pas fréquente – des professionnels et contre les abus de puissance économique. Ainsi, le droit de consommation « *cherche à équilibrer les relations entre professionnels et consommateurs* [en mettant] *à la charge des premiers des obligations qui sont autant de droit pour les seconds* ». Ce sont alors des règles protectrices des consommateurs qui constituent « *le noyau dur du droit de la consommation et son principal domaine d'application* ». V. J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, Précis, 7ème éd. Dalloz 2006, n° 1 et 2.

102 PH. DELEBECQUE, « Le cautionnement et le Code civil : existe-il encore un droit du cautionnement ? », *op. cit.,* n° 5.

privilégiée à chaque étape de la vie de la société, de sa formation à sa liquidation ou dissolution. Ce sort est aussi largement influencé par l'intérêt mis en avant par le législateur lorsqu'il adopte une disposition, et par l'orientation retenue par la jurisprudence.

20. – Démarche. Cette multiplicité de sources et l'inévitable interférence entre celles-ci constituent aussi une des difficultés de ce travail. Cet écueil doit néanmoins être dépassé, car « *là où croît la complexité, croissent aussi les exigences de clarté et de distinction* »[103]. La présente étude se propose par conséquent de disséquer *le cautionnement donné à une société*, de faire le point sur les problèmes que pose cette opération, d'analyser les solutions du droit positif et de proposer, au besoin, des améliorations ou assouplissements de certaines règles ou principes, sans toutefois perdre de vue l'exigence de cohérence et la nécessaire souplesse qui sous-tend les affaires. A travers cette démarche, il s'agit non pas de proposer « une réglementation des cautionnements donnés en faveur d'une société », comme cela a été souhaité[104], moins encore d'établir un répertoire pratique du *cautionnement donné à une société*, mais d'essayer de dégager un cadre général, de mettre en évidence un corpus de règles régissant cette garantie, ou encore, de poser certaines questions et de tenter d'y répondre, car « *le droit progresse aussi par les questions qu'il formule* »[105]. Cette optique conduit à rechercher, dans la diversité des questions que pose le sujet et en partant de la multitude des règles qui s'y appliquent, une unité et une cohérence. La démarche postule donc l'émergence d'une construction théorique générale[106].

De par son insertion dans un cadre d'affaires, *le cautionnement donné à une société* doit obéir à la logique du monde des affaires. Cette logique autorise un assouplissement de certains principes ou de certaines exigences légales, quoiqu'en souhaite le législateur. Il convient donc de puiser dans les différentes branches du droit, c'est-à-dire partir de leur interpénétration afin de dégager les principes et normes directeurs d'une esquisse de construction théorique générale du *cautionnement donné à une société* ; et ce, à toutes les phases de la vie sociale.

---

103 Formule empruntée à A. COMTE-SPONVILLE, *Le capitalisme est-il moral ?*, éd. Albin Michel, 2004, *Avant-propos*.

104 J. HONORAT, « Société et cautionnement », *Rep. Defrénois* 1982, p. 1569 et s., n° 17 (*in fine*).

105 F. TERRE, « Allocution en hommage au Doyen Weill », *Mélanges A. Weill*, éd. Dalloz – Litec 1983, p. 15.

106 En ce sens qu'il s'agit « *d'une présentation ordonnée* » partant « *d'une observation attentive* », susceptible par conséquent de déboucher sur des solutions coordonnées et cohérentes. V. CH. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, *op. cit.,* n° 11.

21. – Plan. L'approche retenue dans le présent ouvrage ne devrait point surprendre. Le cautionnement donné à une société présente un particularisme accusé. Face aux circonstances extérieures au rapport contractuel qui peuvent affecter la caution ou la société débitrice cautionnée ou la société créancière bénéficiaire de la garantie, cette spécificité se heurte à l'intangibilité de la force obligatoire de l'engagement pris. Il s'agira, en définitive, d'étudier l'évolution du rapport contractuel né du cautionnement donné à la lumière de l'évolution du statut de la caution et des mutations affectant la société débitrice cautionnée ou la société créancière bénéficiaire de la garantie. Cette réflexion consistera par conséquent à s'intéresser, dans un premier temps, à l'opération que constitue le contrat de cautionnement donné comme garantie des engagements d'une société, *le particularisme de cette opération* sera alors mis en évidence (**première partie**). Dans un second temps, il s'agira d'analyser *les incidences des circonstances extérieures à cette opération sur le rapport contractuel* (**seconde partie**).

PREMIERE PARTIE :

LE PARTICULARISME DU CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE

22. – Présentation générale. Le Petit Robert définit le « particularisme » par référence au particulier, ce dernier étant un élément distinctif qui appartient en propre à quelqu'un, à quelque chose ou à une catégorie. Le particularisme renvoie ainsi à une idée d'originalité, à un ou plusieurs aspects hors du commun. De cette définition du particularisme émerge l'aspect singulier, la spécificité qui permet d'individualiser telle chose, telle personne ou telle institution juridique et par là même de la distinguer des autres. Si le cautionnement donné à une société présente un particularisme, ce ne peut être que par rapport au cautionnement donné en garantie des dettes d'une personne physique ou au cautionnement

donné par les établissements de crédit. Il est certes vrai que dans un cas, comme dans l'autre, le cautionnement présente globalement les mêmes caractéristiques ; néanmoins, les problèmes qui se posent dans un cas ne se rencontrent pas dans l'autre, du moins pas avec la même intensité. Ainsi, les problèmes affectant la personnalité morale de la société créancière ou débitrice ne peuvent jamais se poser lorsque le cautionnement garantit les dettes d'une personne physique, car ici l'engagement de la caution porte en général sur une somme précise, fixe, déterminée. Par conséquent, la question de la transmission aux héritiers en cas de décès de la caution ne se pose pas en de termes identiques.

23. – Toutefois, si ces questions peuvent être soulevées s'agissant d'un cautionnement donné par un établissement de crédit, l'analyse ne peut être la même car le cautionnement entre ici dans l'activité bancaire, il s'insère dans un cadre professionnel et constitue une opération commerciale comme toutes les autres. L'expression « cautionnement d'affaires » traduit fort bien cette réalité. Dès lors, ce cautionnement ne peut être fortement marqué d'*intuitus personae*, comme dans l'hypothèse considérée dans la présente étude. En effet, non seulement le cautionnement donné à une société par son dirigeant, le conjoint de celui-ci ou un associé de cette société est un cautionnement *intuitu personae*, en raison de l'importance décisive de la considération du débiteur principal et, dans une certaine mesure, celle du créancier ; mais en plus, la dette qu'il garantit n'est en général pas déterminée dans son *quantum* en raison des besoins de financement plus grands pour la société. Par ailleurs, une personne physique n'est pas soumise aux mêmes tribulations qui peuvent affecter la société : changement de forme, fusion, absorption, cession d'actifs, faillite etc. Ces situations qui impactent sur le rapport contractuel imposent une analyse différente, compte tenu du statut des personnes souvent engagées comme caution et des liens qui les unissent à la société débitrice. Le cautionnement donné à une société présente donc une spécificité marquée. Ce particularisme est d'abord lié au caractère *intuitu personae* et à l'étendue variable de l'engagement de la caution (**titre 1**). Il est ensuite lié à la nature et à la validité de cet engagement (**titre 2**).

TITRE 1

UN PARTICULARISME LIE AU CARACTERE *INTUITU PERSONAE* ET A L'ETENDUE VARIABLE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

24. – Définition et intérêt de l'*intuitus personae*. Une des particularités du contrat de cautionnement donné à une société est que la personnalité des trois personnes autour desquelles il est formé revêt une importance toute particulière. Cette importance attachée à la personne est désignée par l'expression « *intuitus personae* » signifiant « *en considération de la personne* ». Expression latine employée pour caractériser les opérations dans lesquelles la personnalité de l'une des parties est tenue pour essentielle, en raison de ses aptitudes particulières, de la nature du service attendu d'elle[107] , l'*intuitus personae* indique que la considération de la personne avec qui on a contracté détermine le consentement du contractant[108]. Il procède du regard de l'autre et est la perception d'une

[107] G. CORNU (Association Henri Capitant), *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Puf – 2008, *v°* « *Intuitus personae* ».
[108] M. AZOULAI, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », *op. cit*., n° 1.

qualité par un tiers[109]. La considération de la personne renvoie alors précisément à « *la possibilité pour la volonté, non seulement de modeler l'existence et le contenu des obligations dans l'absolu, mais encore de les modeler quant à la personne qui en est le sujet actif ou passif* »[110].

Dans ses deux acceptions[111], la considération de la personne tend à justifier une décision : le choix ou l'exclusion d'une personne[112]. Cette justification peut du reste se faire de deux manières. D'abord, en recherchant les éléments positifs, les qualités attendues du cocontractant projeté ou recherché. Ensuite, en ne prenant en compte que les éléments négatifs, les défauts de la personne afin de l'exclure de la conclusion du contrat[113]. Ce faisant, l'*intuitus personae* se présente moins comme un critère de différenciation des personnes que comme l'expression d'une coloration personnelle d'une convention[114].

25. – Le paradoxe de l'*intuitus personae* appliqué au cautionnement. Tantôt mis en évidence par la loi[115] ; tantôt mis en exergue par la doctrine[116], l'*intuitus personae* est une notion bien connue du système juridique français[117]. Paradoxalement, il n'est affirmé nulle part dans le Code civil (ou dans les autres Codes) que telle institution ou tel contrat est *intuitu personae* : il n'y a dans le Code civil ni définition de l'*intuitus personae*, ni

---

109 D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* – remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *op. cit*., p.3 et s., n° 2.

110 M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Thèse préc*., n° 1.

111 Dans une acception restrictive, la considération de la personne renvoie à la personne physique ou morale prise dans son individualité. Dans une acception plus souple, elle renvoie à un trait de caractère d'une personne, à un élément de sa personnalité qui, généralement, détermine l'autre partie à contracter avec elle. Ces éléments peuvent être divers : intégrité morale de la personne, qualités intellectuelles, bonne renommée, crédibilité financière etc.

112 Dans le cas du cautionnement, il s'agit de justifier l'engagement de la caution comme garante des dettes sociales.

113 M. VERICEL, « La considération de la personne dans les contrats civils », *in Travaux juridiques de l'Université de Saint Etienne*, Vol. 4, 1982, p.188. Dans le même sens, Contamine Raynaud, *op.cit*., n° 42 et s, p. 53 et s.

114 M. AZOULAI, *op. cit*., n° 3.

115 L'article 1110 C.civ reconnaît que la considération de la personne détermine le consentement du cocontractant et, bien souvent, constitue la cause de la convention. Dans le même sens, l'article 1861 relatif à la cession des parts sociales pour la société.

116 FRANCIS VALLEUR, *L'intuitus personae dans les contrats*, *Thèse préc* ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *Thèse préc*.

117 Plusieurs contrats sont notoirement répertoriés comme étant marqués par l'*intuitus personae*. Le mariage est à lui seul représentatif de cette réalité : la phase de fiançailles qui précède le mariage n'a d'autre but que de permettre aux futurs époux de s'agréer. La société – de personnes du moins – et l'association sont ordinairement présentées comme reposant toutes les deux sur l'*intuitus personæ* à travers respectivement l'*affectio societatis* et l'*affectio associationis*. Les contrats de mandat, de dépôt, de travail, le contrat médical ou encore la donation et plus généralement tous les contrats conclus avec les artistes et les professionnels libéraux notamment sont qualifiés de contrats *intuitu personae.*

référence directe à ce phénomène[118]. Ces constatations ne doivent pas surprendre, loin s'en faut. Le caractère *intuitu personae* de tel contrat ou institution laisse peu de place au doute : il va généralement sans dire. C'est pourtant cette unanimité tacite du caractère *intuitu personae* de certains contrats ou institutions qui entretient la polémique. Le silence du Code civil nourrit toutes les controverses, tant jurisprudentielles que doctrinales, sur le caractère *intuitu personae* de certains contrats. C'est ainsi que le caractère *intuitu personae* du cautionnement est généralement abordé par la doctrine de manière allusive ou incidente[119], à la faveur d'une problématique plus vaste ou spécifique. Parfois, ce caractère est simplement contesté au cautionnement[120]. Cette attitude de la doctrine mérite une tentative d'explication : s'agit-il d'un hommage à l'évidence ou des prémices d'une réelle difficulté ? L'explication est sans doute ailleurs.

26. – Justifications. La première justification, apparente, peut être trouvée dans le contentieux du cautionnement qui se cristallise sur son exécution. Ce faisant, la nature des relations qui lient la caution au débiteur et/ou au créancier se trouve occultée. Or, l'appréciation objective d'un fait exige la prise en compte du contexte général dans lequel ce fait est survenu. Ceci ne signifie nullement que l'appréciation des conditions d'appel de la caution impose un décryptage de sa relation avec le débiteur principal ; cela suppose simplement que la défaillance de ce dernier soit établie.

---

118 D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 2.

119 M. LAURENT AYNES, d'abord dans son petit manuel consacré au cautionnement (*Le cautionnement*, 2ème éd. Dalloz 1997, coll. Connaissance du droit), puis dans son ouvrage avec M. PIERRE CROCQ (*Les sûretés et la publicité foncière, op. cit.*) ne se prononce pas sur la question. Toutefois, quelques études envisagent sérieusement la question : D. HOUTCIEFF, *étude préc.* ; M. REMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP.* 1977, I, 2850 ; CH. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Librairies techniques, 1979, n° 297 et s.

120 Pour M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL (*op. cit.*, n° 76), s'il est vrai que la considération de la personne joue souvent un rôle dans l'opération de cautionnement (solvabilité du débiteur principal, solvabilité de la caution, qualités personnelles de la caution ainsi que d'autres éléments subjectifs), ce ne saurait être au point de qualifier le cautionnement de contrat *intuitus personae*. Ces qualités sont du même ordre que celles de tout contractant. « *La personne du débiteur n'est pas "réifiée", elle n'est pas considérée comme un élément de l'exécution.* » Il est cependant permis de relever que dans le contrat de vente, la considération de la personne n'intervient nullement car ce sont les considérations de la chose et du prix qui déterminent les engagements de l'acheteur et du vendeur.

De manière plus directe encore, le Doyen PH. SIMLER (*Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit.*, n° 64) souligne que « *le crédit reposant sur la confiance, on pourrait penser que l'*intuitus personae *tient une place importante en matière de cautionnement. Il n'en est rien* ». Face à l'autorité de cette affirmation, notre ambition qui est de placer l'*intuitus personae* dans le contrat de cautionnement s'annonce particulièrement difficile. C'est pourquoi, à chaque étape de la présente étude, nous tenterons d'établir l'importance déterminante de l'*intuitus personae*.

La seconde justification, profonde, tient à la définition même de ce contrat. Celle-ci ne prend en compte que l'obligation de la caution envers le créancier. La quasi-unanimité de la doctrine reprend cette présentation en omettant d'insister sur l'importance de la personne du débiteur principal et, surtout, sur la relation qui existe entre ce dernier et la caution. « Le cautionnement est l'engagement de la caution envers le créancier », serait-on tenté de résumer. Mais alors, pourquoi une personne s'engagerait-elle à se substituer à une autre en acquittant sa dette ? Pourtant, une disposition du code civil permet de relever l'importance de la relation « caution-débiteur ». L'article 2291 de ce Code dispose que l'on peut s'engager sans ordre du débiteur principal et même à son insu. Comment expliquer cela si l'on songe, tant soit peu, à la dangerosité caractéristique de ce contrat ? La seule solution qui se présente, pour saisir le caractère *intuitu personae* du cautionnement, est d'envisager l'ensemble des rapports qui composent le cautionnement. Il faut donc prendre en compte la relation « caution-débiteur principal » et non pas seulement le contrat de cautionnement *stricto sensu*.

27. – Le contrat de cautionnement, « ensemble obligationnel ». En effet, par l'engagement de la caution, une relation juridique se crée avec le créancier et cette relation s'ajoute à la relation déjà existante entre le débiteur principal et le créancier. Par ce même engagement de la caution, un lien juridique se crée également avec le débiteur principal. L'on enseigne alors que le cautionnement est un contrat tripartite. Pourtant, si la qualification de la relation « caution – débiteur » reste « *sujette à caution* »[121], un consensus minimum existe bien sur l'existence d'une obligation juridique[122]. Ainsi, les qualifications de gestion d'affaires[123], de mandat[124], de promesse de cautionnement[125], de

[121] PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit*., n° 13 et s.

[122] Sur cette question, voir J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution – débiteur », *D*. 2001, Chron., p. 2580 ; M. REMOND-GOUILLOUD, *op. cit*. ; D.-R. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D*. 1994, *Chron*., p. 145 & s ; F. STEINMETZ, note sous Cass. 1ère civ., 21 novembre 1973 : *D*. 1975, *Jurispr*., p. 549 ; L. AYNES et P. CROCQ, *Droit civil, Les sûretés – La publicité foncière*, *op. cit*., n° 153 ; PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit*., n° 13.

[123] L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit*, n° 156.

[124] M. CABRILLAC et CH. MOULY, *op. cit*., n° 53 ; L. GUILLOUARD, *Traités du cautionnement et des transactions*, 2ème éd. A. Durand et Pédone-Lauriel, Paris 1895, n° 7 ; n° 32.

[125] F. STEINMETZ, note *préc*.

convention de crédit par signature[126] ou encore de stipulation pour autrui[127], voire d'une stipulation de contrat pour autrui[128] sont avancées par la doctrine.

Toutefois, cette seule reconnaissance de l'existence d'une obligation juridique dans le rapport caution débiteur ne suffit pas à en faire un contrat[129] ; s'agirait-il, tout au plus, d'une bribe ou d'un fragment de contrat. Ainsi, à côté de relations contractuelles unissant le débiteur au créancier, d'une part, et la caution au créancier, d'autre part, il existe une obligation liant la caution et le débiteur. Dans le contrat de cautionnement donc, il y a juxtaposition d'obligations qui forment un tout, *un ensemble obligationnel*, une obligation étant l'accessoire de l'autre. Il faut immédiatement relever que ces obligations ne sont pas interdépendantes : l'obligation principale cautionnée, issue de la relation « débiteur – créancier », peut avoir une existence propre, indépendante de l'obligation de la caution envers le créancier[130] ; mais il ne peut avoir d'obligation de la caution envers le créancier en l'absence du lien « caution – débiteur », c'est-à-dire sans l'existence d'une obligation principale garantie[131]. La relation « caution – débiteur » ne peut donc pas être négligée dans les analyses qui suivent, en raison de son importance dans cet *ensemble obligationnel que constitue le contrat de cautionnement*.

---

126 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit*, n° 13.

127 J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution – débiteur », *op.cit*.

128 D.-R. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *op. cit.* ; J. FRANÇOIS, *op. cit*.

129 M. Y. PICOD (*Droit des sûretés*, *op. cit*., n° 22) s'avance un peu plus et parle d'un « contrat *suis generis* » entre la caution et le débiteur, dans la mesure où cette figure ne correspond à aucun contrat nommé.

130 Ce qui explique, sans doute, l'irrecevabilité de la caution à invoquer contre le créancier la nullité du contrat pour une exception purement personnelle au débiteur principal (v. Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : *Juris-data* n° 2007-039197 ; *JCP. E* 2007, 1861, note S. PIEDELIÈVRE ; *JCP. G* 2007, II, 10138, note PH. SIMLER ; D. 2007, *Act*., p. 2, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RDC* 2007, p. 1226 & s, note. D. HOUTCIEFF. En l'espèce, il est refusé à la caution d'invoquer la nullité de son engagement pour dol de l'obligation principale. V. cependant Cass. 3ème civ., 11 mai 2005 : *Bull. civ. III*, n°101 ; *Juris-Data* n° 2005-028337 ; *D*. 2005, *IR*, p.1451 ; *Gaz. Pal*., 22 juin 2006, p. 18, note BOUCARD ; *RTD. civ*. 2005, p.590, obs. J. MESTRE ET B. FAGES. Cet arrêt a admis l'invocabilité de la nullité relative du contrat principal par la caution).

131 En effet, le cautionnement est donné pour renforcer l'efficacité du contrat principal dont l'exécution est assurée en offrant une garantie au créancier ; mais il n'est pas indispensable à l'existence de cet engagement. A preuve, tous les engagements ou contrats d'une société ne sont pas garantis par un cautionnement. De ce point de vue, l'ensemble obligationnel se distingue de l'ensemble contractuel dans la mesure où il n'y a ni imbrication, ni interdépendance des différents liens d'obligations qui constituent le cautionnement. Sur les ensembles contractuels, V. S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle – Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, éd. Dalloz 2007, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Préf. J. FOYER et M.-LUCE DEMESTER ; I. NAJJAR, « La notion d'ensemble contractuel », *in Mélanges A. Decoq*, Litec 2004, p. 509 et s ; « L'ensemble contractuel sur sa lancée », *D*. 2005, *Tribune*, p.1105 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, p. 983 & s ; L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK, « Attaquer la force contractuelle : ce qu'on peut et ce qu'on ne peut pas faire », *Chron. in Dr. & Patr*. 2007, n° 162, spéc. p. 87 à 91.

28. – Plan. Cerner le particularisme du cautionnement donné à une société exige donc d'établir la permanence de l'*intuitus personae* dans ce contrat en caractérisant la coloration *intuitu personae* de ce contrat et surtout en recherchant son fondement (**chapitre 1**). En effet, la coloration *intuitu personae* prend une dimension particulière lorsque le cautionnement est donné à une société. L'analyse de l'étendue de l'engagement de la caution est un complément nécessaire à l'examen du particularisme du cautionnement donné à une société. Très vite, il apparaitra alors que le cautionnement donné à une société peut être d'une étendue variable (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1

LA PERMANENCE DE L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

29. – Division. Qualifiée par certains auteurs « *d'insaisissable* »[132], *l'intuitus personae* imprègne le mécanisme de formation du contrat de cautionnement et s'infiltre dans son régime. Lorsque le cautionnement est donné comme garantie d'exécution des dettes d'une société, la personne de la caution, celles du créancier et du débiteur sont toutes déterminantes, puisqu'elles conditionnent la naissance du contrat et interagissent sur l'obligation qui en découle. Il n'est donc pas étonnant que les personnes qui acceptent de donner un cautionnement des dettes d'une société soient généralement des personnes liées d'une manière ou d'une autre au débiteur. L'intérêt d'un tel engagement est double pour le créancier, dispensateur de crédit. D'une part, il diminue le risque d'insolvabilité de la

[132] L. Aynès, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, éd. Economica, 1984, n° 331, p. 231.

société débitrice par l'adjonction d'une sûreté personnelle. D'autre part, la combinaison de deux qualités (dirigeant et caution, ou associé et caution ou encore conjoint et caution) pousse la caution à être plus regardante – directement ou indirectement – sur le fonctionnement de la société cautionnée de sorte qu'elle tienne ses engagements. C'est pourquoi les créanciers exigent que le cautionnement soit fourni par le dirigeant social lui-même ou par une personne liée d'une façon ou d'une autre à la société.

Néanmoins, il ne faut pas occulter la réalité suivant laquelle la décision du dirigeant social de s'engager comme caution – lorsque c'est le cas – est également guidée par la considération de la personne du créancier qui peut être un important client ou fournisseur habituel. Dans ces conditions, il convient d'examiner le contenu de l'*intuitus personae* dans le cautionnement donné à une société (**section 1**), avant de constater qu'il déploie une influence considérable aussi bien dans la formation de ce contrat que dans son exécution et son extinction (**section 2**).

SECTION 1

LE CONTENU DE L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LE CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE

30. – Délimitation du domaine de l'*intuitus personae*. De façon générale, ce n'est pas le contrat pris en lui-même comme acte créateur, modificatif ou extinctif d'obligations qui comporte l'*intuitus personae*. C'est plutôt l'obligation ou la créance qui en découle qui est colorée d'*intuitus personae*[133]. Il en va ainsi s'agissant du cautionnement donné à une société. En effet, il semble que ce n'est point l'acte de cautionnement qui est teinté d'*intuitus personae*, mais bien l'obligation pour la caution de se substituer au débiteur défaillant en désintéressant le créancier. Ceci s'explique aisément par l'importance de la

[133] F. VALLEUR, *op. cit*., n° 12, p. 29. Dans le même sens, M. VERICEL, *op. cit*., p 185 ; M. AZOULAI, *op. cit*., p.141 ; CONTAMINE RAYNAUD, *Thèse préc.*, n° 30, p. 38.

considération de la personne lors de la naissance de l'obligation et par l'attache du lien juridique ainsi créé à la personne du débiteur. Cette attache à la personne du débiteur joue dans les deux relations autour desquelles le cautionnement est construit.

Dans la relation « caution-débiteur principal », d'une part, le débiteur auquel s'attache le lien juridique est le débiteur principal puisque la caution s'engage précisément pour elle. C'est la lecture *prima facie*. En sens inverse, cependant, le débiteur peut aussi être la caution. Explicitons l'idée : à l'égard du débiteur principal, la caution, par son engagement en faveur du créancier, devient débitrice d'une obligation de substitution en paiement. Dans cette configuration, le débiteur principal devient alors le créancier de la caution et sa créance porte sur l'obligation pour la caution de se substituer à lui, en payant le (véritable) créancier.

Dans la relation « caution-créancier », d'autre part, le débiteur est encore la caution puisqu'elle est virtuellement tenue au paiement de la dette du débiteur principal. Il en résulte que l'attache du lien juridique doit non seulement exister durant toute la vie du contrat, mais en plus, l'absence de toute considération de la personne lors de la naissance de celui-ci aboutit à un refus de la caution de s'engager. En toute hypothèse donc, il y a attache à la personne. Cette attache concerne aussi bien la caution que le débiteur principal et relativement le créancier. En réalité, c'est l'ensemble obligationnel tout entier (la double relation caution créancier et caution débiteur) qui est coloré d'*intuitus personae*.

31. – Intensité variable suivant la relation considérée. Pourtant, dans cet ensemble, l'*intuitus personae* n'imprègne pas chacune des relations de la même manière. Dans un cas, l'*intuitus personae* intègre le contrat par le truchement de l'affection, de la considération, et plus généralement de l'amitié. Ce cas concerne le lien juridique sous-jacent au contrat de cautionnement, c'est-à-dire la relation « caution-débiteur ». Dans l'autre cas, ce sera à travers la confiance que l'*intuitus personae* va intégrer le contrat. Cette hypothèse s'applique au lien juridique existant entre la caution et le créancier. Ceci n'exclut pas que l'on puisse retrouver les deux éléments – à des degrés divers – dans une seule et même relation, celle de la caution et du créancier notamment. Dans cette hypothèse précise, le sens de la considération va de la caution vers le créancier[134].

[134] D. HOUTCIEFF, *op. cit.*, n° 4.

32. – Démarche. En toute hypothèse donc, il peut être relevé que c'est à travers des sentiments que l'*intuitus personae* imprègne le contrat de cautionnement. Rien d'étonnant à cela si l'on tient compte des ressorts psychologiques de l'*intuitus personae*. Toutefois, tous ces développements qui constituent la traduction de l'*intuitus personae* dans le contrat de cautionnement (**§2**) ne peuvent être amorcés sans qu'une réponse soit apportée à une question préalable qui hante cette section : quel fondement donner au caractère *intuitu personae* du cautionnement donné en garantie des dettes d'une société ? (**§1**).

§ 1. – RECHERCHE D'UN FONDEMENT AU CARACTERE *INTUITU PERSONAE* DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

33. – Division. Un contrat peut être *intuitu personae* dans trois hypothèses : sa réglementation affirme son caractère *intuitu personae*, c'est le cas des sociétés de personnes à travers notamment la règle de l'unanimité et la règle de principe de la dissolution pour cause de mort d'un associé ; dans le silence de la législation, un usage, une pratique ou plus généralement une coutume peuvent fonder son caractère *intuitu personae* ; enfin, il peut arriver que ni la loi, moins encore la coutume ne permettent de fonder le caractère *intuitu personae* d'un acte juridique, on est alors en présence d'un contrat innommé[135]. En adoptant ce raisonnement, il apparaît de prime à bord que les deux dernières hypothèses ne s'appliquent pas au cautionnement (**A**). Dès lors, seule la loi peut justifier le caractère *intuitu personae* du cautionnement donné à une société (**B**).

A. – L'EVICTION DES SITUATIONS INNOMMEES ET DE LA COUTUME COMME FONDEMENTS DU CARACTERE *INTUITU PERSONAE* DU CAUTIONNEMENT

34. – Le rejet des situations innommées. Deux séries d'arguments, tenant, d'une part, à l'identification du cautionnement et, d'autre part, au rôle de la coutume, peuvent être

[135] F. VALLEUR, *op. cit.*, n° 6, p. 22.

avancées à l'appui de la réfutation de la coutume et des situations innommées comme fondements au caractère *intuitu personae* du cautionnement. En effet, un contrat est innommé dès lors qu'il ne lui a pas été attribué – formellement ou non – une enveloppe ou une étiquette contractuelle[136]. Partant, on ne peut dire que le cautionnement soit un contrat innommé. Au contraire, c'est un contrat connu, nommé, typé, classé, répertorié, catégorisé, catalogué et qui lasse par son excessive réglementation[137].

35. – La réfutation de la coutume. L'existence de cette réglementation exclut toute possibilité de s'appuyer sur un usage et plus généralement sur une coutume[138] comme fondement à l'*intuitus personae* qui colore l'obligation découlant du cautionnement. En effet, bien que la coutume – envisagée comme une pratique ancienne dans le temps et répandue dans l'espace, constante et régulière et perçue par ceux à qui elle doit s'appliquer comme obligatoire – soit considérée comme une source de droit, ce n'est que sur autorisation de la loi[139] ou en l'absence totale de règlementation[140] qu'elle remplit cette fonction.

Par ailleurs, si la coutume constitue une source de droit, cette fonction tend à s'amenuiser avec l'inflation législative qui caractérise les sociétés contemporaines. Ce faisant, de source naturelle et principale du droit dans les sociétés primitives, la coutume est aujourd'hui, au mieux, une source marginale du droit. Dans certains domaines, spécialement le droit du cautionnement, son rôle de source du droit est inexistant en raison du foisonnement des lois impératives. Or, si la coloration *intuitu personae* de l'obligation

---

136 Art. 1107 C.civ. *a contrario*.

137 Le droit français du cautionnement est actuellement éclaté, atomisé en une multitude de régimes spéciaux se trouvant dans le Code civil (32 articles), ou dans le Code de la consommation, dans le Code monétaire et financier ou encore dans le Code de commerce s'agissant des procédures collectives. Certains auteurs ont déploré le fait que le législateur n'ait pas saisi la réforme pour unifier ces régimes dans un même texte. V. D. LEGEAIS, « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », *in Etudes offertes au Doyen Simler*, *op. cit*., p.367 et s., spéc. n °15. V. aussi L. AYNES ET P. CROCQ, *Les sûretés et la publicité foncière*, 2ème éd. Défrénois 2006, n°12 *in fine*.

138 Sur la distinction entre usage et coutume, V. H, L & J. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Tome 1, op. cit.,* n° 85 et s ; J.-L. AUBERT, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 11ème éd. Sirey 2006, n° 117.

139 Dans bien des cas, le législateur renvoie expressément à la coutume ou à un usage. Il en est ainsi en matière d'interprétation des contrats où l'article 1135 C.civ. dispose que « *les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* », ou encore l'article 1159 qui énonce que « *ce qui est ambiguë s'interprète par ce qui est d'usage dans le pays ou le contrat est passé* ». Les articles 590, 591 et 593 sur l'usufruit renvoient aussi à un usage ou à la coutume. C'est nous qui soulignons.

140 Cette hypothèse correspond aujourd'hui à la réalité des affaires, spécialement dans le commerce international où un "*psodo-ordre juridique*" appelé « *lex mercatoria* » correspondant à l'ensemble des usages, pratiques et coutumes en vigueur dans le commerce international a cours. Que ces usages soient en vigueur, quoi de plus normal puisque ce qui caractérise les opérations du commerce international est la liberté à travers la loi d'autonomie et l'absence de rattachement à un ordre juridique étatique précis.

qui découle du contrat de cautionnement ne peut trouver sa source dans une coutume, il reste à rechercher ce fondement dans la loi.

B. – LA LOI, FONDEMENT UNIQUE AU CARACTERE *INTUITU PERSONAE* DU CAUTIONNEMENT

36. – De la nécessité d'établir préalablement la gratuité du cautionnement. Le Code civil consacre 32 articles au contrat de cautionnement qui ne font mention nulle part de son caractère *intuitu personae*. A ces articles s'ajoutent certaines dispositions du Code de la consommation relatives au crédit à la consommation[141], du Code monétaire et financier, du Code de commerce, ainsi que l'ensemble des articles consacrés à la théorie générale des obligations et divers textes règlementaires qui restent tous aussi muets. Cela est du reste vrai pour les contrats notoirement identifiés comme tels[142].

En revanche, il ressort nettement que ces derniers contrats sont des contrats à titre gratuit ou de bienfaisance quand bien même l'onérosité de certains ne fait pas obstacle à leur qualification en contrats *intuitu personae*[143]. Ainsi, l'article 893 du Code civil dispose, s'agissant des libéralités, que la donation est un contrat à titre gratuit ; ainsi encore, l'article 1917 du même Code énonce que le dépôt proprement dit est un contrat gratuit ; de même l'article 1876 de ce même Code relatif au commodat affirme la gratuité de ce contrat ; dans le même sens, l'article 1986 du même texte pose le principe de gratuité du contrat de mandat. Si l'on peut déduire de ces diverses dispositions que les contrats *intuitu personae* sont des contrats de bienfaisance, entendus comme contrats dans lesquels une partie

---

141 L'art. L.311-2 C.cons. prévoit que les dispositions régissant le crédit à la consommation s'appliquent à toute opération de crédit ainsi qu'à son cautionnement éventuel (…).

142 *Supra*, n° 25.

143 Certains contrats qualifiés d'*intuitu personae* ne sont pas des contrats de bienfaisance. Ainsi en est-il du contrat de travail, du contrat médical, du contrat d'agence commercial et plus généralement des contrats conclus avec les professionnels libéraux. Cette liste, bien sûr, n'est pas exhaustive.

procure à l'autre un avantage purement gratuit[144], il faut d'abord établir que le cautionnement donné à une société est un contrat de bienfaisance, à partir des différents textes y relatifs, pour en déduire son rattachement à la catégorie des contrats *intuitu personae*. Certes, la notion d'acte à titre gratuit est « *une forme à contenu variable, elle est changeante, elle est relative* »[145]. Elle apparaît, en définitive, aux yeux de certains comme ambiguë[146]. La gratuité serait par conséquent insuffisante à justifier le caractère *intuitu personae* du cautionnement. Cependant il semble que s'embarquer dans le navire de la gratuité conduit nécessairement au port de l'*intuitus personae*[147].

37. – L'absence de contrepartie, condition d'existence de la gratuité. Au départ de cette traversée, il peut être tenu pour acquis que le cautionnement – dans le cadre de notre étude du moins – n'est pas un contrat à titre onéreux. Ce dernier est, il faut le rappeler, un contrat qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose[148]. Autrement exprimé, c'est un contrat qui oblige chacune des parties à un acte ou une abstention et implique par là même une contrepartie. Il est déduit de cette définition que les contrats à titre onéreux sont des contrats synallagmatiques et généralement commutatifs ; ce qui est somme toute logique, puisque les contrats commutatifs sont une sous-catégorie des contrats à titre onéreux [149].

Cette déduction, pour être habituelle, doit néanmoins être relativisée dans la mesure où un contrat unilatéral peut parfaitement être un contrat à titre onéreux. Un exemple type nous est fourni par le prêt à intérêt[150]. Ce n'est toutefois pas le cas du cautionnement, car s'il est vrai que le cautionnement est un contrat unilatéral dans la mesure où il ne met d'obligation positive qu'à la charge de la caution[151], il est tout aussi vrai que la caution ne

---

144 Article 1105 C.civ. Sur les actes gratuits, voir J. J.- DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, L.G.D.J, 1955.

145 J. J.- DUPEYROUX, *Thèse préc.,* n° 4.

146 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit*., n° 59.

147 Cela est d'autant plus vrai qu'il existe un *intuitus personae* à personne indéterminée : c'est le cas de secours ou donation en cas d'accident ou de catastrophe touchant un grand nombre de personnes. Ici, l'acte gratuit que constitue l'assistance est orienté vers des personnes affectées par le sinistre, c'est dire en considération de leur malheur.

148 Art. 1106 C.civ.

149 J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égal) Différence de régime », *RTD. civ*. 1984, p. 255 et s., n° 15, *in fine*.

150 Dans ce contrat, l'obligation ne pèse que sur la personne du prêteur (obligation de mettre les fonds à la disposition de l'emprunteur). Cependant, la stipulation des intérêts dans l'acte de prêt permet au prêteur de se rémunérer.

151 Art. 2288 C.civ.

reçoit aucune rémunération et, en toute hypothèse, aucune contrepartie contractuelle ne pèse sur le créancier[152]. Ceci fait dire à TROPLONG[153] que le cautionnement est « *un contrat inspiré par l'humanité et la bienfaisance* ».

38. – L'impossibilité d'assimiler l'obligation d'information à une contrepartie. Bien sûr, il peut être tentant de voir dans l'obligation d'information pesant sur le créancier[154] une sorte de contrepartie contractuelle. En réalité, il n'en est rien. En effet, l'obligation d'information pesant sur le créancier est une éclatante manifestation du devoir de loyauté qui innerve le droit français des obligations et qui se traduit par un formalisme informatif lors de la formation du contrat[155] et par une obligation de vigilance en cours de contrat[156]. Cette idée est au demeurant confortée par la sanction qui assortit le manquement à l'obligation d'information par le créancier. Ce manquement est toujours sanctionné par la déchéance[157]. Or, deux sanctions assortissent l'inexécution d'obligations découlant d'un contrat à titre onéreux, parce qu'il est en général un contrat synallagmatique. Il s'agit, d'une part, de *l'exceptio non adimpleti contractus* et, d'autre part, de la résolution judiciaire avec paiement de dommages et intérêts. Tel n'est pas le cas de l'obligation d'information puisqu'elle ne constitue pas une contre-prestation à l'engagement de la caution. On en conclut donc que le cautionnement n'est pas un contrat à titre onéreux ; ce qui permet d'affirmer, *a contrario*, que c'est un contrat à titre gratuit.

---

152 *Contra,* J.-J. DUPEYROUX, *op. cit.,* n° 268 à 275. Ne reconnaissant un caractère gratuit qu'au cautionnement garantissant l'exécution d'un rapport principal lui-même gratuit, cet auteur affirme le caractère onéreux du cautionnement. Selon lui, d'une part, la constitution du cautionnement concomitamment à la formation du contrat principal, généralement un prêt, confère au cautionnement une valeur d'équivalent au prêt consenti, ce qui lui donne un caractère nécessairement onéreux. D'autre part, en examinant les rapports de la caution et le débiteur principal, le caractère onéreux ressort, car la prestation du créancier est une contrepartie à l'engagement de la caution dont le débiteur sera bénéficiaire. Ces deux arguments ne résistent pas à la critique. En effet, lorsque le cautionnement est exigé simultanément à la formation du contrat du contrat principal, c'est simplement parce que le créancier entend obtenir une garantie d'exécution des obligations du débiteur et point une contrepartie. De plus, même si la prestation du créancier profite au débiteur, elle ne constitue en aucun cas la contrepartie de l'engagement de la caution, car cette prestation n'est pas destinée à la caution, mais au débiteur principal et l'engagement de la caution tend à simplement à en faciliter l'obtention.

153 R.-T. TROPLONG, *op. cit*., n° 26, p. 24.

154 V. P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », in *Mélanges M. Cabrillac*, Litec 1999, p. 349 ; Y. PICOD, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *in Etudes offertes au Doyen Simler*, Litec 2006, p. 395 et s.

155 Art. 1326 et 2292 C.civ. Le but de cette règle est de permettre à la caution de prendre conscience, au moment où elle s'engage, de la portée de son acte.

156 Art. 2293 C. civ. pour les cautionnements indéfinis ; et art. L.313-22 du C.mon.fin. et art. L.341-6 C. cons.

157 Dans certains cas, cette déchéance frappe les intérêts (art. L. 313-22 C.mon.fin.) ; dans d'autres cas, elle atteint les pénalités et intérêts moratoires (art. L. 313-9 C. consom.) ; dans d'autres hypothèses enfin, ce sont tous les accessoires de la dette qui sont visés (art. 2293 C.civ.).

39. – Compatibilité du recours de la caution avec la notion de gratuité. Certes, la caution dispose de recours contre le débiteur principal[158] ; nul ne le conteste. De là à affirmer que l'action de la caution contre le débiteur principal correspond à une action en paiement de sa prestation, c'est un pas qui, semble-t-il, ne devrait pas être franchi. En effet, le recours de la caution contre le débiteur n'est pas une contrepartie à son engagement, car le cautionnement lie la caution et le créancier. De plus, la notion de gratuité recouvre des situations dissemblables sans pour autant que cela ôte à la notion son sens ou son essence. Dans certains cas, il y a un transfert de patrimoine d'une personne vers une autre, c'est le cas de la donation. Dans d'autres hypothèses, « *l'une des parties concède un avantage à autrui sans pour autant se dessaisir d'un élément d'actif* »[159]. Dans ces deux hypothèses, la gratuité suppose toujours un élément psychologique, l'intention libérale, et un élément matériel, l'absence de contrepartie. Le contrat de cautionnement répond à ces deux exigences et se situe dans la seconde hypothèse des cas envisagés ci-dessus. Aussi, *le recours de la caution n'a-t-il d'autre but que de lui permettre de reprendre la maîtrise de l'élément d'actif dont il s'était momentanément dessaisi*. Le caractère désintéressé ou gratuit de son engagement demeure, puisque c'est par le paiement effectué au créancier que la caution concède un avantage au débiteur principal[160]. C'est la raison pour laquelle le Tribunal civil de Lyon a jugé en 1869 que « *quoique contrat de bienfaisance, le cautionnement n'est point une donation, puisque le cofidéjusseur a un recours contre le débiteur principal* »[161].

40. – Consécration légale du caractère gratuit du cautionnement. La gratuité du cautionnement ressort du reste fort bien du premier alinéa de l'article 2291 du Code civil. Selon ce texte, « *on peut se rendre caution sans ordre de celui pour lequel on s'oblige, et même à son insu* ». Aussi, a-t-on pu écrire que le cautionnement dans le Code civil est un contrat de bienfaisance[162]. En effet, comment expliquer que l'on puisse s'engager sans ordre du débiteur principal et même à son insu si ce n'est par le souci de rendre service ou si l'on préfère, par l'intention libérale ? De surcroît, si l'on peut s'engager sans l'ordre

---

158 *Infra,* 577 et s.

159 B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *Droit civil – Les obligations – 2 – Contrat*, 6ème éd. Litec 1998, n° 112. C'est nous qui soulignons. Et quand bien même il y aurait dessaisissement d'un élément patrimonial, celui-ci n'est ni immédiat, ni définitif. En ce sens, Cass. 1ère civ., 21 novembre 1973, *préc*.

160 *Contra,* H, L & J. MAZEAUD, F. CHABAS, par Y. PICOD, *Leçons de droit civil, Tome III/ Premier volume, Sûretés – Publicité foncière*, 7ème éd. Montchrestien 1999, n° 14.

161 *S*. 1872, 1, 325.

162 M. REMOND-GOUILLOUD, *op. cit*., n° 1.

d'une personne, voire à son insu, c'est qu'aucune demande n'a été émise par elle ; ce qui renforce l'*animus donandi,* à l'image de la donation, contrat *intuitu personae* par excellence.

Si une partie de la doctrine refuse de voir dans l'engagement de la caution un acte gratuit[163], c'est semble-t-il, parce qu'elle n'envisage pas le contrat de cautionnement dans sa globalité, c'est-à-dire comme un ensemble. Elle se borne simplement à considérer le contrat *stricto sensu*, la relation « caution-créancier ». Or, à la différence des autres contrats, cette gratuité trouve son siège dans un autre rapport liant le débiteur principal à la caution. Cela est d'autant plus vrai que l'on ne voit pas trop pourquoi la caution s'engagerait envers le créancier en l'absence de tout débiteur principal. Il faudrait dans ce cas redéfinir le cautionnement et gommer le préalable d'un débiteur principal à l'engagement de la caution. Ce n'est que dans cette hypothèse, peu plausible au demeurant, que sera appréciée la gratuité – ou l'absence de gratuité – de l'engagement de la caution au regard de la seule relation le liant au créancier.

41. – Fondements historiques et approbation de la doctrine. La gratuité du cautionnement trouve ses fondements dans l'histoire de ce contrat. Dans les civilisations primitives, en effet, le garant de la dette d'autrui était un otage entre les mains du créancier. Sa fonction était de s'interposer entre le créancier et le débiteur principal afin d'éviter la saisie de ce dernier. Elle répondait, en outre, de celui-ci de sa propre personne. L'on place la source de l'engagement de la caution dans la solidarité primitive des membres de la famille ou du clan. A la suite d'une longue évolution, les rédacteurs du Code civil lui ont consacré plusieurs articles. Le cautionnement apparaîtra alors « *comme un petit contrat, un contrat donné pour l'amitié ou l'esprit de famille* »[164].

Au demeurant, la corrélation entre gratuité et caractère *intuitu personae* du cautionnement est unanimement soulignée par la doctrine. En 1938 déjà, M. F. VALLEUR relevait que les contrats à titre gratuit étaient souvent des contrats *intuitu personae* et rangeait le cautionnement dans cette catégorie[165]. En 1959, M. B. LENFANT écrit que « *même dans le cautionnement onéreux, l'esprit de bienfaisance demeure* […]. *Les*

---

163 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL , *op. cit*., n° 79 ; SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 59 et 60.

164 P. CROCQ ET L. AYNES, *op. cit*, n° 103 et s ; L. AYNES, *Le cautionnement*, *op. cit*., p. 7.

165 *Op. cit*., n° 1, p. 9 et n° 18, p. 38 et 39.

banques perçoivent une commission lorsqu'elles cautionnement leurs clients. Cependant, elles sont en relation constante avec leurs clients, elles les connaissent personnellement et si elles acceptent de se porter caution c'est encore pour rendre service et non pas seulement pour tirer un profit personnel »[166]. Ainsi encore, écrit M. L. AYNES, « *le cautionnement est par nature un contrat de bienfaisance* »[167], car la caution n'attend aucun avantage patrimonial du créancier. Dans son ouvrage rédigé avec M. P. CROCQ, il rapproche le cautionnement de la donation[168]. Dans cette logique, seuls les rapports entre la caution et le débiteur permettent de donner une qualification d'acte gratuit au cautionnement. En effet, parce que la caution est animée d'une intention libérale envers le débiteur à qui elle entend rendre un service, le cautionnement apparaît comme un contrat de bienfaisance[169]. C'est, explique GUILLOUARD[170], le caractère gratuit du cautionnement qui explique la situation du cautionnement dans le Code civil de 1804, puisque le cautionnement y était rattaché au groupe de contrats formé par les trois contrats précédents, le prêt, le dépôt et le mandat. C'est que, comme le prêt, le dépôt et le mandat, le cautionnement est par nature un contrat de bienfaisance, dans les rapports du débiteur cautionné et la caution qui s'engage pour lui.

42. – L'admission définitive du caractère *intuitus personae.* La considération de la personne est donc inhérente au contrat à titre gratuit car le bénéficiaire de l'avantage reçu sans contrepartie a nécessairement été choisi[171]. Par ce choix, la personne du cocontractant est intégrée dans l'objet même du contrat : on pourrait dire que la formation du contrat, son exécution voire son extinction deviennent tributaires de la personne du cocontractant car elle a une grande incidence sur la prestation attendue d'elle. Il y a, écrit Mme M. CONTAMINE RAYNAUD, « *incorporation de la personnalité du cocontractant dans l'objet même de la convention, réification de la personne* »[172]. Ainsi, grâce au navire de la gratuité, la traversée des eaux troubles de l'océan déchaîné qu'est le droit du cautionnement

---

166 B. LENFANT, *Le domaine du cautionnement en droit commercial*, Thèse dactyl., Université de Paris 1959, p. 6.

167 L. AYNES, *Le cautionnement*, *op. cit*., p. 12.

168 P. CROCQ et L. AYNES, *op. cit*, n° 105 et 228.

169 *Il peut d'ores et déjà être relevé, dans cette salve d'affirmations, que c'est au regard de la relation caution – débiteur qu'il est établi la gratuité du cautionnement alors que dans le même temps la jurisprudence y voit le siège de l'intérêt patrimonial qu'a la caution à s'engager. Cette question sera abordée plus avant*. *Infra*, n° 184 et s.

170 *Op. cit.*, n° 2.

171 B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *op. cit*., n° 112.

172 M. CONTAMINE RAYNAUD*, op. cit*., n° 28, p. 33.

s'est déroulée sans tumultes majeurs, puisque nous débarquons au port de l'*intuitus personae*. Un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation a d'ailleurs admis le caractère *intuitu personae* du cautionnement[173]. Il convient maintenant de découvrir la traduction concrète de cet *intuitus personae* dans le cautionnement.

§ 2. – LA TRADUCTION DE L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

43. – Division. On ne saurait prendre la mesure véritable de l'*intuitus personae* dans le cautionnement donné à une société si l'on n'analyse pas l'opération dans sa globalité, ce qui suppose que l'on inclut, comme nous l'avons déjà dit, la relation « caution – débiteur ». Une double réserve existe cependant, puisque l'*intuitus personae* ne se traduit pas de la même manière dans chacune de ces relations. Selon qu'il se traduit par l'affection ou la confiance, les qualités attendues du cocontractant ne seront pas nécessairement les mêmes. Et, dans une même configuration, les qualités déterminantes pourront ne pas être, en tout point, identiques d'un contractant à un autre. C'est que dans un cas, le lien « caution – débiteur », la relation est de nature filiale ou amicale et, dans une certaine mesure, structurelle ; l'*intuitus personae* va se traduire par l'affection (**A**). Dans l'autre cas, « le lien caution – créancier », la relation sera plutôt circonstancielle, voire conjoncturelle ; l'*intuitus personae* se traduira ici par la confiance (**B**).

[173] Cass. com., 22 janvier 1985, *JCP. G* 1986, II, 20591, obs. PH. SIMLER. En l'espèce, une société a fait apport de son fonds de commerce de matériaux de construction à une autre, créée à cet effet, avec le bénéficie de tous traités et conventions passés avec elle à raison des activités du département apporté. C'est à bon droit que la Cour d'appel juge qu'une caution n'avait pas entendu se porter telle qu'au profit de la société apporteuse, et que la société créée, personne morale nouvelle, envers laquelle ladite caution n'avait pris aucun engagement direct, ne pouvait invoquer cet engagement que pour les créanciers dont la société apporteuse serait titulaire à la date de la convention d'apport. Ainsi, relève l'annotateur, par l'effet de l'*intuitus personae*, la Cour de cassation limite l'obligation de couverture de la caution au profit de la seule personne morale existante, c'est-à-dire avant la naissance de la personne morale nouvelle consécutive à l'apport. C'est nous qui soulignons.

A. – L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LA RELATION « CAUTION – DEBITEUR » A TRAVERS L'AFFECTION

44. – Rôle de l'affection. L'affection est un sentiment de tendresse qui détermine un certain attachement à quelqu'un, au-delà de la simple sympathie. Ce sentiment entraîne généralement une grande compréhension qui débouche parfois sur la commisération. C'est la raison pour laquelle la personne qui a de l'affection agit quelquefois dans l'intérêt de l'autre sans l'en avertir au préalable[174]. Ce sentiment d'affection est au cœur de la relation « caution – débiteur », quelle que soit par ailleurs la personne caution. En effet, trois catégories de personnes acceptent généralement d'être caution des dettes sociales : le dirigeant social, un (ou plusieurs) associé(s) et le conjoint du dirigeant social. En analysant la nature de la relation qui lie chacune de ces personnes à la société au profit de qui elles s'engagent, on arrive à la conclusion que seule leur affection pour le débiteur détermine leur engagement, bien que ce débiteur soit une personne morale.

45. – L'affection chez le dirigeant social. Si l'on envisage d'abord l'affection du côté du dirigeant social, on se rend compte qu'au-delà des aspects purement managériaux, il entretient une relation « quasi fusionnelle » avec la société. Dans les sociétés de personnes dominées par l'*intuitus personae*, cette relation « quasi-fusionnelle » est plus accusée puisqu'à l'*intuitus personae* qui préside la création de la société s'ajoute un second degré lié notamment à son choix comme gérant. Ce faisant, la société apparaît rapidement aux yeux du gérant comme un prolongement de sa propre personne. Ce constat n'est guère différent dans les SARL ou dans les SA. Dans les SARL, en effet, le gérant est généralement l'associé majoritaire. A ces yeux, la société constitue dans une certaine mesure un bien car de la bonne situation de la société dépend en grande partie son bien-être. Il suffit, pour s'en convaincre, de se rappeler de la peine qu'éprouvent les gérants de SARL lorsque les difficultés surviennent et qu'une procédure collective doit s'ouvrir[175] :

---

[174] *Rappr*. art. 2291. al.1 C.civ.

[175] Sans doute, cette peine explique la réticence qu'éprouvent les dirigeants sociaux à saisir les tribunaux en vue de solliciter l'ouverture d'une procédure de sauvegarde instituée par la *Loi de sauvegarde du 26 juillet 2005* et dont la philosophie est de permettre un regain de confiance des dirigeants sociaux en l'institution

au-delà des apparences, le maintien ou la survie de l'entreprise conditionne la vie personnelle du dirigeant[176].

A priori, cette attitude est inexistante chez les dirigeants de SA. Deux raisons peuvent être avancées à l'appui de cette assertion. En premier lieu, l'*intuitus personae* n'est pas déterminant dans les sociétés de capitaux. Ces dernières, spécialement celles qui font appel public à l'épargne, mettent plus l'accent sur le capital. En second lieu, les dirigeants des sociétés de capitaux sont d'abord des managers, des salariés et moins souvent des actionnaires ou, à tout le moins, des actionnaires importants comme dans les SARL.

Toutefois, cette analyse peut être doublement relativisée. D'abord, l'état de manager et/ou de salarié n'est pas exclusif du souci de bien faire, de mener la société vers des résultats encore meilleurs au point d'en faire un défi personnel. Cette volonté débouche généralement sur l'attachement du dirigeant à la société qu'il dirige. Un sentiment d'affection se crée ainsi entre le dirigeant et la société. Ensuite, face à la multiplication des scandales financiers impliquant lourdement des dirigeants sociaux, l'on peut voir poindre une nouvelle conception du dirigeant social. Cette conception, fondée sur une certaine morale ou éthique[177], sur la probité du dirigeant social, aurait pour heureuse conséquence d'établir une nouvelle relation entre le dirigeant et la société : le dirigeant social ne serait plus seulement celui qui impulse la politique de la société ; il deviendrait aussi le garant des bonnes pratiques et d'une morale sociétale. Or, il semble difficile de s'ériger en archétype de vertu au nom d'une autre personne sans qu'il y ait un lien d'affection, même ténu, avec cette personne. C'est donc dire qu'il existe bien une considération de l'être moral du point de vue du dirigeant.

46. – L'affection chez l'associé. Ce sentiment d'affection entre la caution et le débiteur est encore plus marqué lorsque c'est l'associé de la société qui est caution des dettes de cette

judicaire. Trois ans après cette loi, le résultat reste très mitigé puisque, selon le Journal *Les Echos* du 29 janvier 2008 (p. 2), le nombre de défaillances d'entreprises n'a jamais été aussi élevé depuis 1998.

[176] B. VIGNERON, « Cautionnement du dirigeant de société : les conditions de validité et d'exécution », *Dr. & Patr*., janvier 1994, p. 42 et s.

[177] Toutefois, une réflexion philosophique sur les rapports entre la morale et l'économie, menée en partant du constat du défaut de la morale dans la réalité des comportements humains et au « retour de la morale », essentiellement dans la discours dominant, conduit M. A. COMTE-SPONVILLE *(in Le capitalisme est-il moral ?*, *op. cit*., p. 16, 26, 42 et s.) à constater que l'éthique d'entreprise, « *version managériale de la morale* », est « *sans aucune valeur morale* ». A l'appui de cette assertion, il soutient que cette éthique est « *source de profit* ». Par conséquent, conclut-il, le capitalisme est incompatible avec la morale au sens où l'agissement morale suppose le « *désintéressement* ».

dernière. Cette affection découle naturellement du lien de filiation qui existe entre les deux. L'associé, personne physique ou morale, est en quelque sorte « co-géniteur » de la société puisqu'il en est, peu ou prou, à l'origine suivant l'évaluation de ses apports. Partant de cette constatation, s'engager comme caution des dettes de – sa – société va presque de soi, à l'image du père qui accepte volontiers d'être la caution du crédit octroyé à son fils en vue d'acquérir un appartement[178]. L'affection qui existe ainsi entre la caution et la société débitrice prend une coloration plus grave dans le cadre d'un groupe de sociétés. Dans ce contexte, l'image du groupe qu'il convient de sauvegarder se superpose au lien de filiation préexistant.

47. – Le glissement de l'affection chez le conjoint. Enfin, la situation n'est guère différente lorsque c'est le conjoint du dirigeant ou de l'associé qui est caution des dettes sociales. Le mécanisme ici doit être bien explicité en raison du glissement de l'affection de la société (débiteur principal) vers le dirigeant ou l'associé. En effet, le sentiment d'affection n'existe plus entre le débiteur (la société) et la caution (le conjoint) ; ce sentiment existe plutôt entre la caution et le dirigeant (ou l'associé). Dans ces circonstances, ce dernier devient en quelque sorte l'ersatz de la société ou, si l'on préfère, un débiteur substitué. L'affection qui s'individualise en la personne déterminée qu'est la société est déportée sur la personne qui sert de jonction entre la société et la caution. L'acte du conjoint de s'engager comme caution apparaît alors comme une manifestation du devoir de secours dont sont tenus les conjoints, les uns envers les autres[179].

48. – Importance définitive de l'affection. Dans toutes ces hypothèses, le sentiment d'affection est omniprésent. Mieux, c'est cette affection qui détermine la caution à s'engager comme sûreté de paiement de la société débitrice. *A contrario*, il nous semble que l'absence de toute relation affective entre la caution et la société débitrice exclut de fait un quelconque engagement au profit de la société. En effet, la caution ne s'engage que parce qu'il existe une relation fondée sur l'affection entre elle et la société débitrice. « *Ce n'est pas,* écrit TROPLONG, *par intérêt pour le créancier que la caution intervient, c'est uniquement dans l'intérêt du débiteur, auquel elle porte affection*[180]. » On retrouve là une

[178] Ceci est aussi vrai pour les groupes de sociétés dont la terminologie imagée met en relief les relations entre société mère et filiale ou entre société sœurs. V. CH. MOULY, *Thèse préc.,* n° 338.

[179] Art. 212 C.civ.

[180] R.-T. TROPLONG, *op. cit*., n° 13, p. 16.

fonction première du cautionnement qui était analysé en droit romain comme un service d'ami ou un contrat de bienfaisance. Or, les contrats de bienfaisance ne reposent que sur une communauté de vie et des rapports plus ou moins intimes. Ce sont, en effet, des actes juridiques qui ne sont possibles que si les personnes s'agréent mutuellement[181]. M. F. GRUA le souligne fort justement lorsqu'il écrit que « *tout contrat repose sur un minimum d'*affectio*, même si on ne parvient pas à l'intégrer dans les épures du droit* »[182].

En toute logique donc, la caution ne s'engage qu'au regard du débiteur considéré et au regard de son identité. Les contrats de bienfaisance sont en effet des contrats *ad hominem*. Tout changement sur l'identité de la personne dont le lien d'affection a déterminé l'engagement devrait délier le cocontractant. Ainsi, de l'affection dans la relation « caution-débiteur », l'*intuitus personae* va se muer en confiance dans la relation « caution-créancier ».

B. – L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LA RELATION « CAUTION – CREANCIER » A TRAVERS LA CONFIANCE

49. – A propos de la confiance. La confiance, c'est « *une espérance ferme, assurance d'une personne qui se fie à quelqu'un ou à quelque chose* »[183]. Le vocabulaire juridique précise que c'est la « *croyance en la bonne foi, loyauté, sincérité et fidélité d'autrui ou en ses capacités, compétence et qualification professionnelles* »[184]. La confiance apparaît donc à la fois comme un sentiment et une attitude qui inspirent la droiture, la franchise, l'honnêteté, la loyauté et la sincérité en même temps. Elle se réfère ici à son sens de comportement loyal qui requiert notamment le respect d'un engagement, attitude d'intégrité et d'honnêteté. La confiance est un vocable chargé de valeurs morales qui en fait substantif d'allure religieuse. Cette résonance morale de la confiance constitue sa connexion avec l'*intuitus personae.* En effet, pour avoir confiance, il faut que l'on soit

181 En ce sens F. VALLEUR, *op. cit*., n° 17 p. 35.
182 F. GRUA, *L'acte gratuit endroit commercial*, Thèse dactyl., Paris 1, 1978, n° 5 *in fine*.
183 Définition du Petit Robert.
184 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., *v° « Confiance »*.

rassuré par l'autre au regard notamment de sa personnalité, de ses capacités, de ses compétences, entre autres.

50. – Du point de vue de l'évolution des sociétés, l'instauration de la confiance entre différents partenaires a permis de faire évoluer le régime économique de l'échange des biens et des services du troc vers le crédit[185]. Dans les économies contemporaines, la confiance apparaît même comme un facteur déterminant de la croissance : elle permet d'organiser le travail, d'attirer les investissements, de faciliter la négociation des règles du jeu et tout simplement de vivre[186]. La confiance se présente donc comme le parfait contraire de la défiance. Reposant sur le lien contractuel, la confiance fonde le crédit[187]. Elle est, à côté du temps, l'autre composante du crédit[188]. Pour les acteurs du monde des affaires, la confiance est synonyme de « *sécurité et prévoyance* »[189].

51. – Confiance et considération de la personne. Certes, il est relevé que « *la confiance est une notion plus vaste que l'*intuitus personae, [puisqu'elle] *recouvre aussi l'idée de fiabilité, de confiance dans la chose ou le produit* »[190]. C'est aussi une notion qui se rencontre dans des contrats où il n'y a aucune considération de la personne ; ainsi en va-t-il de la vente[191]. La confiance déborde donc l'*intuitus personae* tout en étant une réalité dans les contrats dominés par la considération de la personne. Entre la confiance et l'*intuitus personae*, il y aurait une différence de domaine en ce sens que le domaine de la confiance déborderait celui de l'*intuitus personae*. Toutefois, la relation entre la confiance et l'*intuitus personae* est si étroite que « *l'on saurait dire si c'est la connaissance qui suscite la confiance ou si c'est sur l'idée de confiance que repose l'*intuitus personae »[192]. En tous les cas, la confiance permet de dévoiler la considération de la personne dans certains rapports *intuitu personae*. « *La confiance*, a-t-on écrit, *se mérite, elle vient d'une impression de sécurité qu'il faut faire naître dans l'esprit de l'autre* […]. *Tant qu'il y a*

---

185 S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, *op. cit*., n° 57.
186 « Pourquoi le France ne se fait plus confiance ? », *Les Echos* – mardi 23 octobre 2007, p.18.
187 M.-J. CAMPANA, « Le doute et la confiance », *in Le doute et le droit*, éd. Dalloz - 1994, p. 79.
188 S. GJIDARA, *L'endettement et le droit privé*, *op. cit*., n° 67.
189 M.-J. CAMPANA, op. cit., p. 79.
190 A. CHIREZ, *Thèse préc*., n° 13, p. 21 ; n° 77 et s.
191 *Ibid*.
192 *Ibid*., n° 75, p. 110.

crédit, il y a appréciation de la personne du crédité ou des dirigeants de l'entreprise [ou encore de la caution fournie][193]. »

Dans le cautionnement donné à une société, la confiance exigée dans la relation « caution-créancier » permet de dévoiler l'*intuitus personae* qui imprègne cette relation : de l'existence de la confiance entre le créancier et la caution dépend la vie du contrat. En effet, comment un créancier pourrait-il accepter une caution alors même qu'il éprouve à son égard une certaine défiance ? Réciproquement, comment admettre qu'une caution puisse s'engager à payer tel créancier en cas de défaillance du débiteur principal si la personne de ce créancier n'est pas intégrée dans ce qui va constituer son obligation ? Il convient donc d'envisager la confiance dans la relation « caution – créancier » de manière bilatérale : autant la caution doit inspirer confiance au créancier (***1***), autant la caution doit être rassurée par celui-ci (***2***).

1. – La nécessaire confiance du créancier en la caution

52. – Rappel du contexte. Pour comprendre la manière dont la confiance innerve la relation « créancier-caution », il n'est pas vain de rappeler le contexte général qui donne naissance à cette relation. Une société (le débiteur principal) sollicite un crédit ou une ouverture de crédit auprès d'une banque ou établissement assimilé. Cette dernière accède à la sollicitation sous réserve de constitution à son profit d'une garantie, en l'occurrence un cautionnement. Parce que tout créancier compte nécessairement sur la solvabilité (actuelle et future) et la moralité de son débiteur, la caution attendue du créancier, pour être une garantie fiable, doit remplir certains critères et avoir certaines qualités à même de rassurer le créancier et de faire naître chez ce dernier de la confiance. Ces qualités peuvent se ramener notamment à la solvabilité, aux qualités de gestionnaire pour le dirigeant, au sens des affaires, à l'absence d'une interdiction de gérer.

53. – Diversité des éléments nécessaires à la confiance. En effet, la solvabilité est nécessairement déterminante pour le créancier. Cette solvabilité doit être présente en ce sens que la caution doit avoir des capacités de financement incontestables comme le solde créditeur – à hauteur de la dette au moins – de son compte courant ou d'épargne. Cette

[193] G. PETIT-DUTAILLIS, *op. cit.*, n° 271, p. 207.

solvabilité doit aussi être à venir ; ce qui se traduit par des actifs réalisables immédiatement telle une police d'assurance-vie. C'est ainsi que l'engagement d'un dirigeant social comme caution des dettes sociales implique la prise en compte de ses qualités de gestionnaire. Dans ce sens, il n'est pas exclu que la banque vérifie son passé. La restructuration ou le redressement réussis de telle société peuvent à cet égard être des qualités déterminantes. En revanche, une condamnation pour banqueroute, comblement du passif ou même une interdiction de gérer peuvent suffire à refuser la caution ou à en exiger une seconde.

Plus généralement, c'est un ensemble d'éléments, de qualités que recherche le créancier : considération de la surface financière de la caution, son honnêteté et ses qualités de gestionnaire[194]. L'existence de cet ensemble chez la caution détermine le créancier à s'engager, tout simplement parce qu'il a confiance. « *Les relations d'affaires,* écrit M. B. LENFANT*, reposent en effet sur un élément moral particulièrement important : la confiance que peut inspirer un débiteur à un créancier éventuel. Lorsqu'un débiteur a la réputation de faire ponctuellement honneur à sa signature, ses capacités commerciales et son honnêteté lui procurent un crédit moral qui fournit au créancier les garanties dont il a besoin pour contracter*[195]. » En sens inverse, si le créancier exige du débiteur principal une ou plusieurs autres cautions, c'est qu'il n'a pas été rassuré par la première qui lui a été fournie. Le crédit n'est accordé qu'après avoir étudié et accepté la moralité de la caution fournie. Il faut donc reconnaître avec MOULY que « *la caution qui s'engage et le créancier qui recueille son allégeance ne contractent pas sans intégrer à leur consentement la considération de l'autre* »[196].

L'*intuitus personae* se présente donc ici comme une garantie d'exécution des obligations, comme préoccupation d'assurer l'exécution du contrat : c'est un *intuitus personae* à adhérence patrimoniale[197], dans la mesure où il met en évidence le degré d'incorporation des qualités de la caution dans la prestation[198]. Ceci explique que cette obligation puisse être exécutée par une personne offrant les mêmes gages ou que les héritiers puissent se substituer en raison de la transmissibilité du patrimoine pour cause de mort. L'attache à la personne ne s'en trouve nullement ruinée ; pas plus qu'elle ne

---

194 *Rappr*. M.-E. ANDRE, « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *in Mélanges M. CABRILLAC*, éd. Litec 1999, p. 23 et s., n° 9 à 13.
195 B. LENFANT, *Thèse préc.,* p. 3 et 4.
196 CH. MOULY, *Thèse préc.,* n° 298, p. 397.
197 F. VALLEUR, *op. cit*., n° 20, p. 40.
198 En ce sens, N. CATALA, *La nature juridique du payement*, Thèse Paris 1961, L.G.D.J. 1961, n° 24.

disparaît, car, les héritiers, par l'acceptation du patrimoine, continuent la personnalité du *de cujus*.

54. – Double *intuitus personae*. A la réflexion, l'*intuitus personae* qui prévaut ici est à la fois négatif et positif car la solvabilité ne saurait à elle seule suffire. Il faudrait qu'elle ne soit pas accompagnée par des éléments susceptibles de ruiner la confiance qu'elle entraîne. On pense notamment à une ancienne condamnation pour banqueroute, faillite ou interdiction de quelque nature que ce soit, y compris l'interdit bancaire. En sens inverse, l'absence d'un élément négatif se saurait à elle seule suffire si elle n'est accompagnée d'un ou plusieurs éléments positifs dont la solvabilité en constitue le plus déterminant. Cette combinaison s'explique par le risque lié au remboursement de la dette ; risque que le créancier souhaite limiter au minimum. Par son engagement, en effet, le créancier met en jeu une part considérable de son patrimoine, tout comme la caution. C'est pourquoi la considération de la personne se manifeste en principe dans les contrats présentant un risque anormal, caractérisés en général par la mise en jeu d'une valeur proportionnellement importante du patrimoine de la personne qui s'engage ou par une durée importante qui risque de faire perdre au titulaire d'un droit la maîtrise de celui-ci[199]. Cette psychologie se rencontre du reste dans la formation des contrats d'assurance en raison de l'influence de la personnalité de l'assuré sur la survenance du risque. Autant dire que le créancier ne s'engage que dès lors qu'il a confiance en la caution. La nécessité d'une confiance du point de vue du créancier ne la rend pas inévitable du point de vue de la caution : la confiance dans les deux sens détermine la conclusion du contrat.

2. – L'inévitable confiance de la caution dans le créancier

55. – Position du problème. Parler d'un *intuitus personae* du point de vue de la caution à l'égard du créancier peut surprendre au premier abord, puisque seule importe à la caution sa relation avec le débiteur principal[200]. Cette position doit pourtant être relativisée. Par le fait même que l'*intuitus personae* ne désigne aucune relation précise, il a vocation à exprimer tous les rapports possibles[201]. Toutefois, l'idée d'une considération de la personne

[199] D. HOUTCIEFF, *op. cit*., n° 25 (note 86).
[200] J. FRANÇOIS, « La nature juridique de la relation caution-débiteur », *op. cit*., p. 2580.
[201] D. HOUTCIEFF, *op. cit*., n° 2.

du créancier par la caution n'est pas admise par tous[202]. Pour justifier cette position de rejet, il est avancé que si au sein d'un contrat l'*intuitu personae* peut être bilatéral, au sein d'une obligation – comme celle dont est tenue la caution envers le créancier – il ne peut être qu'unique[203]. Par conséquent, la considération de la personne ne peut exister que du créancier vers la caution.

56. – Explications. Toutefois, le caractère unilatéral d'un acte n'empêche nullement la considération du créancier[204]. En effet, la personne du créancier est nécessairement intégrée, du point de vue de la caution, dans l'objet de la convention[205]. De fait, l'objet de l'obligation de la caution est nécessairement lié à celui de l'obligation principale. Le contrat de cautionnement a pour objet la garantie de l'opération de crédit. Cette opération de crédit qui lie le créancier au débiteur principal a, quant à elle, pour objet la mise à la disposition du débiteur des fonds demandés. Le cautionnement n'existe que parce qu'il y a crédit préalable ou corrélatif, et l'on peut reprendre la formule « *pas de sûreté en l'absence de tout crédit* »[206]. C'est cette mécanique qui explique le caractère accessoire du cautionnement[207]. Le Doyen CARBONNIER ne dit pas autre chose lorsque, définissant le rapport d'accessoire à principal, il explique le critère matériel du rapport « principal à accessoire » en ces termes : « *Le principal a besoin d'accessoire, et l'accessoire ne vaut que par le principal*[208]. » M. G. GOUBEAUX écrit, pour sa part : « *Le mot accessoire a deux sens : il signifie tantôt secondaire et tantôt dépendant. Dans le premier sens, il s'oppose à essentiel et, dans le second sens, on traite l'accessoire comme le principal dont il*

---

202 CH. MOULY, *Thèse préc.,* n° 325 ; PH. SIMLER, *Le cautionnement et les garanties autonomes*, *op. cit*., n° 65.

203 *Ibid*.

204 D. HOUTCIEFF, *op. cit*., n° 4.

205 Article 1129 C.civ.

206 *Supra,* (prise en compte de la relation « caution – débiteur »).

207 M. PH. THERY (*Sûretés et publicité foncière*, 2ème éd. PUF-1988, n° 88) explique le caractère accessoire du cautionnement par l'identité de l'objet entre le cautionnement et l'opération principale. en effet, estiment-ils, l'objet de l'obligation de la caution réside dans l'obligation principale et l'obligation de la caution emprunte son objet à l'obligation principale. Dès lors, l'identité de l'objet explique l'identité de régime. Cette idée avait déjà été avancée par L. GUILLOUARD (op. *cit.,* n° 12). Pourtant, même si l'obligation de la caution ne peut exister que parce qu'il y a une obligation principale, l'engagement de la caution a bien un objet propre, distinct de celui de l'obligation du débiteur principal. L'obligation du débiteur principal est de payer sa propre dette, d'exécuter son obligation ; celle de la caution est de garantir l'exécution de cette obligation et de payer le cas échéant. Ce faisant, la caution exécute sa propre obligation par ce paiement, lequel paiement est distinct du paiement qu'aurait effectué le débiteur principal, s'il avait lui-même payé.

208 J. CARBONNIER, *Droit civil, Volume 2, Les biens - Les obligations*, 1ère éd. Coll. Quadrige / PUF 2004, n° 725, p. 1626.

dépend[209]. » C'est, en effet, parce qu'il suit le sort d'autre chose qu'un élément est accessoire et non parce qu'il est accessoire qu'il suit le sort du principal[210].

Or, si le cautionnement a pour objet la garantie du crédit consenti au débiteur, l'identification de ce dernier va de soi. Quoi de plus normal, puisque la caution s'engage d'abord en considération de la personne du débiteur ! Partant, la détermination de l'obligation du débiteur peut se faire soit par le contenu du rapport de droit, c'est-à-dire son propre objet (le crédit), soit par l'identification des parties à ce rapport de droit[211]. Ce faisant, la détermination de l'obligation en cause conduit nécessairement à l'identification du créancier. Par conséquent, la déduction de l'objet de l'obligation principale par la désignation du débiteur et du créancier conduit à retenir que le cautionnement ne couvre qu'une dette précise, individualisée comme telle, à l'égard d'un créancier tout aussi individualisé. Ainsi, aux yeux de la caution, le créancier, en tant que partie à l'obligation garantie, à l'instar du débiteur, constitue un élément de détermination de l'objet de son obligation[212].

57. – Plus généralement, la considération de la personne du créancier par la caution tend vers une limitation des risques liés à l'opération de garantie. Le cautionnement est un contrat dangereux. Il est donc normal que la caution ait confiance en la personne du créancier. De plus, la personne du créancier peut influer sur l'étendue du cautionnement. Le professionnalisme du créancier, sa notoriété et sa rigueur dans l'octroi et le suivi du crédit peuvent apparaître comme des éléments déterminants à l'engagement de la caution. Tous ces éléments vont constituer une sorte de baromètre permettant à la caution de procéder à des prévisions sur l'étendue du montant du passif à couvrir et sur la durée de son engagement[213], lequel engagement peut garantir des obligations diverses[214].

58. – Bilatéralité de l'*intuitus personae*. En définitive, l'*intuitus personae* est en général bilatéral (ou réciproque) dans le cautionnement donné à une société. La caution s'engage parce qu'elle a un lien d'affection avec le débiteur et parce que la personne du créancier lui

---

209 G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, LGDJ 1969, Tome 93, Préf. D. TALLON, n° 9.
210 *Ibid*., n° 10.
211 D. HOUTCIEFF, *op. cit*., n° 20.
212 D. HOUTCIEFF, *op. cit*., n° 23.
213 N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », *Bull. Joly. Sociétés* 2004, § 186, p. 940.
214 *Infra,* n° 93 et s.

inspire confiance. Dans le même temps, le contrat de cautionnement ne peut se former que si le créancier est rassuré par la caution qui lui est fournie. Dans les deux cas, la confiance est indispensable ; la considération de la personne est prépondérante. Le Doyen CARBONNIER n'a-t-il pas écrit que le contrat était avant tout un acte de foi[215] ? Il est tentant d'ajouter après lui que cette foi influence toute la vie du contrat.

SECTION 2

L'INFLUENCE DE L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LA FORMATION, L'EXECUTION ET L'EXTINCTION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT

59. – Division. La conclusion d'un contrat en considération de la personne de son cocontractant entraîne des conséquences relativement différentes des effets que produisent traditionnellement les conventions. Si l'on se détermine à contracter en considération d'une personne, il est logique que le déroulement des effets de ce contrat dans le temps se modèle sur cette considération. L'influence qu'exerce ainsi *l'intuitus personae* sur le contrat apparaît très vite dans la formation de l'acte juridique en raison de la corrélation entre la conclusion du contrat et le caractère déterminant de la personne (**§1**). Cette influence apparaît ensuite dans l'exécution du contrat et dans son extinction (**§2**). Comme tout contrat conclu en considération d'une personne, cette influence de l'*intuitus personae* est patente dans le cautionnement donné en garantie des dettes d'une société.

§ 1. – L'INFLUENCE DE L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LA FORMATION DU CAUTIONNEMENT

[215] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations, op. cit*, p. 259.

60. – Subdivision. Le caractère *intuitu personae* d'un contrat pose généralement deux problèmes lors de la formation de celui-ci. D'une part, l'offre de contracter est analysée en une invitation à entrer en pourparlers (**A**). D'autre part, la détermination de l'engagement en considération d'une personne conduit à l'admission de l'erreur sur la personne (**B**). L'examen de ces deux questions dans le contrat de cautionnement donné à une société ne va pas sans susciter d'autres interrogations.

A. – L'ANALYSE DE L'OFFRE DE CONTRACTER EN UNE INVITATION A ENTRER EN POURPARLERS

61. – Notions d'offre de contracter et de pourparlers. L'offre de contracter est une « *proposition ferme faite par une personne à une autre d'entrer dans les liens d'un contrat déterminé* »[216]. C'est une manifestation unilatérale de volonté par laquelle une personne propose à une autre la conclusion d'un contrat de telle sorte que l'acceptation de cette personne suffise à former le contrat projeté. De fait, l'émission d'une offre de contracter suppose l'idée qu'une situation analogue à celle du contrat est créée ; elle implique qu'il ne manque plus que le consentement du destinataire pour que le contrat produise ses effets : l'offre de contracter doit être précise[217], ferme[218] et non équivoque[219]. Par là, l'offre de contracter se distingue des pourparlers qui correspondent à une phase de négociations précontractuelles, c'est-à-dire une phase préliminaire où les clauses du contrat sont mises sur la table pour être discutées[220].

Au regard de l'offre de contracter, les pourparlers se situent plus en amont dans le processus de formation du contrat : elles se soldent en général par la formulation d'une offre, mais quelquefois par la conclusion du contrat projeté, voire par un échec. Cette distinction est cependant plus ténue sur le terrain de la sanction. En effet, si en principe rien

---

216 J.-L. AUBERT, *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit*., p. 5.

217 Voir par exemple l'article 1369-4 C.civ. pour les contrats du commerce électroniques.

218 Pour une offre sous réserve de confirmation, voir par exemple Cass. com. 06 mars 1990 : *JCP. G* 1990, II, 21583, note B. GROSS ; *D*. 1991. *Somm*. 317, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD. civ*. 1990. 463, obs. J. MESTRE.

219 Cass. 1ère civ., 18 juillet 1967 : *Bull. civ. I*, n° 268.

220 J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, *op. cit*., n° 943, p.1968.

n'empêche l'émetteur d'une offre de contracter de se rétracter dès lors qu'elle n'a reçu aucune acceptation ou qu'elle n'a pas encore été reçue par le destinataire[221], le retrait abusif de celle-ci par son émetteur est constitutif d'une faute susceptible d'engager sa responsabilité civile délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code civil[222]. Or, c'est cette même sanction qui assortit la rupture abusive[223] de pourparlers dont un des principes reste pourtant la liberté[224].

62. – L'absence de fermeté, critère distinctif de l'invitation à entrer en pourparlers. Cette liberté demeure entière dans une invitation à entrer en pourparlers. En effet, l'invitation à entrer en pourparlers correspond à une « pré-offre » de contracter : tout se passe comme s'il s'agissait d'une intention de formuler une offre de contracter. Cette intention suscite, en principe, une réaction du (ou des) cocontractant(s) visé(s) et impose un premier choix à l'invitant. La particularité de l'invitation à entrer en pourparlers est donc la liberté qu'a l'invitant d'adapter ou modifier l'offre qu'il émet aux réactions que celle-ci suscitera. C'est pourquoi l'invitant se réserve la pleine liberté d'agréer ou non la personne

---

221 J.GHESTIN, *Traité de doit civil – la formation du contrat*, 3ème éd. LGDJ 1993, n° 303 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, *op. cit*., n° 940 et s, p. 1964 et s ; PH. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 10ème éd. Litec 2007, n° 120 et s ; B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *op. cit*., n° 348, p. 130. La libre révocation de l'offre est admise par la jurisprudence, en raison de l'impossibilité de l'offre de lier par elle-même : Civ. 3 février 1919 : *DP*. 1923, 1, 26. Seul le maintien de l'offre dans un délai raisonnable à même de permettre au destinataire de se décider est exigé. En ce sens, Soc. 22 mars 1972 : *D*. 1972, 468.- Cass. 3ème civ., 20 mai 1992 : *Bull. civ. III*, n° 164 ; *D*. 1992, *somm*., 397, obs. J.-L. AUBERT ; *D*. 1993, 493, note G. VIRASSAMY *; JCP. N*. 1994. II. 147, note D. MARTIN.

222 Si la doctrine s'accorde sur la force obligatoire de l'offre de contracter, le fondement de celle-ci reste discuté. Certains soutiennent que l'offre de contracter constitue un acte juridique unilatéral ayant une valeur propre, indépendante de l'acceptation du destinataire. Par conséquent, c'est une responsabilité civile contractuelle ou précontractuelle qui devrait sanctionner son retrait (G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, tome 1, 3ème éd. L. Larosse & L. Tenin : Sirey 1906, n° 32, p. 47). Pour d'autres auteurs, la sanction du retrait d'une offre de contracter ne peut être que délictuelle, en raison du fait que l'offre fait naître dans l'esprit du destinataire une attente légitime et l'espoir d'un contrat que le retrait prématuré du celle-ci ruine, ce qui constitue un abus (J. GHESTIN, *Traité de doit civil – la formation du contrat*, *op. cit*, n° 310 ; F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil - Les obligations*, *op. cit*., n° 185. ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, *op. cit*., n° 943, p. 1968).

223 Le domaine de cet abus ne fait pas l'unanimité en doctrine. Tandis que traditionnellement cet abus porte sur le droit (droit de rompre les pourparlers), on se demande depuis peu si cet abus ne porterait pas plutôt sur la liberté. En rompant les pourparlers, la personne abuserait non pas d'un droit, mais d'une liberté ; ce qui suppose que la rupture n'a pas à être justifiée en raison de l'existence même de cette liberté. En ce sens, P. CHAUVEL, note sous Cass.com., 7 janvier 1997, n° 94-21.561 et Cass. com., 22 avril 1997, n° 94-18.953 : *D*. 1998, *Jurispr.* p. 45 & s ; D. MAZEAUD, « Réparation des préjudices précontractuels : toujours moins… ? », note sous 3ème Civ., 28 juin 2006 : *D*. 2006, p. 2963, n° 4 et 5. Pour une étude complète sur cette question, v. J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP. G*. 2007, *I*, 155, p. 15 et s.

224 J. GHESTIN, « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers » *op. cit*. ; H. MUIR-WATT, « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance » *in* « Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats », *D*. 2003, p. 53.

qui réagit et qui est l'acceptant virtuel de son offre toute aussi virtuelle[225]. Par rapport aux pourparlers, l'invitation se situe plus en amont dans le processus de la formation du contrat et la procédure d'appel d'offres peut en être rapprochée. Mais, quel rapport avec l'*intuitus personae* et le cautionnement donné à une société, serait-on tenté de se demander ?

63. – Absence de fermeté et influence de l'*intuitus personae*. L'effet de l'*intuitus personae* sur l'offre de contracter est l'affaiblissement de celle-ci : l'offre n'est guère ferme[226] et a une efficacité moindre, en raison de la réflexion sur les qualités personnelles que suppose l'*intuitus personae* chez l'offrant[227]. Cet *intuitus personae* peut modifier son appréciation des qualités de la personne considérée, à l'image de l'invitant à entrer en pourparlers qui adapte son offre. Ici, précisément, un accord sur la personne de l'offrant est encore nécessaire pour que l'offre soit complète en raison de la réserve implicite de ne pas accepter ; réserve liée à la prise en compte de la considération de la personne[228]. Cette offre est qualifiée par AUBERT « *d'offre avec réserve d'agrément* »[229]. L'offre de contracter dans le contrat de cautionnement produit exactement le même effet.

En effet, l'offre de contracter dans le cautionnement peut être plurale[230]. Trois hypothèses – correspondant respectivement à l'émission de l'offre par le débiteur principal, la caution et le créancier – peuvent être envisagées. L'offre peut être faite, pour la première hypothèse, par le débiteur principal à la caution, c'est le cas le plus courant. Généralement le représentant légal de la société ou son gérant qui sollicite un crédit au nom de la société auprès d'une banque va demander au principal associé, notamment, de s'engager comme sûreté d'exécution de cet engagement ; à charge pour la caution et le créancier de s'accorder sur les termes du contrat. Dans cette hypothèse, le but est de maximiser les chances d'obtention du crédit. L'offre qui est faite ici par le débiteur correspond à une invitation à entrer en pourparlers, mais avec le créancier.

Cette invitation s'explique par l'*intuitus personae.* D'une part, en effet, il faut, que le sentiment d'affection soit fort entre la personne sollicitée comme caution et le débiteur

---

225 En ce sens, F. VALLEUR, *op. cit*., n° 84, p. 208.

226 F. VALLEUR, *op. cit*., n° 85, p. 210 ; M. AZOULAI, *op. cit*., n° 3, p. 2.

227 J.-L. AUBERT, *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit*., n° 161, p. 151.

228 M. VERICEL, *op. cit*., p. 187.

229 J.-L. AUBERT, *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit*., n° 161, p. 151. Dans le même sens, M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit*., n° 61, p. 82.

230 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 127.

qui l'invite[231] ; d'autre part, il faut que la confiance naisse entre le créancier et la caution et réciproquement pour que l'engagement soit scellé. En effet, l'*intuitus personae* implique de la part de l'offrant un choix réfléchi sur lequel le destinataire peut fonder sa confiance[232]. Par la liberté de décision qu'il entraîne, en raison de l'absence de fermeté de l'offre, l'*intuitus personae* tempère la vigueur attachée à l'offre de contracter[233]. Cela est d'autant plus vrai que même lorsque l'offre est émise, pour la deuxième hypothèse, par la caution à destination du créancier[234] ; ou que ce dernier demande à la caution, dans la troisième hypothèse, de s'engager comme telle[235], l'offre n'est jamais ferme ; elle ne vaut qu'invitation à entrer en pourparlers[236]. La liberté existe toujours et le destinataire se réserve toujours un droit de repentir en fonction des qualités de l'offrant. Une appréciation erronée de ces qualités devrait logiquement entraîner la nullité du contrat pour erreur sur la personne.

B. – L'ADMISSION DE L'ERREUR SUR LA PERSONNE

64. – Position du problème. La question de l'erreur sur la personne est centrale dans les contrats conclus *intuitu personae*. Si, en principe, l'erreur sur la personne n'entraîne pas la nullité du contrat[237], il en va toutefois différemment lorsque la considération de la personne du cocontractant a été la cause déterminante du contrat[238]. Le contrat *intuitu personae* se trouve donc être le domaine de prédilection de l'erreur sur la personne[239]. Dès lors, la question de savoir à partir de quel moment la considération de la personne devient déterminante se pose. Cette question est prolongée par une autre, celle de savoir ce qui fait la consistance de la considération de la personne. S'agissant plus spécifiquement du

---

231 *Supra*, n° 45 et 46.

232 J.-L. AUBERT, *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, *op. cit*., n° 161, p.151.

233 M. AZOULAI, *ibid*.

234 C'est l'hypothèse de l'article 2291. al.1 C.civ.

235 Dans ce cas de figure le créancier conditionne l'octroi du crédit à l'engagement de telle personne (le dirigeant social ou un associé, ès qualités) comme caution.

236 F. VALLEUR, *ibid*.

237 C.civ. art. 1110, al. 2.

238 *Ibid*.

239 M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op.cit*., n° 62, p. 83. F. VALLEUR écrit même qu' « *il n'y a d'erreur sur la personne que là ou il y a* intuitus personae », *op. cit*., n° 89, p. 224.

cautionnement, il convient de se demander si la solvabilité est intégrée dans la considération de la personne et si elle constitue une qualité déterminante à même de justifier la nullité du contrat pour erreur sur la personne.

65. – Erreur sur la personne, considération de la personne. L'erreur est une inadéquation entre la représentation intellectuelle que se fait l'un des cocontractants d'une qualité substantielle de la chose objet du contrat, d'une part, et, de la réalité de cette chose, d'autre part[240]. C'est cette inadéquation qui vicie le consentement. Lorsque cette erreur porte sur la considération de la personne, l'inadéquation existe entre les qualités du cocontractant, d'une part, et la réalité de l'absence de ces qualités, d'autre part. Il y a donc deux éléments dans l'erreur : un élément objectif qui est le fait de l'autre contractant (il s'agit ici de sa qualité supposée) et un élément subjectif qui est le lien entre l'élément objectif et la volonté, c'est-à-dire un rapport de cause à effet entre l'élément objectif et la décision prise, *in fine*. L'existence de ce lien de causalité suppose que la personne ait été intégrée dans l'économie du contrat. Or, chaque fois que l'équilibre du contrat n'est pas exclusif de toute considération de la personne, la personne du cocontractant est nécessairement intégrée dans l'économie du contrat[241]. En clair, la considération est la raison principale de l'engagement du cocontractant ; elle en constitue la cause[242] et conditionne la prestation attendue[243]. Réduite à sa plus simple expression, cette considération se ramène à l'identité physique et/ou civile de la personne, ce qui correspond, dans notre cas, à la dénomination de la société débitrice ou créancière. Cette hypothèse reste cependant théorique et correspond plus à l'erreur obstacle qu'à l'erreur sur la personne[244].

Pourtant, la recherche du caractère déterminant de la considération de la personne dans la conclusion du contrat de cautionnement devrait consister à savoir si en l'absence de la qualité alléguée la personne se serait tout de même engagée dans la relation contractuelle. Certains auteurs estiment cependant que la seule existence du vice de

---

240 J. GHESTIN, *Traité de doit civil – la formation du contrat op. cit*, n° 490.

241 M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit*., n° 76 et s, p. 104 et s.

242 J. GHESTIN, *Traité de doit civil – la formation du contrat, op. cit*, n° 535, p. 499 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations, op. cit*., n° 940 et s, p. 1964 et s ; PH. MALINVAUD, *op. cit*., n° 166 et s ; B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *op. cit*., n° 478 et s.

243 J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations, op. cit*., n° 956, p. 1991.

244 J. CARBONNIER, *ibid.* ; B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *op. cit*., n° 459 et s.

consentement devrait suffire et que la nullité devrait être prononcée dès lors que l'erreur porte sur une qualité faussement attribuée[245].

66. – Cristallisation du problème. Toutefois, la question de la solvabilité cristallise le problème de la considération de la personne dans le cautionnement donné à une société : la solvabilité constitue-t-elle une qualité déterminante de l'engagement de la caution (ou du créancier) ? Cette question semble plus se poser dans la relation « caution-débiteur ». De manière générale, c'est la caution qui se prévaut d'une erreur sur la solvabilité du débiteur principal en vue d'obtenir la nullité du contrat[246]. Or, rien ne s'oppose, *a priori*, à ce que le créancier se prévale d'une erreur sur la solvabilité de la caution pour demander la nullité du contrat. Cela est d'autant plus plausible que c'est par rapport à chaque cocontractant que le problème se pose : d'une part le créancier, en s'engageant, a en vue la solvabilité de la caution ; d'autre part, la caution, en s'engageant, prend en compte la solvabilité du débiteur principal ou sa crédibilité, à tout le moins.

En outre, si l'appréciation de l'erreur sur la substance se fait par référence à l'objet de l'obligation de chacune des parties[247], rien ne justifie qu'il n'en aille pas ainsi s'agissant de l'appréciation de l'erreur sur la personne. Cette possibilité est toutefois évincée par la position du créancier dans la structure du contrat[248]. Il faut par conséquent retenir que l'erreur sur la solvabilité ne peut être invoquée que par la caution. A partir de cet instant, il faut se demander si la solvabilité constitue une qualité prise en compte dans le contrat de cautionnement. En d'autres termes, il faut rechercher si la solvabilité est intégrée dans la considération de la personne, si elle se fond dans le moule de l'*intuitus personae*, si elle en constitue une déclinaison.

---

245 F. VALLEUR, *op. cit*., n° 90, p. 229 à 230.

246 P. CHAUVEL, « Cautionnement et réticence du banquier », *op. cit*., n° 4.

247 B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *op. cit*., n° 459 et s.

248 Il est, en effet, difficile d'imaginer le créancier demander la nullité du contrat pour erreur sur la solvabilité de la caution car elle peut à tout instant exiger la fourniture d'une autre caution au débiteur principal, ou remettre en cause le crédit consenti en se prévalant par exemple d'une déchéance du terme (en ce sens, PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 132). De plus, le créancier est un professionnel du crédit qui est présumé, pour ce faire, avoir toute l'expertise pour apprécier l'ensemble des risques liés à l'opération. L'insolvabilité de la caution constitue sans aucun doute un de ces risques. Même après la conclusion du contrat, rien n'interdit le créancier d'avoir un regard sur la situation patrimoniale de la caution sans pour autant que cela ne dégénère en immixtion. La prudence, la prévoyance et l'anticipation liées au crédit ne semblent pas s'opposer à cette idée. On ne pourrait donc comprendre, après coup, que le créancier puisse se prévaloir d'une erreur sur la solvabilité de la caution en vue d'obtenir la nullité du contrat.

67. – Evolution de la jurisprudence. Depuis la fin du XIXème siècle, la jurisprudence, en dépit de quelques hésitations, refuse d'admettre la nullité du contrat pour erreur sur la solvabilité du cocontractant. Ainsi, en 1874, la Cour de cassation refusa de prendre en compte l'état d'insolvabilité avérée d'un débiteur pour admettre la nullité du contrat[249]. Cette position fut rapidement suivie par les juridictions du fond[250], en dépit de la résistance manifestée par certaines d'entre elles qui eurent retenu la solvabilité comme élément déterminant du consentement[251]. La Cour de cassation elle-même, la première chambre civile spécialement, a quelquefois pris en compte l'insolvabilité du débiteur pour admettre la nullité du cautionnement[252]. Mais globalement, depuis trois décennies, la Cour de cassation martèle invariablement que l'erreur sur la solvabilité du débiteur ne peut entraîner la nullité du cautionnement, à moins que la solvabilité du débiteur ait été la condition de leur engagement[253]. Pour la Cour de cassation, il faut que la caution ait érigé la solvabilité du débiteur en condition expresse de son engagement pour que l'insolvabilité du débiteur emporte nullité de l'engagement de la caution[254]. Cette position laisse l'interprète perplexe. La diversité des commentaires suscités en doctrine en témoigne.

68. – Appréciations diverses de la doctrine. Certains auteurs ont proposé de distinguer la considération de la solvabilité de la considération de la personne proprement dite. Dans ce sens, seule cette dernière, à l'exclusion de la considération de la solvabilité, devrait

---

249 Civ. 05 août 1874, *DP*. 1875, I, 105.

250 V. par exemple T. civ. seine, 3 août 1897, *D.P*. 1898. 2. 51.

251 T. com. Marseille, 06 mars 1923, *Journ. Jurisp. Com et Marit*. 1924, I, 415. Dans ce jugement, les juges ont affirmé que l'ignorance dans laquelle a été tenu un client de la modification grave de la solvabilité de son cocontractant a eue comme résultat de vicier son consentement en l'entachant d'une erreur portant sur un élément substantiel de l'objet des accords et entraînait par voie de conséquence leur annulation, « *la solvabilité du garant étant l'unique raison d'être de la clause de garantie* ». Il s'agissait en l'espèce d'un contrat de commande.

252 Cass. 1ère civ., 1er mars 1972 : *Bull. civ*. I, n° 70 ; *JCP. G* 1972, IV, 96 ; *D*. 1973, p. 733, note PH. MALAURIE ; *Défrénois* 1974, art. 30491, p. 47. V. aussi Cass. 1ère civ., 12 décembre 1972, *D*. 1973, I.R., p. 29 ; *Gaz. Pal*. 1973, 1, *somm*. p. 50. – Cass. com., 7 mai 1975, *Bull. civ. IV*, n°125.

253 Cass. 1ère civ., 25 octobre 1977 : *Bull. civ. I*, n° 388 ; *JCP. G.* 1977, IV, 306 ; *D*. 1978, I.R., p.74. – Cass. com., 02 mars 1982 : *Bull. civ. IV*, n° 79 ; *JCP. G*. 1982, IV, 177 ; *D*. 1983, I.R., p. 190, obs. M. VASSEUR ; *Banque* 1983, p. 917, obs. M. MARTIN. - Cass. 1ère civ., 19 mars 1985 : *Bull. civ. I,* n°98 ; *JCP. G*. 1986, II, 20659, et *N* 1987, II, 302, note BOUTEILLER. – Cass. com., 11 février 1986 : *Bull. civ. IV*, n° 22 ; *JCP. G*. 1986, IV, 108 ; *D*. 1987, *somm*. p. 446, obs. L. AYNES. – Cass. com., 11 janvier 1994 : *Bull. civ. IV*, n° 15. - Cass. 1ère civ., 16 mai 1995, *Juris-data* n° 004493 ; *RJDA* 1995 – 10, n°1076 ; *JCP. G*. 1996, II, 22736, note F.-X. LUCAS.

254 Cass. 1ère civ., 19 mars 1985 : *Bull. civ. I*, n° 98 : « *la caution personnelle ne peut être déliée de son obligation contractuelle de payer le somme réclamée pour erreur sur la solvabilité du débiteur principal au jour de son engagement, que si elle démontre qu'elle avait fait de cette circonstance la condition de cet engagement* ».

entraîner la nullité du contrat[255]. D'autres ont soutenu la non prise en compte de la solvabilité du cocontractant, estimant que l'existence de l'*intuitus personae* était liée, non pas à la considération de l'insolvabilité, mais aux qualités autres de la personne du cocontractant[256]. Le Doyen SIMLER se demande, pour sa part, comment la caution peut ériger en condition de son engagement la solvabilité du débiteur sans que cette condition ne sème le doute dans l'esprit du créancier, au risque de faire avorter l'opération[257]. Et de poursuivre : « *Si c'est la preuve d'une condition tacite qui est attendue, il faut tout de même observer que cette preuve n'est autre chose que celle du caractère déterminant de l'erreur commise : l'erreur est précisément déterminante lorsque le fait erroné a été, dans l'esprit de la victime de l'erreur, une condition déterminante de son engagement. N'est-il pas évident que, sauf circonstances particulières, la caution ne se serait pas obligée si elle avait su que le débiteur était insolvable*[258] ? »

69. – Lueur d'espoir ? Pourtant, une évolution notable peut être relevée depuis quelque temps et ce, à un double niveau. En premier lieu, la Cour de cassation semble assouplir sa position sur l'exigence pour la caution d'ériger la solvabilité du débiteur principal en condition de son engagement. Elle admet désormais que cette condition puisse être simplement tacite, laissant aux juges du fond la souveraine appréciation de cette condition[259]. Ce faisant, elle semble admettre par une autre voie que la solvabilité du débiteur principal puisse constituer un élément déterminant de l'engagement de la caution. Il n'est donc pas exclu que les plaideurs s'appuient dorénavant sur l'existence de cette condition tacite pour obtenir la nullité du cautionnement, plutôt que s'appuyer sur l'erreur de l'article 1110.

En second lieu, la chambre commerciale de la Cour de cassation semble admettre l'annulation du contrat de cautionnement sur le fondement de l'article 1110. al. 2 C. civ. Telle est la solution qui ressort d'un arrêt très remarqué de cette chambre qui a admis expressément qu'une erreur sur les qualités substantielles du débiteur principal pouvait

---

255 En ce sens, P. VOIRIN, note sous Lyon, 16 mai 1928, *D*. 1928, II, 197.
256 *Ibid.*
257 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n°138, p. 148.
258 *Ibid*.
259 Cass. com., 1er octobre 2002 : *Juris-Data* n° 2002-015708 ; *JCP. G*. 2002, *IV*, 2835, et 2003, *I*, 124, n° 3, obs. PH. SIMLER ; *RJDA* 2/2003, n° 187.

justifier l'annulation du contrat de cautionnement[260]. Certes, l'erreur ne portait pas, en l'espèce, sur la solvabilité mais plutôt sur une interdiction de gérer frappant le débiteur principal. Toutefois, rien n'exclut que la solvabilité puisse un jour être incluse dans les qualités substantielles. La rédaction de l'arrêt autorise d'ailleurs une telle interprétation[261]. Faut-il aussi rappeler qu'un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation a refusé à une banque le droit d'invoquer une clause du contrat de cautionnement stipulant la renonciation de la caution à faire de la solvabilité du débiteur principal la condition de son engagement afin d'échapper à la nullité dudit cautionnement pour réticence dolosive[262] ?

70. – Solution. En réalité, il semble que la position de la jurisprudence sur la question de la solvabilité est l'inévitable conséquence de la position consistant à apprécier la solvabilité comme qualité déterminante – ou non – de l'engagement en omettant de l'envisager au regard du caractère *intuitu personae* du contrat et de l'opération dans sa globalité. Or, l'admission de la solvabilité comme élément déterminant de l'engagement suppose qu'elle soit incluse dans l'*intuitus personae* et qu'elle soit appréciée au regard de celui-ci et non comme élément isolé, autonome et en définitive détaché de la personne. Cette double condition ne peut être remplie qu'en envisageant la considération de la personne sous l'angle économique. Dans cette optique, il ne serait aucunement choquant de dire que dans la stricte rigueur économique, la personne est représentée par son patrimoine[263]. « *Le patrimoine, en un sens, c'est lui-même* », c'est-à-dire l'individu qui en est titulaire, rappelle le Doyen CARBONNIER[264]. En sens inverse, il pourrait être dit que le patrimoine reflète la valeur économique de la personne ou encore que le patrimoine est « *le reflet économique de la personne* »[265]. Personne et patrimoine se présentent donc comme les deux faces d'une pièce ou, plus précisément, les deux visages d'un même Janus. Ce faisant, aux yeux du

---

260 Cass. com., 19 novembre 2003 : *JCP.E* 2004, 39 ; D. *Aff*. 2004, *A.J.*, p. 60, obs. A. ROBARDET ; *Banque & Droit*, janv-fev 2004, p. 50, obs. N. ROTCHENVSKY ; *RD bancaire et financier*, mars-avril 2004, *comm*. 63, obs, D. LEGEAIS.

261 L'attendu principal de cet arrêt est ainsi rédigé : « C'est *sur le fondement de l'article 1110. al. 2 du C. civ. que la Cour d'appel a retenu l'existence d'une erreur commune aux parties lors de conclusion du contrat de cautionnement portant sur une qualité substantielle du débiteur principal, à savoir son interdiction d'exercer une activité commercial* […] ». Par la précision « *à savoir* », la Cour de cassation admet implicitement que d'autres cas sont possibles.

262 Cass. civ., 13 mai 2003 : *RJDA* 12/03, n° 12.

263 Rappelons que le patrimoine ou l'ensemble des biens (présents et à venir) et des obligations d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit, est, suivant la théorie d'AUBRY ET RAU, une émanation de la personnalité. *Sur le patrimoine, infra*, n° 411 et 412.

264 *Droit civil, Les biens - Les obligations, op. cit*., n° 666, p. 1519.

265 F. COHET-CORDEY « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD. com*. 1996, p. 818 et s., spéc. n° 15.

créancier, point de distinction entre la personne et son patrimoine ; ce qui lui importe, c'est la qualité d'exécution de l'obligation ainsi que la garantie de son exécution, et sa confiance se fonde objectivement sur la solvabilité du débiteur[266].

Or, par le cautionnement, le débiteur prend un engagement personnel, c'est-à-dire un engagement dont l'assiette est constituée par son patrimoine. L'évaluation, même sommaire, d'un patrimoine ne peut donc aboutir que sur un constat de solvabilité ou de déconfiture de son titulaire. Par conséquent, toute décision consécutive à cette évaluation serait indubitablement dictée par celle-ci. En clair, la personne sera considérée suivant son état de déconfiture ou de solvabilité, et de cette constatation seront évaluées les chances du paiement à échéance. A cet égard, il peut être utilement rappelé cette observation de DEMOGUE à propos de l'article 1110, al.2 du Code civil, il est vrai dans un autre domaine : « *Il ne faut pas voir dans les termes de l'article 1110, que l'erreur sur les qualités inséparables de l'individu, qui, réunis, constituent sa personnalité, mais non sur ces qualités extrinsèques : comme la fortune, les droits que l'on peut avoir*[267]. »

71. – Certes, il est difficile de concevoir qu'un dirigeant social, à la différence de son conjoint ou d'un associé de la société et plus généralement toute autre personne physique caution des dettes sociales, puisse se prévaloir de l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal, puisqu'il en est le représentant légal. Il pourrait à cet égard lui être opposé la maxime selon laquelle « *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* ». Pourtant, si l'on admet que son engagement est *intuitu personae*, il faut aussi pouvoir admettre cette possibilité. La résolution pratique de cette difficulté est, peut-être, de lui reconnaître la possibilité d'obtenir la nullité de son engagement pour dol du créancier, notamment lorsque ce dernier dispose d'assez d'informations sur la société débitrice. Telle ne semble pas être la position de la jurisprudence[268].

72. – En somme, il faut admettre que la solvabilité est bien intégrée dans la considération de la personne et qu'elle constitue une qualité déterminante de l'engagement à même

---

266 A. CHIREZ, *De la confiance en droit contractuel, op. cit*., p. 201.

267 R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD. civ.* 1905, p. 723 et s, spéc. p. 740 *in fine* et 741.

268 *Infra*, n° 270 à 274.

d'entraîner la nullité du contrat pour erreur sur la personne[269]. C'est là une conséquence bien drastique de *l'intuitus personae*. Cette rigueur ne tolère aucune inflexion lorsque sont envisagées les phases d'exécution et d'extinction du contrat.

§ 2. – L'INFLUENCE DE L'*INTUITUS PERSONAE* DANS L'EXECUTION ET L'EXTINCTION DU CAUTIONNEMENT[270]

73. – Division. Les mécanismes classiques du droit commun des contrats supportent d'importantes dérogations en raison de l'attache du lien juridique à la personne qu'entraîne l'*intuitus personae.* Ainsi, seule la caution doit, *en principe*, satisfaire à l'obligation du *débiteur considéré* envers *le créancier bénéficiaire* (**A**). De cette première conséquence, il est déduit que la vie de l'obligation est limitée à celle de la personne en considération de qui elle est née (**B**).

A. – LE PRINCIPE DE L'EXECUTION PERSONNELLE

74. – Le principe et son corollaire. Le principe de l'exécution personnelle signifie que seule la personne engagée dans le lien contractuel doit exécuter l'obligation en raison de l'attache à la personne (***1***). L'inévitable corollaire de l'exécution personnelle est l'incessibilité du lien *intuitu personae* (***2***).

---

269 Il toutefois reconnaître qu'admettre l'erreur sur la solvabilité dans le cas du cautionnement donné en garantie des dettes d'une personne physique semble difficile : lorsque par exemple un parent donne un cautionnement en garantie des dettes de fils, c'est bien en connaissance de sa situation financière précaire. *La solution à laquelle nous aboutissons marque une fois de plus le particularisme du cautionnement donné à une société.*

270 Ce paragraphe sera limité au rappel de l'effet de l'*intuitus personae* dans l'exécution et l'extinction du contrat et à l'énoncé des solutions envisageables par rapport au cautionnement. Les applications au sujet de cette étude seront envisagées dans la seconde partie.

1. – Signification du principe

75. – Exécution de l'obligation et attache à la personne. Exécuter une obligation, c'est s'en acquitter suivant les termes du contrat, de la loi ou conformément à l'injonction du juge. L'exécution n'est rien d'autre que la satisfaction de son créancier de telle sorte que l'obligation en soit éteinte et que le débiteur en soit conséquemment libéré. En dépit de la diversité des modes d'extinction des obligations[271], le paiement se présente comme le plus naturel d'entre eux[272]. Payer, c'est dénouer le lien de droit résultant d'une obligation ; c'est exécuter l'obligation, quelle qu'en soit la nature[273]. Ce qui importe, c'est l'extinction de l'obligation par suite de son exécution en faveur du débiteur et non la personne de l'exécutant[274]. L'introduction de l'*intuitus personae* dans le contrat tempère cependant ces propos. Dans ce sens, l'obligation ne peut être exécutée que par le débiteur en raison de l'attache de celle-ci à la personne : le paiement est attaché à la personne ; il ne peut être que son œuvre et émaner de sa volonté.

76. – Rôle de la volonté dans le paiement. Pourtant, le rôle de la volonté dans le paiement et, partant, la nature juridique de cette institution – acte banal au demeurant et combien fréquent – reste discutée en doctrine. Pour certains auteurs, le paiement est un fait juridique. A l'appui de cette thèse, il est avancé que si le paiement peut être obtenu par la coercition, c'est que la volonté n'y est pas déterminante. Dans ce sens, « [la volonté] *a pour seul effet de permettre la réalisation de l'acte translatif* »[275]. Le paiement n'est alors qu'un simple fait juridique traduit par l'exécution matérielle de l'obligation : sa fonction permanente est « *d'éteindre l'obligation ainsi exécutée* »[276].

---

[271] Art. 1234 C.civ.

[272] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit*., n° 1315.

[273] J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations, op. cit*., n° 1243, p. 2473.

[274] Lecture combinée des articles 1236 et 1239 C.civ.

[275] N. CATALA, *Thèse préc.,* n° 159.

[276] N. CATALA, *Thèse préc op.*, n°160, 162 et s. Dans le même sens, mais plus nuancé, J. J.- DUPEYROUX, *op. cit.,* p. 277 et s. Cet auteur distingue le paiement d'une obligation de faire (qui n'est pas un acte juridique) du paiement d'une obligation de *dare*, seule constitutive d'un acte juridique. En effet, c'est uniquement dans ce cas que la volonté paraît indispensable car il faut le détachement (voulu) du droit de son patrimoine pour le transmettre.

Pour d'autres auteurs, le paiement est un acte juridique par lequel le débiteur exécute une obligation et le créancier accepte cette exécution[277]. Le paiement se présente ici comme une convention et suppose donc à la fois un acte matériel d'exécution par le débiteur et l'accord des deux sur cette exécution[278]. Cette conception affirme le rôle de la volonté dans l'exécution de l'obligation contractuelle et semble s'accommoder à l'influence de l'*intuitus personae*. En effet, si la volonté est nécessaire à l'exécution du contrat, cette volonté ne peut être que celle de la personne en considération de laquelle le contrat a été conclu. Un parallèle peut ainsi être fait avec le principe du parallélisme des compétences et des formes – tant vanté en droit administratif – dans sa conception la plus poussée. Si le contrat est né de la volonté de deux (ou plusieurs) personnes, il n'est pas logique qu'une volonté étrangère à cette convention puisse s'y introduire dans la phase d'exécution[279].

77. – Explications. En réalité, si l'exécution est attachée à la personne, ce n'est pas tant parce que la volonté oblige. Que la volonté crée l'obligation (et pas exclusivement), nul ne le conteste ! Mais qu'elle doive aussi être présente dans la phase d'exécution et expliquer l'exécution personnelle, cela semble plus contestable. En effet, l'exécution personnelle s'explique, non pas par une présence nécessaire de la volonté lors de la formation et lors de l'extinction de l'obligation, mais par l'intégration de la personne dans l'obligation. En clair, l'obligation n'est pas considérée par elle-même, elle n'existe qu'avec la personne. C'est pourquoi « *l'obligation* intuitu personae *apparaît comme celle dont le contenu comporte un élément personnel* »[280]. Ainsi, à l'exécution par un tiers, il manquerait cet élément personnel. L'article 1243 du Code civil va dans ce sens[281]. Par conséquent, le

---

277 H., L & J. MAZEAUD, par F. CHABAS, *Tome II*, *op. cit*, n° 927. Sur la controverse et l'évolution jurisprudentielles, v. M. G. LOISEAU, « Réflexion sur la nature juridique du paiement », *JCP. G* 2006, *I, Doctr*., 171 et s.

278 J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations, op. cit*., n° 1243, p. 2473.

279 Une conception dualiste du paiement est aussi soutenue en doctrine. M. G. LOISEAU (« Réflexion sur la nature juridique du paiement », *op. cit*., n° 3 ; 4 et 6.) privilégie ainsi une analyse dualiste et distributive du paiement. Selon lui, la nature du paiement dépend de ce que l'obligation dont il emporte l'extinction par son exécution qu'il présente l'une ou l'autre de ces natures. Dans ce sens, le paiement est un acte juridique lorsque la satisfaction du créancier, à laquelle tend l'exécution de son obligation par le *solvens*, passe par une modification de la situation juridique existante des protagonistes, laquelle ne peut être que volontaire. En revanche, il prend la nature de fait juridique lorsque la satisfaction que le créancier en retire se suffit de la matérialité de l'accomplissement de la prestation ou celle du fait d'abstention, sans qu'il soit besoin de compter sur la volonté des parties pour qu'elles profitent, chacune, de ses effets.

280 M. CONTAMINE RAYNAUD, *op. cit*., n° 102, p. 140.

281 Selon cet article, « *le créancier ne peut être contraint de recevoir une autre chose que celle que celle qui lui est due, quoi que la valeur de la chose offerte soit égale ou même plus grande* ».

paiement effectué par un tiers serait nécessairement une exécution non-conforme à la prestation attendue. Les qualités du débiteur prises en considération dans l'obligation seraient absentes dans cette hypothèse. La jurisprudence a ainsi considéré que l'entraîneur d'un club de *basket-ball* qui s'était fait remplacer par un tiers le temps d'un déplacement avait commis une faute grave justifiant son licenciement[282].

78. – Application nuancée au cautionnement. Plus marquée du point de vue de la caution, la nécessité d'une exécution personnelle n'est pas moins présente sous l'angle du créancier. L'engagement de la caution intègre à la fois la personnalité du débiteur à qui il souhaite rendre service et celle du créancier dont l'expertise est prise en compte. De son côté, le créancier intègre non seulement l'identité de la caution, mais aussi sa solvabilité, son honorabilité etc. Toutefois, il faut convenir que la situation est plus souple pour le créancier car il lui est toujours loisible d'exiger en cours de contrat une autre caution présentant en tout point les mêmes qualités que la caution initiale. Ceci lui permet de se prémunir contre une exécution non-conforme de l'obligation attendue de la caution.

79. – De ce point de vue, l'exécution personnelle ne semble pas incompatible avec l'exécution par un tiers. Ce qui importe pour le créancier, c'est que le substituant présente les mêmes qualités que la caution initiale de sorte que le créancier se serait engagé si cette seconde caution lui était fournie dès la formation du contrat. La garantie que constitue pour lui l'exécution personnelle est ainsi sauve et la confiance demeure en dépit du changement de personne. Une interprétation *a contrario* de l'article 1237 du Code civil conforte cette idée[283]. Le contrat de mandat donne une parfaite application de ce mécanisme. En effet, le mandataire peut exécuter personnellement sa mission (c'est le but) ; il peut aussi la faire exécuter par un tiers, en cas d'impossibilité pour lui de le faire. Ce tiers est librement choisi par le mandataire sans que cela ne ruine la confiance que le mandant a placée en lui. Cette solution s'explique : si le mandataire a choisi tel mandant, c'est qu'il a eu confiance en lui et à ses choix. Ce faisant, la confiance que le mandant place en la personne du mandataire se prolonge dans son choix ; l'*intuitus personae* demeure par conséquent. C'est ce que Mme M. CONTAMINE RAYNAUD appelle « *l'*intuitus personae *au second degré* »[284].

---

[282] Cass. soc., 1er décembre 1966 : *Bull. civ. IV*, n° 920.

[283] Cet article interdit l'exécution de toute obligation de faire par un tiers contre le gré du créancier lorsqu'il a intérêt à ce qu'elle soit remplie par le débiteur lui-même.

[284] *Op. cit*., n° 34, p. 43.

En revanche, le schéma semble difficilement applicable à la caution, en raison de sa situation dans l'opération de cautionnement, dans l'ensemble obligationnel. En effet, du point de vue de la caution, le contrat ne demeure qu'en raison d'une réification de la personne du débiteur principal. C'est cette réification qui permet, comme dans tous les contrats *intuitu personae*, une réitération constante, pendant l'exécution, de la volonté contractuelle originaire. En fait, tout se passe comme si malgré l'échange des consentements formateur de la relation contractuel, le contrat n'est pas doté d'une force obligatoire autonome qui s'impose aux parties[285]. Aussi, la caution devrait-elle s'en trouver déliée, à défaut de céder son obligation.

2. – L'incessibilité du lien contractuel

80. – Incessibilité relative. Un rapport d'obligation est incessible lorsqu'il « *ne peut être l'objet d'aucune cession* »[286]. Or, la considération de la personne produit des effets directs sur la structure du contrat de cautionnement en affectant les qualités des personnes autour desquelles il se forme. Cependant, si l'incessibilité active s'applique bien au cautionnement (***a***), la solution ne va pas de soi s'agissant de l'incessibilité passive, en raison de la finalité même du cautionnement (***b***).

a) L'admission relative de l'incessibilité active

81. – Exposé de la règle. L'incessibilité active vise les obligations dont l'élément touche la personne du créancier. L'application de cette règle au contrat de cautionnement peut s'avérer pour le moins délicate si l'on s'arrête sur le terme créancier : de quel créancier s'agit-il ? La question peut paraître saugrenue, car il est bien connu que le créancier dans le cautionnement est la personne qui reçoit le paiement de la part de la caution, en exécution de l'engagement du débiteur principal défaillant. S'agissant de ce créancier, il semble que la question de l'incessibilité ne l'affecte pas. Deux raisons peuvent être avancées à l'appui de ce propos.

En premier lieu, la caution s'engage principalement en considération de la personne du débiteur principal à qui il entend rendre service. Certes, la considération du créancier

285 M. AZOULAI, *op.cit.*, n°5 ; F. VALLEUR, *op.cit.*, p. 318 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit.*, n° 270.
286 G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit., v° « Incessible »*.

n'est pas négligeable en raison de la nécessité d'une confiance réciproque entre les deux ; mais cette considération vient se superposer à celle du débiteur principal. Dans ce contexte, l'important – serait-on tenté de dire – est que le débiteur obtienne le crédit sollicité. En second lieu, le changement de créancier par suite d'une cession par le créancier initial de sa créance ne s'oppose pas au maintien de la caution. Il suffit pour cela que le créancier cessionnaire offre les mêmes garanties que le créancier cédant pour que la confiance nécessaire au maintien de l'engagement demeure : l'*intuitus personae* au second degré s'applique parfaitement[287] et la substitution de personne ne compromet aucun intérêt[288].

Néanmoins, l'opération contractuelle doit encore être considérée dans sa globalité et envisager que le débiteur principal soit le créancier de la caution[289]. Ce n'est que sous cet angle que l'on peut comprendre l'incessibilité du lien contractuel. Cette incessibilité se justifie par l'*intuitus personae* qui colore cette relation et qui se traduit par l'affection ou l'amitié de la caution à l'égard du débiteur principal[290]. La caution ne s'engage qu'en considération de telle personne précise, le débiteur principal en l'occurrence. Ce dernier ne peut par conséquent céder sa créance car cela entraînerait une disparition des relations affectives nécessaires à l'existence de l'obligation. Or, une telle disparition constituerait un changement d'obligation en raison de l'absence de fongibilité du cédant et du cessionnaire aux yeux de la caution. Il faut donc convenir que, « *l'obligation du débiteur cédé disparaît dès que disparaissent les relations affectives causales* »[291].

82. – Explications historiques. L'incessibilité active du lien *intuitu personae* s'explique. En droit romain, l'obligation était attachée à la personne. En cas d'inexécution par le débiteur, celui-ci était réduit en esclavage ou livré à la vindicte populaire. Cette attache de l'obligation à la personne était poussée à l'extrême, puisque le créancier disposait d'un quasi-droit de propriété sur le corps inanimé du débiteur. Dans d'autres hypothèses, c'était la moralité, voire les qualités personnelles du débiteur qui constituaient pour le créancier les seuls gages de l'exécution de sa créance. Il n'était pas étonnant dès lors que les obligations fussent incessibles, car admettre la cessibilité eût déjà été accepté le changement de l'obligation en elle-même. Le Code civil, en édictant la règle suivant

---

287 Sur ses applications, *infra*, n° 403 ; 525.
288 F. VALLEUR, *op. cit*., n° 89, p. 224.
289 *Supra*, n° 30.
290 *Supra*, n° 44 et s.
291 L. AYNES, *Thèse préc.*, n° 339, p. 335.

laquelle le patrimoine du débiteur constitue le gage général des créanciers[292], a remis en cause cette conception très personnelle de l'obligation et a consacré une approche patrimoniale et parfaitement compatible avec la cessibilité du lien contractuel.

Toutefois, si l'admission de la cession de créance[293] a sonné le glas de la conception personnelle de l'obligation, elle ne l'a pas enterrée pour autant. La doctrine distingue ainsi la cession de droit, toujours possible, de la cession de qualité de créancier, plus discutable[294]. L'explication de cette distinction doit, sans doute, être recherchée dans les conséquences de la cession de créance. Faut-il rappeler que toute cession de créance, en tant qu'elle substitue un créancier à un autre dans un rapport d'obligation, entraîne une modification du rapport de droit considéré. La jurisprudence est, semble-t-il, en ce sens. Elle a ainsi retenu que la cession, par une société à une autre, d'un contrat conclu avec une commune et portant sur la vente par cette dernière de minerai de bauxite était nulle, car il n'était pas prouvé que la personnalité de la société cédante fût indifférente dans l'engagement de la commune[295]. Une solution analogue a été retenue au sujet des contrats d'acteur[296]. Logiquement donc, si le créancier ne peut céder son lien, rien ne justifie que le débiteur puisse le céder de son côté. Telle ne semble cependant pas être la solution lorsque le cautionnement est donné à une société.

b) Le rejet de l'incessibilité passive

83. – Signification de l'incessibilité passive. Dans un contrat *intuitu personae*, l'obligation est, en principe, atteinte d'une incessibilité passive[297] : l'obligation ne peut être cédée par le débiteur, ce qui signifie en d'autres termes que la caution ne peut céder son engagement à un tiers. De ce point de vue, l'incessibilité passive s'apparente à

---

292 Art. 2093 C.civ.

293 Art. 1689 C.civ.

294 J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, *op. cit.,* n° 1230.

295 Cass. ch. civ., 12 mars 1964, *D*. 1964, p. 268.

296 T.G.I. Paris, 17 novembre 1967 : *D*. 1968, 407, note Lyon-Caen.- Cass. soc., 26 novembre 1970 : *Bull. soc*. 1970, n° 663, p. 538 ; *D*. 1971, *Somm*., p. 43. En l'espèce, il s'agissait d'un acteur (J.-P. Belmondo) qui s'était engagé envers un producteur en considération de la personne du metteur en scène chargé de la réalisation du film. Il s'est trouvé que le metteur en scène prévu a été changé peu après le début du tournage. L'acteur a donc refusé de poursuivre le tournage du film. Il est conforté par les juges qui estiment en substance que l'acteur d'un film qui s'engage en considération de la personne du metteur en scène n'est pas tenu de fournir ses prestations si le metteur en scène envisagé refuse son accord ou s'il est changé en cours de tournage.

297 L. AYNES, *Thèse préc*., n° 340 ; M. VERICEL, *op. cit*., p. 192.

l'incessibilité de dette, puisque dans les deux cas, le débiteur se décharge de sa dette sur autrui. Les deux mécanismes sont cependant distincts. Alors que l'incessibilité de la dette interdit la libération du débiteur par la transmission de sa dette à un tiers[298], l'incessibilité passive interdit l'exécution par un tiers de l'obligation en lieu et place du débiteur. L'explication en est que la personne du débiteur, aux yeux du créancier, est intégrée dans l'obligation. Par conséquent, l'exécution par un tiers serait une exécution non-conforme. Pourtant, bien que l'*intuitus personae* colore l'engagement du créancier par rapport au débiteur principal, il faut convenir que cette règle ne peut s'appliquer dans toute sa rigueur au cautionnement, pour peu que l'on songe à une caution en déconfiture en même temps que le débiteur principal ou à la suite de celui-ci.

84. – Admission de la cessibilité passive par l'*intuitus personae* au second degré. Aussi, faut-il admettre, en pratique, la cession par le débiteur de son engagement. L'*intuitus personae* au second degré autorise une telle cession. Il suffit pour cela que le cessionnaire présente, en tout point, les mêmes qualités et offre les mêmes garanties que la caution cédante. Cette cession par la caution de son engagement peut se faire grâce à la stipulation d'une clause dans le contrat lui permettant de se libérer de son engagement[299]. En effet, la conclusion d'un contrat *intuitu personae* ne fait pas obstacle à ce que les obligations du débiteur soient transférées à un tiers dès lors que l'autre partie y a consenti[300]. De plus, plusieurs figures contractuelles ou institutions pourraient permettre à la caution de faire exécuter son obligation par un tiers[301]. La finalité économique de l'opération devrait le permettre, comme d'autres infléchissements de l'*intuitus personae* dans l'extinction de l'obligation de la caution.

---

298 La règle s'explique par l'existence d'une confiance du créancier au débiteur lors de la formation du contrat au débiteur. En raison de cette confiance, il ne serait pas compréhensible qu'un tiers, inconnu du créancier et dont il n'est pas sûr qu'il aurait eu la même confiance du créancier, se substitue au débiteur originel. En ce sens, B. STARCK, H. ROLAND ET L. BOYER, *op. cit*., n° 1492.

299 *Infra*, n° 387 et s.

300 M.-E. ANDRE, « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *op. cit*., n° 27.

301 Ainsi en est-il du constitut (v. Art. 1237 C.civ. Sur cette technique, V. F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, L.G.D.J 1998, Tome 294, préf. PH. SIMLER ; H, L et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit*, n° 53-22, p.127 ; CH. MOULY et M. CABRILLAC, *op.cit*, n° 491, p. 494 et 495. Pour quelques applications jurisprudentielles : Paris, 03 mars 1995 : *RTD. civ*. 1995, p. 888 obs. MESTRE. - Cass.com 07 octobre 1997 : *Bull* n° 248, n° 95-15-165 ; *RD. bancaire et bourse* 1998, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *LPA* 1999, n° 162, obs. J. LOUP COURTIER.) ; de la délégation simple ou imparfaite, de la stipulation pour autrui et pourquoi pas une cession interne de dette (v. J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, *op. cit*., n° 1238).

B. – L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE LA CAUTION

85. – Deux causes d'extinction. Parce que la personne en considération de laquelle le contrat *intuitu personae* est formé en constitue l'âme, il est logique que les événements qui affectent cette personne se répercutent sur le lien contractuel. Quoi de plus logique, puisque l'*intuitus personae* affaiblit le lien contractuel. Ainsi, non seulement le contrat ne survit pas à l'effacement de l'un des contractants, mais il ne résiste pas davantage à la remise en cause du lien *intuitu personae*.

86. – Le décès du contractant. La disparition du lien *intuitu personae* par suite du décès de l'un des contractants s'explique par l'attache du lien contractuel à la personne et par l'intégration de cette dernière dans l'objet de l'obligation. En effet, la proximité de la personne avec l'obligation implique un destin commun. Puisque l'obligation ne peut être exécutée que par le débiteur personnellement, il est normal qu'elle s'éteigne avec le décès de ce dernier. L'article 1122 du Code civil ne dit pas autre chose. Suivant ce texte, « *on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause* […] ». En pratique, le décès de la caution entraîne l'extinction de son obligation, tout comme celui du débiteur principal devrait entraîner sa libération, puisque sa personne est intégrée dans l'obligation du point de vue de la caution[302].

Toutefois, outre la stipulation pour ses héritiers et ayants cause, l'article 1122 C.civ. précité envisage la continuation par les tiers en cas de stipulation expresse et lorsque la nature de la convention l'impose. Par conséquent, en cas de décès de la caution, ses héritiers, parce qu'ils continuent sa personnalité, restent tenus de son engagement[303] et toute attache à la personne ne disparaît pas pour autant. En effet, les héritiers ne restent tenus que d'une obligation de règlement et non une obligation de couverture, laquelle disparaît avec le décès de la caution[304]. La même solution devrait prévaloir en cas de disparition de la société débitrice principale[305]. En revanche, la perte d'une qualité de la caution devrait entraîner sa libération totale.

---

[302] *Supra*, n° 53 et s.
[303] *Infra*, n° 413.
[304] *Infra*, n° 437 et s.
[305] *Infra*, n° 536 et s.

87. – La remise en cause du lien *intuitu personae.* La remise en cause du lien *intuitu personae* par suite de la perte d'une qualité entraîne, en principe, la libération du débiteur. La considération de la personne suppose, en effet, le maintien de la bonne intelligence entre les parties (caution et débiteur principal pour ce qui est du cautionnement). Cette bonne intelligence explique en partie la réitération constante de la volonté pendant l'exécution du contrat. Or, pour des raisons diverses, cette bonne intelligence peut disparaître en cours de contrat ; ce qui rendrait impossible le maintien de l'engagement. C'est ainsi qu'une mésintelligence manifeste entre les conjoints (ou associés) entraîne la dissolution du lien conjugal (ou du contrat de société)[306]. Cette logique doit conduire à la libération de la caution en cas de survenance d'un événement qui rend matériellement et moralement difficile l'exécution de son obligation. Pourquoi décider qu'un conjoint qui s'était engagé comme caution des dettes de la société de son ex-conjoint reste engagé alors qu'ils sont divorcés ? Pourquoi de même décider que le dirigeant qui s'était engagé comme caution des dettes sociales reste engagé alors qu'il a été démis de ses fonctions ? La même question se pose pour l'associé qui a cédé ses parts ou qui a été exclu de la société.

Dans toutes ces hypothèses, le rapport personnel lié à la confiance et surtout à l'affection nécessaire au maintien de la caution a disparu. De plus, la survenance de ces diverses situations rend moralement impossible l'exécution de l'obligation[307]. Il faut donc convenir avec MOULY que « *la considération de la personne permet l'extinction de la relation juridique à la suite de toute transformation importante l'affectant* »[308].

---

306 Plusieurs dispositions du Code civil prennent en compte modification des circonstances pour admettre la dissolution du lien contractuel. Ainsi en est-il de l'article 2003 du Code civil pour le contrat de mandat en cas d'incapacité de l'un des contractants ; ou de l'article 1860 du même Code en cas de déconfiture d'une société ; ou encore de l'article L.221-16 du Code de commerce en cas d'interdiction d'exercer une profession commerciale frappant un membre d'une société en non collectif. La liste n'est pas exhaustive tant les exemples sont nombreux dans la vie professionnelle comme la radiation d'un avocat ou d'un médecin de son ordre.

307 *Infra*, n° 341 et s.

308 CH. MOULY, *op. cit.*, n° 298, p. 397.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

88. – Ce chapitre a permis de montrer que le cautionnement donné à une société est un contrat *intuitu personae* et cet *intuitus personae* est, en définitive, double : pris dans la relation caution-débiteur, c'est un *intuitus personae* d'affection ; envisagé dans la relation caution-créancier, c'est un *intuitus personae* de garantie ou de confiance. De par la nature tripartite de la relation contractuelle qu'il innerve, cet *intuitus personae* se traduit différemment selon le lien considéré et suivant la partie considérée ; mais en tous les cas, il opère toujours dans les deux sens de la relation. L'*intuitus personae*, dans le cautionnement donné à une société, est d'autant plus relatif que les éléments personnels pris en considération par le contractant ne sont pas toujours identiques d'une partie à une autre. Cette conclusion à laquelle sont arrivés tous les auteurs classiques s'impose d'elle-même[309]. Mme M. CONTAMINE-RAYNAUD exprime cette intensité variable en écrivant que l'*intuitus personae* est « *comme ces poissons qui, glissants, fuyants, échappent à la main qui croit s'en emparer* »[310].

89. – Une des conséquences de ce caractère *intuitu personae* est d'influencer largement la formation du cautionnement donné à une société en tempérant la vigueur attachée à l'offre de contracter. En effet, dans le mécanisme de la formation du cautionnement, les parties se réservent toujours un droit de repentir, en fonction des qualités attendues ou souhaitées de l'une ou des autres personnes engagées dans l'opération. Ces qualités intègrent naturellement, du point de vue de la caution, la solvabilité du débiteur principal, puisque celle-ci est intégrée dans la considération de la personne et qu'elle constitue une qualité déterminante de l'engagement à même d'entraîner la nullité du contrat pour erreur sur la personne. Aussi, faut-il apprécier la solvabilité du débiteur non pas isolément, mais comme le prolongement de la considération de la personne du débiteur ou encore sa traduction économique. Ce caractère *intuitu personae* du cautionnement donné à une société a aussi pour effet de lier la personne à l'obligation qu'elle souscrit et ne tolère, en principe, pas l'exécution par un tiers de l'obligation souscrite dans la mesure où la personne est intégrée

---

309 *Contra*, L. AYNES, *thèse préc.*, n° 342, p. 235.
310 M. CONTAMINE RAYNAUD, *op. cit.*, n° 271, p. 399.

dans l'obligation et que cette obligation n'est pas considérée par elle-même, mais n'existe qu'avec la personne.

90. – De ce point de vue, l'influence de l'*intuitus personae* peut heurter la finalité de l'opération de cautionnement en ce que la force obligatoire du contrat se trouve tempérée[311]. Cela explique, sans doute, les réticences à l'affirmation du caractère *intuitu personae* du cautionnement. Pourtant, admettre le caractère *intuitus personae* du cautionnement donné à une société ne ruine nullement la finalité de cette opération, pour peu qu'une approche fonctionnelle, dynamique de l'*intuitus personae* soit retenue, et moins une approche conceptuelle et statique. Car, l'admission définitive du caractère *intuitu personae* du cautionnement donné à une société, loin de fragiliser cette garantie, la conforte bien au contraire. En effet, grâce à l'existence d'un *intuitus personae* au second degré et à l'intensité variable de cet *intuitus personae* dans les liens considérés (caution – débiteur ou caution créancier), il est possible au créancier de voir sa garantie maintenue au cas où l'*intuitus personae* existant dans la relation caution débiteur venait à se distendre ou à disparaître. Cela n'est pas négligeable au regard de l'importance des engagements couverts.

[311] M. DUBERTRET (« L'*intuitus personae* dans les fusions », *Rev. sociétés* 2006, p. 721 et s., n° 65) y a vu une source d'insécurité pour les partie et la raison d'un certain embarras pour l'analyste.

CHAPITRE 2

L'ETENDUE VARIABLE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

91. – Plan. Étudier l'étendue du cautionnement, c'est envisager son importance[312], c'est cerner la réalité et la portée de l'obligation de la caution : quelle (s) dette (s) garantit la caution ? Pour quel montant ? Pendant combien de temps ? L'intérêt de ces questions réside dans leur « *grande importance et grande imprécision* »[313], alors que, dans le même temps, leurs implications pratiques sont considérables[314]. Autant reconnaître d'emblée que la détermination de l'étendue du cautionnement constitue l'un de ses points névralgiques[315]. Plus généralement, l'engagement de la caution peut être d'une étendue doublement variable. D'une part, la dette garantie par la caution peut être protéiforme ; il en résulte conséquemment une fluctuation de la somme due par la caution : la variabilité du cautionnement est ici matérielle (**Section 1**). D'autre part, l'engagement de la caution n'est pas toujours défini dans le temps, ce qui peut influencer considérablement la somme devant être payée par la caution *in fine* : la variabilité de la dette de la caution sera ici temporelle (**Section 2**).

---

312 D. COM, *L'étendue du cautionnement*, P.U.A.M. - 1999, Préf. J. MESTRE, *passim.*

313 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 178.

314 Il suffit, pour s'en convaincre, d'envisager la diversité des situations pouvant donner naissance à un cautionnement au profit d'une société, sans oublier que la dette garantie peut croître, car évolutive. Si l'on ajoute à ces situations des problèmes qui naissent du cours normal de la vie d'une personne, caution et sociétés créancière ou débitrice, la complexité de ces questions se fait plus nette.

315 En ce sens, PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 262.

SECTION 1

L'ETENDUE MATERIELLE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

92. – Division. *A priori,* l'étude de l'étendue matérielle de l'engagement de la caution ne recèle aucune difficulté, puisqu'elle pourrait se ramener à la mesure des sommes dues par la caution. Il suffirait donc de connaître le montant dû par le débiteur principal, c'est-à-dire sa dette, pour connaître la somme due par la caution. La réalité est cependant plus complexe et cette facilité apparente est rapidement oubliée pour peu que l'on songe à déterminer la dette du débiteur principal en elle-même. En effet, la diversité des engagements qu'une société peut contracter conduit à se demander si le cautionnement épouse nécessairement la forme de l'engagement garanti. En clair, lorsque le montant de l'engagement garanti est illimité, le cautionnement de cet engagement l'est-il aussi nécessairement ? En sens inverse, la détermination du montant garanti implique-t-elle inéluctablement celle du cautionnement ? Ou encore toute dette déterminée est-elle limitée en montant ? La réponse à ces questions exige que soit préalablement exposée la typologie des dettes garanties (**§1**). Il sera par la suite aisé d'envisager l'étude du cautionnement limité en montant (**§2**) et enfin l'examen du cautionnement illimité en montant (**§3**).

§ 1. – LA TYPOLOGIE DES DETTES GARANTIES

93. – Subdivision. Deux types de dettes sont susceptibles d'être garanties par un cautionnement. Ce sont d'une part des dettes déjà nées, existantes au moment de l'engagement de la caution. Ces dettes dites déterminées sont aussi qualifiées de dettes présentes. D'autre part, une seconde catégorie visant des dettes non encore nées peut être garantie par un cautionnement. Ces dernières désignées dettes indéterminées sont aussi qualifiées dettes futures. Simple en apparence, cette présentation se complique singulièrement lorsque sont envisagés certains contrats (**A**). Cette difficulté met en évidence un autre problème lié à la détermination de la naissance de la dette de la caution (**B**).

A. – LES DEUX CATEGORIES DE DETTES GARANTIES

94. – Méthode et critères utilisés. Pour étudier les deux catégories de dettes garanties, il convient, non pas de les exposer respectivement, mais plutôt de les appréhender à travers leur distinction. Deux critères peuvent ainsi être utilisés selon que l'on envisage les dettes déterminées ou indéterminées ou, au contraire, que la distinction se fait entre les dettes présentes des dettes futures. Dans le premier cas, le critère utilisé sera l'objet de l'obligation principale ; tandis que dans le second cas sera utilisé le moment de la naissance de la dette. Dans les deux cas le résultat est le même et les deux approches présentent une même limite. Aussi, l'exposé de la distinction de ces deux catégories de dettes à travers les deux critères ci-dessus exposés (***1***) sera-t-il suivi par l'examen des limites de cette distinction (***2***).

1. – La distinction des deux catégories de dettes

95. – Le critère de l'objet du rapport principal. La démarche consistant à distinguer les dettes déterminées des dettes indéterminées conduit à retenir qu'une dette garantie est déterminée chaque fois qu'elle est clairement identifiée. Il peut s'agir d'un prêt, d'une dette envers tel fournisseur ou d'une dette fiscale. La pluralité des dettes ne change rien à leur caractère déterminé ; il suffit simplement qu'elles soient connues[316], identifiées comme telles. En revanche, on sera face à une indétermination de la dette – et plus souvent des dettes (garanties) – chaque fois que la caution s'engagera à couvrir des dettes non encore spécialement connues du débiteur. Il s'agira aussi bien des dettes qui découleraient d'un certain type d'opérations[317], que de l'ensemble des dettes futures de la société[318]. La pratique bancaire distingue ces deux types de dettes par l'usage des formules différentes dans les divers actes de cautionnement notamment[319].

Cette distinction *repose au fond sur le caractère déterminé ou déterminable de l'objet de l'obligation principale*. En ce sens, la dette est déterminée ou indéterminée selon

---

316 P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, *op. cit*., n° 93.
317 *Ibid*., n° 96 et 97.
318 D. DANET, « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD. com*. 1994, p. 174 et s.
319 P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise op. cit*., n° 92.

que l'objet de l'obligation principale est lui-même déterminé ou simplement déterminable. Ainsi, les sommes dues à l'administration fiscale au titre de l'impôt non recouvré constituent une dette déterminée ; tandis que constituent des dettes indéterminées celles qui naîtront par exemple de l'activité de la société ou de ses engagements futurs. Dans ce dernier cas, il est notable que l'objet de l'obligation principale n'est pas déterminé, mais simplement déterminable à partir de l'activité de l'entreprise. L'usage du critère fondé sur la naissance de la dette garantie ne change pas fondamentalement cette distinction.

96. – Le critère du moment de l'apparition de la dette. Le critère du moment de l'apparition de la dette permet de distinguer les dettes présentes d'avec les dettes futures. Dans ce sens, constitue une dette présente le prêt dont le nombre d'annuités de remboursement est limité[320]. Ici, la dette du débiteur principal est bien née, puisque les fonds lui ont été remis et son obligation est de les rembourser. En cela, dette présente et dette déterminée se recoupent. Comme le relève MOULY, « *la dette est présente parce que son étendue est déterminée* »[321] ; le débiteur sait qu'il doit rembourser telle somme. Cette définition des dettes présentes en dettes déjà nées reçoit maintes applications en jurisprudence, directement[322] ou indirectement[323].

Quant aux dettes futures, ce sont des dettes qui ne sont pas encore nées ou qui ne sont pas encore déterminées en montant, par opposition aux dettes présentes. Constituent ainsi des dettes futures, le solde débiteur d'un compte courant, et plus généralement des dettes devant naître d'un (ou plusieurs) contrat(s) projeté(s) ou non encore exécuté(s)[324]. Dans ce sens, les dettes futures semblent correspondre aux dettes indéterminées. Dans les deux cas, en effet, le montant de la somme garantie n'est pas déterminé, à la différence des dettes déterminées ou présentes.

---

320 S. PRIGENT, « Contrat de cautionnement : date de naissance de la dette de la caution », *LPA* 2006, n° 126, p. 4, n° 21.

321 *Les causes d'extinction du cautionnement*, n° 252. Dans le même sens, PH. MOZAS, *La notion de dette en droit privé*, Thèse dactyl. Bordeaux IV 1996, n° 104.

322 Cass. 3ème civ., 4 avril 1973 : *Bull. civ. III*, n° 258. En l'espèce, il s'agissait d'un cautionnement de dettes déjà nées en raison de la défaillance avérée du débiteur principal. Les juges du fond qui avaient considéré que la caution était devenue débitrice dès son engagement sont approuvés par les juges du droit.

323 Cass. com., 29 juin 1982 : *D*. 1983, *Jurispr*., p. 360, note CH. MOULY.- Cass. 1ère civ, 16 décembre 1986, *Bull. civ*. I, n° 299 ; *Défrénois* 1987, *Article* 33933, n° 30, note G. CHAMPENOIS.

324 En ce sens, S. PRIGENT, *op. cit*., n° 25.

2. – Les limites de la distinction

97. – L'incertitude liée à certains contrats. Pourtant, la présentation des dettes garanties à travers ces deux critères de distinction ne suffit pas à lever toute ambiguïté. Aussi bien le critère de l'objet de l'obligation garantie que celui du moment de la naissance de la dette, tous deux présentent des limites s'agissant de certains contrats. Ainsi, le critère de l'objet de l'obligation ne lève pas l'équivoque sur la distinction des dettes déterminées des dettes indéterminées et il ne saurait être retenu que la détermination de l'objet de l'obligation principale implique toujours celle de la dette[325]. Si dans le cas d'un prêt de somme d'argent ou de dette fiscale on peut dire que la dette est déterminée en raison du fait que le montant dû par le débiteur principal est déterminé, il est moins sûr que la situation soit exactement identique dans le bail. En effet, au moment de la signature de ce contrat, le preneur n'est encore débiteur d'aucune somme ; pèse sur lui uniquement l'obligation de s'acquitter de son loyer à chaque échéance. Dès lors, la dette ne saurait se confondre avec l'objet de l'obligation.

Pour s'en convaincre, il n'est qu'à envisager un exemple : Un contrat de bail portant sur un immeuble est signé entre une société et une SCI ; le loyer trimestriel est fixé à dix milles euros (10.000 €) et une caution – en la personne du dirigeant social – est fournie lors de la signature de ce contrat. Peut-on dire que la dette garantie par la caution est déterminée ? La réponse à cette question ne saurait être affirmative, puisque seul l'objet de l'obligation principale garantie est connu : le paiement du loyer trimestriel. C'est à ce paiement que la caution serait, le cas échéant, tenue. *Il ne peut par conséquent être retenu que le cautionnement d'un contrat de bail est un cautionnement d'une dette déterminée, puisqu'au moment où s'engage la caution, les mensualités au cours desquelles le preneur à bail serait défaillant sont, par hypothèses, inconnues*.

Toute autre hypothèse est le cas d'un contrat de prêt portant sur une somme d'argent. Ainsi : une banque accorde un crédit de cinq cent milles euros (500.000 €) à une société. Ce prêt garanti par une caution, un associé de la société emprunteuse, est remboursable en cinq annuités. La dette garantie par la caution est-elle déterminée ? La

[325] Tout au plus, la détermination de l'objet de l'obligation principale peut-elle être concomitante à celle de la dette. Ainsi en va-t-il en cas de dette d'un contrat de vente avec paiement différé garanti par une caution. L'objet de l'obligation principal est déterminé dès la conclusion du contrat (pour le débiteur – ici acheteur – c'est le paiement du prix) ; mais parce qu'il est convenu dès ce même instant de différer le paiement, la dette de la caution se détermine concomitamment.

réponse est assurément affirmative. En effet, la somme devant être remboursée par le débiteur est déterminée dès la signature du contrat. Cette somme correspond au montant du prêt. Ici, l'obligation de l'emprunteur (le remboursement du prêt) est déjà chiffrée et toute défaillance du débiteur dès cet instant oblige la caution. Dès la signature du contrat donc, la caution sait ce qu'elle devra rembourser éventuellement[326].

98. – Au vrai, la difficulté posée par le contrat de bail peut s'expliquer par le fait que le montant du loyer soit fixé au jour de la signature du contrat ; tout se passe alors comme si ce montant était déjà dû[327]. La même difficulté se pose en termes identiques lorsqu'est utilisé le critère du moment de l'apparition de la dette[328]. Le moins que l'on puisse dire est que la dette du preneur à bail, à défaut d'être future, ne saurait être présente[329] comme cela est affirmé[330].

99. – Explications. Deux explications – l'une inhérente à la définition de la dette, l'autre tenant à la nature de certains contrats – peuvent être avancées pour comprendre la difficulté suscitée par le contrat de bail. L'explication liée à la définition de la dette découle de l'assimilation de la notion de dette à celle d'obligation[331]. Cette assimilation ne permet pas de mettre en lumière la démarcation conceptuelle existant entre l'obligation et la dette qui,

---

326 Cette idée se trouve accréditée par l'article L. 314-9 C. cons. relatif au prêt viager hypothécaire qui vise « *la dette de l'emprunteur* ».

327 Théoriquement d'ailleurs, le loyer est dû dès la conclusion du contrat en vertu du principe du consensualisme. En ce sens, CH. MOULY, note sous Cass. com., 29 juin 1982 : *D*. 1983, *Jurispr*., p. 360.

328 Il n'est qu'à reprendre les exemples du bail et du prêt ou plus généralement le cas des dettes échues pour constater que les situations ne sont pas identiques. Dans le prêt, le débiteur a reçu la somme et doit la rembourser ; la dette garantie par la caution est donc bien une dette présente. Par contre, dans le bail, on ne saurait dire que le preneur est tenu de payer un loyer au jour de la signature du bail alors qu'il n'a encore aucune jouissance des lieux.

329 Cette approche qui appréhende la naissance de la dette sur le fondement de la contre-prestation est combattue en doctrine et il lui est reproché de confondre naissance et exigibilité de la créance (V. par exemple, S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », in *LPA* 2004, *n° spécial*, p.25 et s., n° 23 *in fine*). Il peut simplement être objecté que c'est la nature du contrat qui dicte l'ordre des prestations. Il serait ainsi, impensable de dire qu'un emprunteur doit rembourser une somme d'argent alors qu'il n'est pas encore en possession des fonds sollicités. La remise des fonds précède le remboursement tout comme la jouissance devrait précéder le paiement dans le bail.

330 S. PRIGENT, *op. cit*., n° 25.

331 L'obligation (selon la conception moniste) est un lien de droit en vertu duquel un créancier peut exiger du débiteur une prestation déterminée ; elle implique, pour ce faire, une contrainte juridique. Ce lien assujettit le débiteur au pouvoir direct du créancier et n'existe que parce que le devoir du débiteur existe. La dette est alors classiquement définie comme « *un devoir de prestation assorti d'une contrainte* ». A coté de cette définition existe l'approche dualiste de l'obligation qui permet de mettre en exergue ses deux composantes, à savoir *l'engagement* (*Haftung*) et *la prestation attendue du débiteur donc la dette* (*Schlud*). Cette dernière conception de l'obligation n'est pas retenue, en raison notamment de sa complexité et de son abstraction. V. PH. MOZAS, *Thèse préc.,* n° 3 à 6 ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit., v° dette*.

il faut en convenir, n'est pas aisée à établir. Toutefois, les implications pratiques d'une telle distinction peuvent être considérables. La dette renvoie plus couramment à une somme d'argent ; elle est la traduction monétaire et passive de l'obligation – ce que traduit parfaitement l'expression « droit de créance » – ou encore de son exécution défectueuse matérialisée par la fixation de dommages et intérêts[332]. La dette est indissociable de l'idée de « *charge économique* » de la prestation attendue du débiteur ; c'est cette idée qui fonde le caractère patrimonial de la dette[333].

100. – Quant à l'explication liée à la nature de certains contrats, elle conduit à se demander si les dettes ne doivent pas être appréhendées selon le type de contrat considéré. En clair, il faut se demander si le caractère successif du contrat de bail n'est pas la source de cette difficulté et admettre, dans l'affirmative, que la dette est présente ou déterminée chaque fois que le contrat est instantané ou lorsqu'il s'agit d'une dette échue ; et qu'elle est future ou indéterminée dans le cas d'un contrat successif. L'intérêt de la question est indiscutable. En effet, le cautionnement donné à une société emprunte la forme du contrat garanti, plus spécialement de (ou des) l'obligation(s) cautionnée(s)[334]. Dans cette logique, la dette de la caution serait une dette présente lorsque le contrat principal est un contrat instantané ou lorsque les dettes garanties sont échues. En revanche, cette dette serait future dans le cas du cautionnement des engagements indéterminés, ce qui est généralement le cas des contrats successifs. Ce raisonnement s'infère de la distinction des contrats instantanés d'avec les contrats successifs.

101. – Distinction des contrats successifs des contrats instantanés. La distinction des contrats instantanés d'avec les contrats successifs repose sur le facteur du temps dans l'exécution des obligations[335]. Le contrat instantané ou à exécution instantanée est un contrat qui crée des obligations qui s'exécutent en un trait de temps, d'où le qualificatif « instantané ». Tel est le cas du contrat de vente au comptant. Est, en revanche, qualifié de successif ou à exécution successive, le contrat qui crée des obligations dont l'exécution s'étale dans le temps. Les obligations des parties supposent ici l'écoulement d'une durée

---

332 Art. 1136, 1142, 1149 C. civ.

333 En ce sens, PH. MOZAS, *Thèse préc.,* n° 127, p. 116 ; n° 132 à 136.

334 Le solde d'un compte courant est ainsi qualifié de cautionnement à exécution successive *infra*….

335 J. GHESTIN, *Traité de doit civil, La formation du contrat, op. cit*., n° 30 ; H. ROLAND, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », *in Mélanges P. VOIRIN*, L.G.D.J. 1967, p. 737 et s.

appréciable, voulue ou subie par les contractants ; l'exécution est fractionnée ou échelonnée dans l'espace de temps qui peut être limité ou illimité[336]. Le louage d'ouvrage en constitue l'archétype.

102. – Facteur de complication. Simple en apparence, cette distinction s'avère pourtant des plus floues[337] et il est permis de douter que la dette de la caution soit toujours une dette présente dans un contrat instantané. Ainsi, lorsque l'exécution d'un contrat instantané est rejetée vers l'avenir par la stipulation d'un terme ou d'une condition, il n'est pas sûr que la dette de la caution soit toujours une dette présente. Il est certes vrai que le temps dans une telle hypothèse n'a pour fonction que de différer l'exigibilité et n'affecte nullement le caractère instantané du contrat[338]. Mais il semble que cet étalement de la prestation dans le temps influence amplement la naissance de la dette de la caution lui conférant de fait un caractère futur. Ce point de vue ne peut être conforté qu'en envisageant la question de la date de naissance de la dette la caution.

B. – LA DATE DE NAISSANCE DE LA DETTE DE LA CAUTION

103. – Subdivision. Afin de mieux analyser la question de la date de naissance de la caution (***2***), il serait très éclairant d'exposer préalablement et succinctement les différentes solutions relatives à la très délicate question de la date de naissance des créances contractuelles en général (***1***).

1. – Rappel des solutions générales en matière contractuelle

104. – Les deux thèses en présence. La question de la date de naissance des dettes n'est abordée qu'indirectement à la faveur de l'étude de la date de naissance des créances[339],

---

336 G. BRIERE DE L'ISLE, « De la notion de contrat successif », *D*. 1957, *Chron*., p. 153-157, spéc. p. 153.

337 M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *LPA* 2004, *n° spécial*, p. 41 et s., spéc. n° 2 & 3 ; G. BRIERE DE L'ISLE, *op. cit*., p. 154.

338 CH. MOULY, *Thèse préc*., n° 252.

339 E. PUTMAN, *La formation des créances*, Thèse dactyl., Université d'Aix-Marseille, 1987 ; G. ENDREO, « Fait générateur de créances et échange économique », *RTD. com*. 1984, p. 223 et s. ; « La date de

lesquelles constituent le versant opposé des dettes[340]. En toute logique donc, créance et dette naissent au même instant, simultanément selon que la question est envisagée du côté actif ou passif. Par conséquent, s'interroger sur la date de naissance de l'un de ces éléments du patrimoine équivaut à déterminer le moment où l'autre naît. Or, si ce raisonnement peut se vérifier s'agissant d'un contrat instantané, il s'avère plus ardu lorsque le contrat est à exécution successive. De fait, la question de la date de naissance des créances se présente comme une difficulté inexpliquée[341] et l'on peine à s'y retrouver[342]. Aussi deux thèses, l'une volontariste et l'autre matérialiste, sont-elles avancées pour justifier la naissance de la dette lors de la formation du contrat ou après celle-ci.

105. – La thèse volontariste et les difficultés suscitées par certains contrats. Selon la thèse volontariste, le contrat est par définition créateur d'obligations ; c'est donc bien du contrat que naissent les créances et les dettes[343] et ce, dès la conclusion du contrat[344]. Cette thèse repose au fond sur l'autonomie de la volonté – et l'une de ses conséquences, le consensualisme – qui irrigue le droit français des obligations. L'accord des volontés forme instantanément le contrat et ce dernier porte en lui-même une force obligatoire immédiate à l'égard des parties. La rencontre des volontés suffit par conséquent à donner naissance aux créance et dette, et point n'est besoin d'une exécution préalable de la prestation attendue[345]. Le législateur a consacré cette idée dans le Code Monétaire et Financier s'agissant de la cession de créances professionnelles[346].

---

naissance des créances », Colloque Centre de droit des affaires et gestion, Faculté de droit de Paris V, in *LPA* 2004, *n° spécial*. ; J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Thèse Paris 1955. Voir néanmoins s'agissant spécifiquement de la dette, S. PRIGENT, « Contrat de cautionnement : date de naissance de la dette de la caution », *op. cit*.

340 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., *v° « Dette » ; « Créance »*.

341 G. ENDREO, *op. cit*., n° 1.

342 E. PUTMAN, « La date de naissance des créances », Colloque préc. : « *Rapport introductif* », n° 2.

343 E. PUTMAN, *La formation des créances, op. cit*., n° 26 et s., p. 31 & s. ; n° 171, p. 186 ; n° 216 et s., p. 233 et s.

344 J. MESTRE, « De la date de naissance des obligations contractuelles », *Chron. in RTD. civ*. 1987, p. 748, n° 5 ; E. PUTMAN, *La formation des créances, op. cit.*

345 J. MESTRE, « De la date de naissance des obligations contractueles », *op. cit.*

346 Article L. 313-27, al. 1 C. mon. fin. (rédaction issue de la *Loi du 1er août 2003 en son article 67)* : « *La cession ou le nantissement prend effet entre les parties et devient opposable aux tiers à la date apposée sur le bordereau lors de sa remise, quelle que soit la date de naissance, d'échéance ou d'exigibilité des créances, sans qu'il soit besoin d'autre formalité, et ce quelle que soit la loi applicable aux créances et la loi du pays de résidence des débiteurs*. »

Vérifiable lorsqu'il s'agit d'un contrat instantané[347], la thèse volontariste suscite plus de difficultés lorsqu'elle est appliquée à un contrat successif et c'est peu dire que « *l'acte juridique doit recevoir sa force du fait* »[348]. Comment admettre, en effet, que la dette du preneur à bail naît au jour de la conclusion du contrat alors qu'il n'a encore aucune jouissance des lieux ? Certes, il est déduit à partir de la cause de la prestation[349] que la créance de l'une des parties naît dès que son cocontractant a promis son obligation – autrement dit dès la conclusion du contrat –, mais que cette créance ne devient exigible que lorsque l'autre a fourni sa prestation, c'est-à-dire au stade de l'exécution du contrat[350].

Certes aussi, un sort différent est réservé aux contrats successifs selon qu'ils sont à durée déterminée ou à durée indéterminée[351]. Mais globalement, la thèse volontariste est loin de faire l'unanimité et toute recherche dans ce sens s'apparente à une « quête proustienne ». Le moins que l'on puisse dire est que la thèse volontariste ne rend pas compte de toutes les situations[352]. C'est pourquoi, à la naissance instantanée des créances et des dettes, il est opposé la thèse matérialiste qui envisage leur naissance successive.

106. – La thèse matérialiste. Suivant cette seconde thèse, les créances et les dettes dans un contrat successif naissent au fur et à mesure de l'écoulement du temps, suivant l'exécution des obligations respectives. Ainsi, dans les contrats successifs tels les baux, les créances et les dettes naissent successivement aux dates convenues pour le paiement ; chaque dette du preneur correspond à une période de jouissance et la signature du contrat ne donne

---

347 La créance ne peut naître ici qu'à un seul moment, la formation du contrat, qui est aussi le moment de l'exécution : formation et exécution sont alors instantanées et toute hésitation sur la naissance de la créance ou de la dette lors la formation du contrat disparaît.

348 R. VATINET, « La date de naissance des créances en droit du travail », in *LPA* 2004, *n° spécial*, p. 19 et s., n° 1.

349 Sur cette notion, H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, n° 11 à 14.

350 E. PUTMAN, « *Rapport introductif* » *préc.*, n° 15 *in fine* et n° 23.

351 Lorsque la durée du contrat successif est indéterminée, celui-ci est résiliable à tout moment en vertu de la prohibition des engagements perpétuels. En revanche, lorsque la durée est déterminée limitée, toute résiliation avant terme entraîne le paiement de l'ensemble des sommes à échoir jusqu'au terme initial. Ce faisant, les loyers postérieurs à la résiliation – théoriquement exclus du paiement – seraient dus. La justification avancée est que dans ce dernier cas il existe une créance unique, déterminée au jour du contrat ; ou à tout le moins que l'ensemble des créances est né au jour de la conclusion du contrat et que seule l'exigibilité en a été suspendue à chaque échéance.

352 Ainsi, se demande Mme. M. BEHAR-TOUCHAIS (« La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *op. cit.*, n° 20, note 37), « *comment pourrait-on concevoir que toutes les obligations nées d'un contrat à durée indéterminée naissent au jour de la conclusion du contrat, alors qu'on ne sait pas combien de temps durera le contrat puisque l'on peut y mettre fin par la volonté ?* »

naissance qu'à des obligations en germe[353]. Dans ce sens, il importe peu que la durée du contrat soit déterminée ou indéterminée, car il n'y a pas de créance unique dont seule l'exigibilité serait suspendue, mais une succession de créances dont chacune naît avec l'accomplissement de la prestation corrélative[354]. La créance de loyers naît ainsi de la jouissance de lieux et cette jouissance fait naître la dette de loyers pour le locataire[355].

107. – Les auteurs qui soutiennent cette thèse ne s'accordent toutefois pas sur le fondement de cette analyse. Ainsi, alors que M. G. ENDREO fonde son analyse sur la théorie de la cause[356], M. P. ANCEL soutient, pour sa part, que c'est la force obligatoire du contrat et la naissance des obligations qui s'y attachent – autrement dit « *la norme contractuelle* » – qui constituent le fondement de cette analyse[357].

108. – Applications. Consacrée par le législateur en droit des procédures collectives[358], c'est aussi dans ce domaine que cette thèse reçoit de multiples applications, s'agissant aussi bien du contrat de bail[359], de travail[360] ou de crédit-bail[361]. Mais, il a également été affirmé en d'autres domaines que seule la prestation donnait naissance à une créance[362].

---

353 P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ*. 1999, p. 771 et s., spéc. n° 41, p.798 à 799 ; G. ENDREO, *op. cit* ; J.-M. VERDIER, *op. cit*., n° 382-384.

354 P. ANCEL, *art. préc*., p. 799 ; G. ENDREO, *op. cit*., n° 5.

355 En ce sens, G. ENDREO, *op. cit*., p. 231. *Contra*, E. PUTMAN (*op. cit*, n° 187) qui estime qu'une telle position témoigne d'un manque de confiance dans le mécanisme du contrat. Dans le même sens, PH. MOZAS (*op. cit.,* n° 114) selon qui l'appellation même de contrat à exécution successive suppose que seule l'exécution est échelonnée.

356 *Op. cit*., pp. 225, 226, 228, 232 et 242.

357 *Op. cit*., p. 800.

358 L'article L. 622-13 C. com., en énonçant que l'administrateur met fin aux contrats successifs « *s'il lui apparaît qu'il ne disposera pas des fonds nécessaires pour remplir les obligations du terme suivant* », consacre la thèse matérialiste. C'est donc la prestation qui fait naître la créance. Cette solution est expliquée par l'objectif de redressement de l'entreprise que visent les procédures collectives ; lequel objectif impose la continuation de l'activité de l'entreprise. C'est pourquoi les créanciers dont l'exécution des contrats se poursuit après la cessation des paiements doivent être rassurés en étant immédiatement payés. V. C. SAINT-ALARY- HOUIN, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », in *LPA* 2004, *n° spécial*, p.11 & s ; F. Baron, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD. com*. 2001, p.1 et s.

359 Cass. com., 2 avril 1996 : *Bull. civ. IV*, n° 108. - Cass. com., 27 octobre 1998 : *Bull. civ. IV*, n°263; *D. Aff*. 1999, *jurispr*., p.33, note A. LIENHARD.

360 Cass. com., 19 mars 1999 : *D*. 1999, p. 386, note, J. HONORAT.

361 Cass. com., 28 mai 2002 : *RJDA* 10/02, n°1052, p. 891.

362 Cass. com., 22 octobre 1996 : *Bull. civ. IV*, n°260. En l'espèce, il était demandé à la Cour de cassation si une personne qui avait commandé un nombre déterminé de voyages pour un prix forfaitaire et n'en avait demandé que les 10%, sans réclamer les 90% restant devait tout de même le prix de ces derniers. La réponse de la Cour de cassation est sans équivoque : un prix, même forfaitaire, n'est dû qu'en cas d'exécution de la convention

109. – La solution admise en matière de cautionnement. Dans ce contexte, l'analyse des solutions en matière de cautionnement conduit à dire que la thèse volontariste y est pleinement consacrée. Cela ressort aussi bien de la loi que de la jurisprudence. Ainsi, la Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la Loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, en son article 22-1 issu de l'article 23 de la Loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat, prévoit que la résiliation d'un cautionnement à durée indéterminée garantissant un bail à durée déterminée prend effet au terme du bail en cours. Ce texte prévoit donc que la résiliation par la caution de son engagement ne la dispense pas du paiement éventuel des loyers postérieurement à la résiliation. Cette solution avait été retenue peu avant par la chambre commerciale de la Cour de cassation[363]. C'est donc bien à la date de la conclusion du contrat que naît la dette de la caution.

110. – Cette solution est approuvée par la doctrine. Certains auteurs ont ainsi expressément rejeté la thèse matérialiste[364]. Dès lors, en décidant que la dette de la caution naît lors de la formation du contrat – ce qui expliquerait, entre autres, que la caution soit tenue au paiement des loyers dans un contrat à durée déterminée pourtant résilié –, l'idée d'un cautionnement de dette présente est accréditée et la jurisprudence applique au cautionnement les solutions du droit commun des contrats. Or, une autre analyse fondée sur le particularisme de ce contrat peut être menée. Cette analyse peut permettre de comprendre que la dette de la caution ne naît pas lors de la formation du contrat et que les dettes garanties par la caution, hormis le cas des cautionnements des dettes échues ou issues de contrats instantanés, sont nécessairement des dettes futures.

2. – L'analyse spéciale de la date de naissance de la dette de la caution

111. – Position du problème. La solution qui retient la date de la formation du contrat comme date de naissance de la dette de la caution repose au fond sur la règle de l'accessoire qui postule une identité de régime entre le cautionnement et l'obligation

---

363 Cass. com., 11 mai 1993, *JCP. E* 1993. *II*, 503, note PH. DELEBECQUE. Cet arrêt affirme en effet que « *la caution qui s'est engagée à garantir sans détermination d'objet ni de durée les obligations contractées ou qui viendraient à l'être du débiteur envers le créancier, doit la garantie de toute les obligations à durée déterminée convenues antérieurement à la résiliation unilatérale du cautionnement quand bien même l'exécution de ces obligations se poursuivrait en vertu des stipulations contractuelles, après la date de cette résiliation* ».

364 CH. MOULY, note préc., n° 5.

principale garantie. Cette idée se trouve clairement exprimée chez M. E. PUTMAN qui, justifiant l'obligation des héritiers d'une caution décédée d'être tenus au paiement des dettes garanties – lesquelles dettes étaient affectées d'un terme suspensif –, écrit : « […] *le cautionnement, accessoire de l'obligation principale, est " synchronisé " sur celle-ci* [365]. » Or, les travaux de cet auteur – qui tendent à démontrer que les créances et les dettes naissent au jour de la conclusion du contrat – reposent sur la notion d'obligation définie comme le « *rapport de droit qui permet d'exiger d'autrui une prestation* »[366] . L'obligation ainsi définie revêt deux caractères qui lui sont inséparables : ce sont les caractères exigible et exécutoire[367].

Justement, c'est en partant de cette définition qu'il devient difficile de suivre la thèse volontariste appliquée au cautionnement : en effet, est-il soutenable dans une stricte logique juridique que l'engagement de la caution comporte au moment de la formation du cautionnement les caractères exigible et exécutoire ? Une réponse négative paraît s'imposer. En effet, une créance est dite exigible lorsqu'elle permet au créancier de forcer le débiteur au paiement de manière discrétionnaire et immédiate[368]. Or, telle n'est pas la position du créancier à l'égard de la caution dès la formation du cautionnement. S'il en est ainsi, c'est que cet engagement, à défaut d'être conditionnel (***a***), est un engagement éventuel[369] (***b***).

a) La thèse de l'engagement conditionnel

112. – L'engagement de la caution comme une obligation conditionnelle. L'obligation conditionnelle est une obligation dont la naissance est subordonnée à la survenance d'un événement futur et incertain[370]. La condition est ici suspensive, puisque c'est l'avènement de l'obligation qui est suspendue jusqu'à la réalisation de l'événement futur et incertain qui constitue la condition[371]. Le parallèle avec l'engagement de la caution est évident :

---

[365] *La formation des créances*, *op. cit*., n° 433, p. 499 *in fine*.
[366] *Op. cit*., n° 7, p. 9.
[367] *Ibid*.
[368] J.-CH. BOULAY, « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », *RTD. com*. 1990, p. 339 et s., spéc. n° 70 et s.
[369] Aux qualificatifs « conditionnel » ou « éventuel », certains ont préféré celui de « *potentiel* » pour marquer l'incertitude commune caractéristique des obligations ainsi qualifiées. V. PH. MOZAS, *op. cit*., n° 99 et s.
[370] C. civ., art. 1168.
[371] F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1221.

l'existence de l'engagement de la caution dépend de la condition qui est en l'espèce la défaillance du débiteur principal. C'est cette défaillance qui constitue la réalisation de la condition et qui rend effectif l'engagement de la caution.

113. – Cette approche du cautionnement est retenue par le droit comptable. Suivant l'analyse comptable, les sûretés personnelles ne créent « *qu'un risque de risque, une éventualité de risque, mais pas un risque né* »[372]. Dans ce sens, les sûretés sont des droits et obligations dont les effets sur le montant ou la composition du patrimoine sont subordonnés à la réalisation de conditions ou d'opérations ultérieures. Ces conditions ou opérations ultérieures ne sont autres que la défaillance du débiteur principal, s'agissant du cautionnement ; ou, à tout le moins, l'exigibilité de la dette principale garantie. Ce ne sera que lorsque le débiteur principal sera dans l'incapacité de faire face à ses obligations que la dette de la caution naîtra[373]. Dès lors, l'inscription d'un cautionnement en comptabilité en vue de son apparition au bilan n'est utile que comme élément d'appréciation de la situation de l'entreprise[374].

Au demeurant, la société créancière bénéficiaire du cautionnement ne peut davantage l'inscrire à l'actif de son bilan tant que la défaillance de la société débitrice n'est pas avérée, puisque la comptabilisation des créances sous condition suspensive n'est pas admise[375]. Ceci explique la nature d'engagement hors bilan du cautionnement[376]. Par conséquent, aussi longtemps que le débiteur ne serait pas défaillant, la dette de la caution reste une dette purement conditionnelle[377]. Cette idée se trouve, du reste, exprimée dans les travaux de M. E. PUTMAN lorsqu'il écrit, à propos de la créance sous condition suspensive

---

372 P. GARNIER, *Comptabilité commerciale, comptabilité générale*, éd. Dunod, 1959, n° 303 et s.

373 En ce sens, PH. MOZAS, *Thèse préc.*, n° 143 et s.

374 P. GARNIER, *op. cit.,* n° 303 et 308. Sur la comptabilisation du cautionnement et des engagements éventuels, V. J. ANTOINE, *Lexique thématique de la comptabilité – Dictionnaire spécialisé explicatif*, 8ème éd. de Boeck – 2008, p. 357 et 358.

375 CH. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO, D. NECHELIS, *Droit comptable*, 3ème éd. Dalloz, 2004, n° 6.

376 M. J. ANTOINE (*Lexique thématique de la comptabilité, op. cit.,* p. 136) définit l'engagement hors bilan comme « *un engagement conditionnel qui se transformera éventuellement en dette réelle lors de la réalisation de la condition suspensive* ». Le « hors bilan » se présente alors sous la forme d'une annexe qui permet de compléter la lecture du bilan lui-même ou d'étayer certains de ses points. Sur l'annexe d'un bilan, *Cf* : CH. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO, D. NECHELIS, *op. cit*., n° 413.

377 S. TORCK ne dit pas autre chose : « *Lorsque les parties subordonnent la formation de leurs obligations à un évènement futur et incertain, elles retardent par la même de celle-ci à la naissance de la condition.* […] *En effet, le contrat qu'elles ont conclu donne lieu,* pendante conditione*, à une créance en germe auquel le droit s'attache de faire produire certains effets en permettant notamment à l'un deux de prendre des mesures conservatoires qu'il estime utiles* […]. *On ne saurait donc méconnaître que* […] *seule la réunion de la volonté et de la survenance de la condition déclenche la naissance de la créance* », *in* « La date de naissance des créances en droit civil », *LPA* 2004, *n° spécial*, p. 25 et s, n° 11.

– exemple d'une vente –, que : « *Certes la promesse synallagmatique de vente vaut vente puisqu'elle comporte l'accord sur la chose et sur le prix. Il n'empêche que bien que l'acte générateur soit conclu, l'obligation de transférer la propriété et celle de payer l'intégralité du prix ne sont pas " nées " à proprement parler, la réalisation des conditions suspensives constituant un second élément générateur, nécessaire à la réalisation effective de la vente*[378]. »

114. – Appréciation nuancée de la doctrine. Si la thèse de l'obligation conditionnelle a reçu un écho favorable dans une certaine doctrine et dans la pratique bancaire[379], elle ne rencontre cependant pas l'assentiment d'une partie de la doctrine. En 1895 déjà, L. GUILLOUARD écrivait qu'il ne fallait pas voir dans l'article 2011 qui prévoit que la caution exécute son obligation « si le débiteur n'y satisfait pas lui-même » une reconnaissance de la nature conditionnelle de l'engagement de la caution. « *La caution,* notait-il*, est immédiatement obligée, purement et simplement, et, le créancier peut la poursuivre à l'échéance, sans faire constater au préalable l'insolvabilité du débiteur. Tout ce que signifient ces expressions de l'article 2011 c'est que la caution poursuivie par le créancier peut exiger que celui-ci discute préalablement les biens du débiteur principal*[380]. »

Cette réfutation ne s'est pas émoussée avec le temps[381]. Aujourd'hui encore, des auteurs soutiennent que qualifier l'engagement de la caution de conditionnel revient à confondre engagement conditionnel et engagement accessoire et la formule « *si le débiteur n'y satisfait pas lui-même* » de l'article 2288 du Code civil ne souligne rien d'autre que le caractère subsidiaire de l'engagement de la caution et le bénéfice de discussion dont jouit la caution en cas de cautionnement simple en atteste[382]. Dans ce sens, la défaillance du débiteur principal ou l'exigibilité de sa dette ne sauraient être des conditions affectant le cautionnement[383]. Pour preuve, le créancier peut réclamer le paiement de sa créance sans même s'être intéressé à la santé financière du débiteur principal[384].

---

378 *La formation des créances*, *op. cit*., n° 14 *in fine*, p. 15 et 16. C'est nous qui soulignons.
379 S. PRIGENT, *op. cit*., n° 11 (note 21).
380 *Op. cit*., n° 25, *in fine*, p. 132 et 133.
381 V. cependant F.-X. TESTU, « Le cautionnement libéralité », *JCP. N* 1988, *Doctr*. p. 307, spéc. n° 32 et s.
382 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 61.
383 S. PRIGENT, *op. cit*., n° 12.
384 *Ibid*.

115. – Limites des critiques doctrinales. Pourtant, non seulement discuter préalablement les biens du débiteur revient déjà à une condition – certes différente de la défaillance, mais condition tout de même – ; mais en plus, il semble que l'engagement de la caution, tout en étant accessoire, peut aussi être un engagement conditionnel. Et, à bien y réfléchir, les caractères « accessoire » et « conditionnel » ne sont pas exclusifs l'un de l'autre, loin s'en faut : ces caractères portent en commun l'idée de hiérarchie, voire de chronologie. C'est sans doute en partant de cette idée de hiérarchie que la qualification conditionnelle de l'engagement de la caution est repoussée au profit de son caractère subsidiaire[385]. « *La subsidiarité implique une hiérarchie à respecter ; elle impose au créancier un certain ordre à suivre dans les poursuites en présence d'obligés*[386]. » Le subsidiaire est ce qui vient en second, à titre de garantie ou de suppléance, pour le cas où ce qui est principal venait à faire défaut[387]. L'article 2288 du Code civil ne prévoit-il pas que la caution n'est obligée que « *si* » le débiteur se trouve défaillant ? Cette énonciation n'érige-t-elle pas la défaillance du débiteur principal en une condition de la mise en œuvre de l'engagement de la caution ? Que la caution soit appelée avant la défaillance du débiteur ne change rien à la nature conditionnelle de son engagement, puisque ce cas correspond à une fâcheuse traduction du cautionnement solidaire[388], cautionnement en principe dérogatoire par rapport au cautionnement simple[389].

---

385 Sur cette notion, V. J. RAYNARD, « A propos de la subsidiarité en droit privé », in *Mélanges CH. MOULY*, Tome 1, éd. Litec 1998, p. 131 et s.

386 D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, Thèse Université d'Aix, PU d'Aix-Marseille 2001, préf. D. LEGEAIS, n° 4.

387 J. RAYNARD, « A propos de la subsidiarité en droit privé », *op. cit*., n° 1.

388 J. MESTRE, « Réflexion sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », *Mélanges Raynaud*, Dalloz-Sirey 1985, p. 439-474, spéc. n° 45.

389 La stipulation de la solidarité dans le cautionnement ne tend d'ailleurs pas à mettre la caution au même plan que le débiteur principal et l'égalité prétendue n'est pas atteinte totalement. Au mieux, la solidarité modifie simplement certains effets du cautionnement sans en changer la nature (en ce sens, M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *Droit des sûretés*, 8ème éd. Litec, n° 374 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ, *Les sûretés – La publicité foncière*, 2ème éd. Sirey, 1987, n° 572).

Selon GUILLOUARD (*op. cit*. n° 24, p. 28), « *le cautionnement est par essence un contrat accessoire, par lequel la caution s'engage à payer la dette d'un autre si celui-ci ne paie pas. La caution qui s'engage solidairement ne cesse pas d'être caution, elle le proclame par la forme même de l'engagement qu'elle contracte, et la solidarité qu'elle stipule n'est qu'une manière d'être, une modalité de son cautionnement, qui lui fera perdre le bénéfice de discussion et de division, mais lui conservera tous les autres avantages attachés à sa situation de débitrice accessoire* ». Dans ce sens, la caution solidaire, comme la simple caution, peut invoquer les exceptions inhérentes à la dette, car si la solidarité fournit au créancier des facilités de recouvrement de la dette, elle n'a pas pour finalité d'en changer la nature (*ibid.* n° 231). Seule cette analyse permet de garder la spécificité du cautionnement, car admettre une égalité parfaite entre la caution et le débiteur principal et partant que la caution soit appelée indépendamment de la situation du débiteur principal ne permet plus de distinguer la caution du garant autonome, plus automatique.

116. – Quant au caractère accessoire du cautionnement qui se déduit de plusieurs dispositions du Code civil[390], sa difficulté « *vient de ce que les questions de savoir ce qu'est, au fond, le caractère accessoire et ce qui, finalement se cache derrière ce mot sont généralement laissées sous silence* »[391]. Le caractère accessoire du cautionnement signifie une identité de régime entre l'obligation principale garantie et l'engagement de la caution[392] ; c'est « *cette qualité qui place l'obligation de la caution dans la dépendance unilatérale à l'égard de la créance dont elle garantit la satisfaction* »[393]. Ce caractère ne peut se départir de l'antériorité de l'appel du débiteur principal sur celui de la caution. La règle de l'accessoire ne saurait se concevoir autrement. « *Dans principal,* écrit M. G. GOUBEAUX*, il y a* princeps*, premier. On peut y voir le signe d'une prépondérance* […]*, il peut aussi être question d'une antériorité dans le temps, le principal précédant chronologiquement l'accessoire*[394]. » Et de préciser que « *l'accessoire,* accedere, *signifie " s'ajouter à " et " s'approcher ", l'accessoire étant donc une chose qui s'ajoute à une autre. Le terme évoque alors une perspective dynamique. A l'idée d'un lien entre principal et accessoire, s'ajoute celle de la hiérarchie : l'accessoire suit le principal* »[395]. Ainsi, du caractère accessoire du cautionnement – en ce sens que l'obligation de la caution est adjointe à l'obligation principale –, il ne peut être omis que le débiteur (principal) est appelé avant que la caution ne soit sollicitée, ce qui se distingue du caractère conditionnel qui est, quant à lui, relatif au « fait générateur » du recours, la défaillance du débiteur principal. Il n'y a donc pas de confusion entre « engagement conditionnel » et « engagement accessoire ».

117. – Cependant, l'analyse de l'engagement de la caution – et donc de sa dette – en un engagement conditionnel ne semble pas satisfaisante au regard des effets de la condition. L'accomplissement de la condition a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été

---

390 Ainsi : l'article 2289, al. 1 du Code civil conditionne l'existence du cautionnement à la validité de l'obligation principale ; l'article 2290 du même Code limite l'engagement de la caution à ce qui est dû par le débiteur principal ; l'article 2313, al. 1 du même texte permet à la caution d'opposer au créancier toutes les exceptions appartenant au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette. V. D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, thèse Université d'Aix, PU d'Aix-Marseille 2001, préf. D. Legeais.

391 F. JACOB, *Thèse préc*., n° 53.

392 D. LEGEAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. & patr*. 2001, p. 68 à 75.

393 D. GRIMAUD, *Thèse préc*., n° 4.

394 G. GOUBEAUX, *Thèse préc*., n° 18, p. 34.

395 *Ibid.*, p. 34 et 35.

contracté[396]. La traduction de cet effet est que la dette de la caution naît rétroactivement au jour de la formation du contrat et qu'elle existe à l'état latent[397]. Or, c'est justement cette idée qui n'est pas satisfaisante et qu'il convient de repousser. Aussi, la thèse de l'engagement de la caution comme une obligation éventuelle peut-elle être soutenue.

b) La thèse de l'obligation éventuelle

118. – Définition de l'obligation éventuelle. Pour définir l'obligation éventuelle, il peut utilement être repris la définition avancée par DEMOGUE. Selon cet auteur, un engagement éventuel est un engagement véritable d'une nature spéciale : « *L'élément prépondérant du droit existe, mais l'existence véritable du droit dépend d'un évènement futur et incertain qui le tient en suspens jusqu'à ce que l'évènement arrive*[398]. » *A priori*, cette définition rapproche le droit éventuel du droit conditionnel. Il n'en est pourtant rien au fond. En effet, dans la condition l'évènement est un fait extrinsèque, artificiellement rattaché au contrat par un lien factice[399]. Au contraire, l'éventualité est liée au contrat ; plus précisément, l'évènement qui constitue l'éventualité peut être un élément essentiel de l'acte juridique. Cet évènement nécessaire à l'acte, précise DEMOGUE, n'existe pas encore, mais l'acte demeure valable car le consentement existe[400].

Prolongeant cette idée, M. J.- M. VERDIER a pu démontrer que le droit éventuel était un droit à l'acquisition d'un droit futur[401], c'est-à-dire un droit actuel et futur ou « *un droit qui est sans être, tout en étant* »[402]. Dans cette logique, le droit ne naît qu'au jour de la survenance de l'éventualité. La traduction au cautionnement conduit à soutenir que la dette de la caution naît au jour de la survenance de la défaillance du débiteur principal[403].

---

396 F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations, op. cit*., n° 1231.

397 *Rappr*. E. PUTMAN, *Thèse préc*., n° 335, p. 369.

398 R. DEMOGUE, « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD. Civ.* 1905, p. 723 et s., spéc. p. 725.

399 *Ibid.* Dans le même sens, E. PUTMAN, *op. cit*., n° 333, p. 368.

400 « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *op. cit.*, p. 729. Dans le même sens, M. TORCK, *op. cit.,* p. 28, note, 24.

401 J.-M. VERDIER, *op. cit.*, n° 146-148 ; 361.

402 J.-M. VERDIER, *op. cit.*, n° 165.

403 Citons encore Demogue : « […] *il est certains actes juridiques qui exigent pour leur existence telle ou telle condition spéciale, laquelle ne peut se réaliser qu'après et ainsi, l'acte juridique bien qu'étant fait dès un certain moment, ne pourra, à raison de sa nature même produire ses effets plus tard […] ainsi en va-t-il du cautionnement* ». *Art. préc*., p. 790. – *Contra*, S. PRIGENT, *op. cit*., n° 16.

119. – Réception de la thèse en jurisprudence. Cette thèse reçoit quelques applications en jurisprudence. La chambre commerciale de la Cour de cassation a ainsi pu écarter la nullité des engagements d'aval et de caution alors même que ces engagements ne respectaient pas la réglementation du contrôle de change, aux motifs que « *leurs effets n'étaient qu'éventuels* »[404] . De manière plus éclatante encore, il a été jugé que l'engagement contracté par la caution, fût-il solidaire, reste un engagement éventuel tant que la caution n'a pas acquitté la dette[405] ; ou, à tout le moins, que son engagement n'a pas été mis en jeu[406]. L'administration fiscale prend également en compte cette nature éventuelle du cautionnement, lorsque notamment un cautionnement grève une succession. Pour être exonéré d'impôt, il est nécessaire que la dette grevant la succession existe au jour du décès de la caution, autrement dit que le débiteur principal soit déjà défaillant[407]. Appliquant cette règle, la Cour de cassation refuse de déduire de l'actif successoral le montant d'un cautionnement consenti par la caution défunte lorsque la défaillance du débiteur principal n'est pas survenue au jour du décès de la caution en raison du caractère incertain de cette dette[408].

120. – Ces solutions qui affirment le caractère éventuel de l'engagement de la caution démontrent que la dette de la caution ne naît pas au moment de son engagement. Un récent arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation daté du 30 septembre 2008 ayant jugé que la créance issue d'un contrat de cautionnement ne naît pas au jour de la conclusion de ce contrat en atteste[409].

---

404 Cass. com., 22 novembre 1983 (2 arrêts) : *D*. 1984, p. 204, note E. GAILLARD ; *JCP.G* 1984. *II*, 20228, note J.-P. ECK ; *Rev. crit. DIP* 1984, p. 461, note F. GIANVITI. Par rapport à la jurisprudence antérieure, ces arrêts marquent un revirement de jurisprudence en ce qu'ils écartent la nullité des engagements en cause. La jurisprudence antérieure retenait en effet la nullité des engagements de caution qui ne respectent pas la réglementation de change (Cass. com. 3 février 1976 : *Rev. crit. DIP* 1977, p. 103, note J.-P. ECK) ; mais dans le même temps, elle mentionnait le caractère éventuel de l'engagement de la caution. En ce sens, J.-P. ECK, note sous Cass. com., 22 novembre 1983, *préc.,* spec. n° III.

405 Cass. com., 24 mai 1994 : *Bull. civ. IV*, n° 186.

406 Cass., com., 23 février 1999 : *Droit fisc*. 1999, n° 23, *Comm.* n° 460 ; *JCP.G* 2000, *I*, 209, n° 3, obs. PH. SIMLER.

407 Inst. Fisc. 20 juillet 1993, B.O.I. -7. G-3-93.

408 Cass. com., 4 mai 1993, n° 91-11- 488, *Lamy Fiscal* 2008, n° 7425, p. 1214.

409 Cass. com., 30 septembre 2008, n° 07-12.053 : *JCP. G* 2008, *I*, 211, note PH. SIMLER. Les faits de l'espèce étaient classiques. Une promesse d'achat portant sur divers biens immobiliers avait été conclue entre deux sociétés. Selon les stipulations de cet accord, l'achat définitif devait être effectué dans un délai déterminé et un cautionnement garantissant l'exécution de cette promesse d'achat devait être souscrit par le promettant. Le cautionnement a été donné le jour même par une compagnie d'assurance et le bénéficiaire de la promesse a accepté l'achat quelques temps après. Avant le terme de l'échéance prévu pour rendre l'achat effectif et définitif, la société caution a été mise en liquidation judiciaire. La société bénéficiaire de la promesse a alors déclaré sa créance (née du cautionnement) auprès de la liquidation de la société

121. – Nécessité d'affirmer le caractère éventuel de l'engagement de la caution. Pourtant, il est curieux de constater que la doctrine ne reconnaît le caractère éventuel qu'au recours de la caution contre le débiteur principal, en remboursement de ce qu'elle devrait payer, le cas échéant[410]. Or, en admettant que la caution a contre le débiteur principal un droit éventuel dès lors qu'elle s'est engagée, il faut aussi admettre que le créancier dispose lui-même d'un droit éventuel contre la caution. Et, dans ce sens, la défaillance du débiteur principal constituerait la réalisation de l'éventualité déclenchant la naissance de la dette de la caution envers le créancier et ce serait à ce moment que naîtrait la dette de la caution. Or, si l'on admet que la dette de la caution est éventuelle, il faut aussi admettre que cette dette ne peut être que future, que le contrat principal soit à durée déterminée ou indéterminée, car en prolongeant le raisonnement, il ressort qu'une même chose ne peut à la fois être présente et éventuelle. Il y a donc lieu de retenir que toute dette de la caution est nécessairement future, que le contrat principal garanti soit à durée déterminée ou indéterminée.

122. – Recours aux « *deux temps de la détermination de la dette de la caution* »[411]. Pour asseoir cette idée, il convient de recourir aux « *deux temps de la détermination de la dette de la caution* » mis en évidence par MOULY. En effet, l'engagement de la caution, lorsqu'elle garantit des dettes futures, comporte deux obligations principales distinctes : une obligation de couverture et une obligation de règlement[412]. Ainsi : « *La première*

(caution). Cette déclaration a été refusée, le liquidateur lui déniant la qualité de créancier faute de créance. Les juges du fond s'étant prononcé dans le sens de la liquidation, il revenait à la Cour de cassation de se prononcer sur l'existence ou non d'une créance née de la simple conclusion du contrat de cautionnement. La réponse qu'elle apporte est sans équivoque : elle approuve les juges du fond d'avoir jugé que la demanderesse au pourvoi « *n'avait aucune créance contre la société faillie, caution de l'exécution de la promesse d'achat, cette créance n'étant pas encore née* ».

410 S. TORCK, *op. cit.,* p. 28, (note 25).

411 La formule est empruntée à CH. MOULY, *Thèse préc*. n° 255.

412 V. cependant les réserves de P. ANCEL selon qui « *la soi-disant obligation de couverture qui pèse sur la caution n'est que la traduction de la force obligatoire du contrat de cautionnement* ». *Art. préc., spéc*., n° 41. Ces réserves sont partagées par d'autres auteurs. Ainsi, pour M. N. KANAYAMA («De l'obligation de couverture à la prestation de garantir – Donner, faire, ne pas faire…et garantir ? », *in Mélanges Christian Mouly*, *op. cit*., p. 375 et s.), il n'existe qu'une seule obligation dans le cautionnement qui est de garantir. « *La caution,* écrit-il, *doit une seule obligation de garantir, dont la prestation concrète peut varier en fonction des cas ; à la base se trouve, toujours, l'élément de couverture auquel peut s'ajouter l'élément de règlement : payer une somme d'argent sous certaines conditions convenues. C'est ainsi qu'il y a deux éléments dans une obligation de garantir. L'élément de couverture consiste dans un service, dont l'exécution est immédiate et successive ; celui de règlement futur et éventuel, son objet consistant dans une chose (la somme d'argent) dont l'exécution est instantanée* » (p.388). Tirant les conséquences de cette constatation, il conclut que les deux éléments de couverture et règlement forment ensemble une obligation de garantir (p. 390).

obligation est à exécution immédiate et prend naissance avec certitude dès la conclusion du contrat de cautionnement […] *cette obligation détermine la couverture que fournit le cautionnement et pour cela elle est distincte de celle qui garantira la créance principale quand elle sera née. La deuxième obligation, qui a pour seul objet le règlement d'une dette déterminée, se retrouve à l'identique dans les cautionnements de dettes présentes et dans ceux de dettes futures lorsque les dettes garanties sont devenues certaines*[413]. » Ainsi, née et certaine dès la formation du cautionnement, l'obligation de couverture se caractérise à la fois par son exigibilité immédiate et par sa pérennité et sa persistance[414]. Elle fixe un cadre qui sera rempli par l'obligation de règlement au fur et à mesure que les dettes garanties apparaîtront[415].

Ces deux « *obligations gigognes* »[416] sont incontournables dans l'explication de la naissance de la dette de la caution et de son caractère futur. En effet, l'obligation de couverture qui naît lors de la formation du cautionnement est à elle seule impuissante à donner naissance à la dette de la caution, car tout engagement de caution ne se traduit pas toujours par un appel à terme. Pour que la caution soit appelée, il faut que la défaillance du débiteur principal soit avérée ou imminente et c'est précisément à ce moment que naît son obligation de règlement : l'obligation de règlement est une obligation à exécution instantanée attachée à chacune des dettes entrées dans l'obligation de couverture[417] ; et tant que la caution n'est tenue d'aucun paiement, on ne peut dire que sa dette est née[418]. Chronologiquement, cette naissance se situe dans le futur par rapport à la formation du contrat de cautionnement.

123. – Explicitation du mécanisme de la naissance de la dette de la caution. Cette idée se vérifie parfaitement si l'on observe le mécanisme lors du décès de la caution. En effet, l'obligation de couverture s'éteint automatiquement avec la disparition de la caution ; seule

---

A rapprocher de cette position, celle de M. D. GRIMAUD qui voit dans l'obligation de couverture et l'obligation de règlement deux aspects d'une seule et même obligation. *Thèse préc*., n° 49.

413 CH. MOULY, *Thèse préc*. n° 255.

414 *Ibid*., n° 256.

415 *Ibid*., n° 261.

416 Nous reprenons les termes de MOULY, *Ibid.*

417 D. COM, *L'étendue du cautionnement*, *op. cit*., n° 107.

418 Il peut être tentant de reprocher à cette idée de confondre la naissance de la dette de la caution et son exigibilité. *Mais précisément, et c'est aussi là un des particularismes du cautionnement, la naissance de l'obligation de règlement précède au moins l'exigibilité, si les deux n'apparaissent simultanément*. En clair, tant que l'obligation de règlement n'est pas née, la dette – qui n'est pas davantage née – ne peut, en aucun cas, être exigible.

subsiste l'obligation de règlement qui se transmet aux héritiers. Or, il n'est pas impensable, ni impossible qu'aucune obligation de règlement ne soit transmise aux héritiers. Il suffit pour ce faire d'envisager l'hypothèse où il n'y aurait eu aucune dette. Appliqué au contrat de prêt ou au contrat de bail par exemple, cela correspondrait à l'hypothèse où le débiteur (emprunteur de fonds ou preneur à bail) aurait remboursé l'intégralité du prêt en respectant l'ensemble des échéances fixées ; ou, s'agissant du bail, au cas où le locataire se serait toujours acquitté de ses loyers à chaque échéance.

Sous cet angle, point de distinction entre les dettes déterminées (comme dans le prêt de sommes d'argent) et les dettes dites indéterminées, c'est-à-dire celles qui correspondent au cas où l'obligation principale garantie est simplement déterminable. En effet, dans le cas des dettes déterminées, la somme garantie est connue. Mais, au fur et à mesure des remboursements, la dette garantie va décroître à tel point qu'en définitive, la caution pourrait ne jamais être appelée[419]. Ainsi, qu'il s'agisse d'un cautionnement garantissant une dette déterminée ou indéterminée, la dette de la caution est toujours future : elle apparaît en même temps que l'obligation de règlement[420]. *En clair, l'obligation de règlement naît avec – et par – le manquement à l'obligation principale. Ce manquement, en même temps qu'il donne naissance à la dette la rend aussi théoriquement exigible puisque l'engagement de la caution est justement de payer en cas de défaillance*[421]. Ce mécanisme de la naissance de la dette de la caution explique « le presque non usage » des garanties dans les contrats instantanés[422].

124. – Existence de la double obligation de couverture et de règlement dans tout cautionnement ? Il est certes établi que la double obligation de la caution n'existe que dans les cautionnements de dettes futures. Toutefois, ne peut-il pas être soutenu que cette

---

419 Dans le cas du contrat de prêt de somme d'argent par exemple, l'obligation de couverture déterminée dès la conclusion du contrat ; elle ne peut croître qu'avec les intérêts. Mais, plutôt que de s'étendre, l'obligation de couverture va évoluer en sens inverse, c'est-à-dire de manière décroissante jusqu'à son extinction.

420 *Rappr.* P. ANCEL, *Art. préc.*, n° 41.

421 L'exigibilité s'entend ici comme « *le droit de réclamer le paiement sans que des obstacles juridiques s'y opposent* ». En ce sens, E. PUTMAN, *Thèse. préc.*, n° 503, p. 605 *in fine*.

422 Le contrat de vente est un exemple éclatant à cet égard : l'acheteur paie le prix et le vendeur livre la chose objet de la vente. Nul besoin de garantie dans ce cas, puisque l'exécution est instantanée. En revanche, l'usage d'une garantie dans un contrat de vente la transforme quasiment en contrat successif. Ainsi, dans une vente avec clause de réserve de propriété, le contrat n'est pas, *stricto sensu*, instantané, puisque le transfert de propriété de la chose objet de la vente est différé jusqu'à complet paiement du prix. En clair, l'acheteur acquiert la propriété de la chose au fur et à mesure qu'il exécute sa propre obligation qui est le paiement du prix, par hypothèse échelonné. Ainsi, à chaque paiement effectué correspond un transfert partiel de la propriété de la chose jusqu'au paiement complet.

double obligation existe dans tout cautionnement ? En effet, lorsque le cautionnement porte sur une dette présente, les deux obligations existent bien. Simplement, à la différence du cautionnement des dettes futures dans lequel les deux obligations naissent de manière différée, dans le cautionnement des dettes présentes, elles naissent simultanément[423]. Dans ce dernier cas, on peut parler de « *cautionnement fermé* », en raison du fait que l'obligation de couverture se forme dès la formation du contrat : la dette est connue, la caution connaît la somme que couvre son engagement et qu'elle devra payer éventuellement. *A contrario,* le cautionnement de dette future sera un « *cautionnement ouvert* », en raison du caractère extensible ou évolutif de l'obligation de couverture suivant l'évolution de l'obligation principale cautionnée.

125. – En définitive, c'est uniquement dans « *le cautionnement fermé* » que l'on peut parler de dette présente de la caution. Ainsi en va-t-il du cautionnement des dettes déjà échues ou résultant d'un contrat instantané. Dans les autres hypothèses, la dette de la caution est nécessairement future, son engagement étant ouvert. C'est d'ailleurs en raison de ce caractère futur que la caution peut prendre le soin de limiter son engagement.

§ 2. – LE CAUTIONNEMENT LIMITE EN MONTANT

126. – Justification de la démarche. La définition du cautionnement limité en montant a longtemps divisé la jurisprudence et la doctrine. Le nœud gordien de cette controverse était la question des accessoires. Il s'agissait de savoir si un cautionnement portant sur une dette dont le montant était déterminé s'étendait aux accessoires de cette dette. Cette question, à la vérité, découlait elle-même de la règle posée par l'article 1326 C. civ. Suivant cet article, « *l'acte juridique par lequel une seule personne s'engage envers une autre à lui payer une somme d'argent* […] *doit être constaté dans un titre qui comporte la signature de celui qui s'engage ainsi que la mention écrite par lui-même de la somme ou de la quantité en toutes lettres et en chiffres* […] ». Dès lors se posaient deux questions. D'une part, la mention

[423] Rappr. PH. THERY (*Les suretés et la publicité foncière*, *op. cit*., n° 8), selon qui *« même le cautionnement de dette présentes possède l'irréductible originalité de n'engendrer l'obligation de payer qu'à titre de garantie* ».

manuscrite ainsi exigée constituait-t-elle une règle de preuve ou une règle de forme ayant vocation à protéger la caution ? D'autre part, se posait la question de savoir si le montant écrit de la main de la caution constituait la somme maximale devant être payée par elle – intérêts et accessoires y compris – ou, si, au contraire, ce montant n'indiquait que le principal à l'exclusion des accessoires. Pendant deux décennies environ, ces questions ont donné lieu à des solutions diverses que certains souhaitent voir abandonnées à l'Histoire du droit[424]. Or, le recours à l'Histoire du droit, parce qu'elle montre la continuité des institutions, éclaire le présent par le passé. C'est la raison pour laquelle il semble nécessaire de retracer la construction de la notion de cautionnement limité telle qu'elle ressort aujourd'hui en droit positif (**A**). Il conviendra par la suite de jeter un regard critique sur cette notion (**B**).

A. – « L'INTROUVABLE » NOTION DE CAUTIONNEMENT LIMITE EN MONTANT

127. – L'existence de deux doctrines. Jusqu'aux années 1980, les règles applicables au cautionnement étaient interprétées dans le même sens par la jurisprudence. C'est ainsi que l'indication exigée par l'article 1326 C. civ. était considérée comme une règle de preuve. En tant que contrat unilatéral, le cautionnement était soumis à cette règle. Cependant, le défaut par la caution de l'indication manuscrite de la somme garantie n'était pas rédhibitoire, mais faisait simplement perdre à l'acte sa force probante : l'acte constituait alors un commencement de preuve par écrit[425]. En outre, le respect de cette règle ne s'étendait nullement aux accessoires de la dette garantie[426]. Dès 1983, une divergence d'interprétation entre la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation se fit jour.

La première chambre civile, sur le fondement des articles 1326 et 2015 C. civ. (actuel art. 2292), décide que la mention manuscrite établit seule l'objet de l'engagement

[424] I. TRICOT-CHAMARD, « Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement : suite ou fin ? », *JCP. G* 2004, *Doctr*. 112, p. 329 et s.
[425] Cass. 1ère civ., 16 décembre 1981 : *Bull. civ. I*, n° 388.
[426] I. TRICOT-CHAMARD, n° 1.

de la caution qui ne reste engagée qu'à hauteur de la somme indiquée[427]. Pour la première chambre civile, cette solution se justifiait doublement. D'une part, il ressortait des articles 1326 et 2015 C. civ. que la mention manuscrite était une règle de forme du cautionnement. D'autre part, cette règle tendait à assurer l'impératif de protection de la caution en raison de la dangerosité de son engagement[428].

La chambre commerciale ne suivit cependant pas cette interprétation[429]. Au contraire, en admettant qu'un engagement manuscrit de la caution à couvrir les intérêts suffisait, pourvu que leur taux soit fixé par écrit[430], la chambre commerciale se démarqua davantage de la première chambre civile qui exigeait l'indication manuscrite du taux[431]. L'indication incomplète valait alors simple commencement de preuve par écrit[432].

128. – De l'infléchissement des positions à l'unité de solution. A partir de 1999, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis que le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étendait à tous les accessoires de la dette suivant l'article 2016 du Code civil ; et que l'article 1326 du même Code limitait l'exigence de la mention manuscrite à la somme ou à la quantité due, sans l'étendre à la nature de la dette, ses accessoires ou composantes[433]. Par cette position, la chambre commerciale posait clairement que l'absence de référence aux accessoires de la dette garantie et, *a fortiori*, de leur taux dans la formule rédigée par la caution n'interdisait pas au créancier d'en réclamer le paiement. Mieux, elle étendait la règle de l'article 2016 du Code civil au cautionnement

---

427 Cass. 1ère civ., 22 juin 1983 : *Bull. civ. I*, n° 182 ; *Defrénois* 1984, *Art*. 33251, p. 367, obs. J.-L. AUBERT.

428 P. SARGOS, « *L'opération "glasnost" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence* », *Gaz. Pal*., 1988, *Doctr*., p.209 ; *Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes*, in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1987, p. 33. Diverses applications : par exemple Cass. civ., 9 décembre 1986 : *Bull. cass*. 1986, n° 287, p. 274.- Cass. 1ère civ., 8 décembre : *Gaz. Pal* 1987, p. 193.- Cass. 1ère civ., 30 juin 1987 : *Bull. civ. I*, n° 210 ; *D*. 1987, *Somm*., p.442, obs. L. AYNES.

429 Cass. com., 21 juin 1988 : *Bull. civ. IV*, n° 212 ; *JCP. G* 1989, *II*, 21170, note PH. DELEBECQUE ; *D*. 1989, *Somm*. p. 289, obs. L. AYNES ; *RTD. civ*. 1989, p. 111, obs. BANDRAC.

430 Cass. com., 31 mai 1994 : *Bull. civ. IV*, n° 190 et 191 ; *JCP. G* 1994, *I*, 3807, obs PH. SIMLER ; *Defrénois* 1994, *Art*. 35897, p. 1170, n° 133, note L. AYNES ; *D*. 1994, *IR*, p. 172 et 176.

431 Cass. civ., 10 mai 1988 : *Bull. civ. I*, n° 133; *D*. 1989, *Jurispr*., p. 442, note I. URBAIN-PARLEANI ; *RTD. com*. 1989, p. 103, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; *Banque* 1988, p. 1163, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

432 Par exemple, Cass. 1ère civ., 15 octobre 1991 : *JCP. G* 1992, *II,* 21923, note PH. SIMLER. De même, cette chambre a jugé qu'une mention manuscrite en lettres uniquement, en l'absence de cette mention en chiffre, constituait un simple commencement de preuve par écrit. Très explicitement dans ce sens, Cass. 1ère civ., 25 mai 2005, n° 04-14.695 : *JCP. G* 2005, *Jurispr*., 10169, note S. PIEDELIEVRE.

433 Cass. com., 16 mars 1999 : *Bull. civ. IV*, n° 59 ; *JCP. G* 1999, *II*, note J. CASEY, et *I*, 156, n° 1, obs. PH. SIMLER ; *JCP. E* 1999, p. 667, obs. J.F ; *Banque et droit* 1999, p. 35, obs. F. JACOB ; *LPA* 13 décembre 1999, p.16, note M. Keita ; PH. SIMLER, « Le cautionnement d'une dette s'étende de plein droit aux accessoires de celle-ci », *RJDA* 10/99, p.471, n° 604.

d'un montant limité, ce qui, *de facto*, rendait la caution tenue du paiement des accessoires. Cette position fut confirmée d'ailleurs peu après[434]. Ce faisant, la chambre commerciale semblait appliquer au montant dû par la caution la règle de l'accessoire.

Parallèlement, l'attachement de la première chambre civile à l'information de la caution sur l'intégralité de son engagement restait sans faille. Elle continuait d'exiger que figurent dans la mention manuscrite non seulement l'engagement exprès quant aux accessoires, mais aussi leur montant ou leurs modalités de calcul, sauf à établir leur connaissance par la caution au moyen d'éléments extrinsèques[435]. Cependant, la première chambre civile dut assouplir sa position dès 2002, puisque, par deux arrêts, elle a admis que les circonstances de l'acte ou les données de l'espèce peuvent suffire à établir que la caution a eu connaissance des intérêts ou des pénalités de retard[436]. Ce faisant, elle admettait que la mention manuscrite ne s'imposait plus pour les accessoires et que seule la preuve que la caution ait eu connaissance de ces accessoires importait. Le champ d'application de l'article 1326 C. civ. se trouvait donc cantonné à la seule obligation principale.

Trois autres arrêts de la même chambre, rendus en 2002, ont confirmé cette jurisprudence en limitant expressément l'application de l'article 1326 à la somme ou à la quantité due en principal[437]. Par là, la première chambre civile cessait de faire de l'article 1326 une condition de preuve de l'intensité de l'accord[438]. Cette orientation de la première chambre civile a été approuvée par la doctrine qui n'a pas manqué de saluer l'unité retrouvée au sein de la Cour de cassation.

129. – Complication de la notion de caution limitée. Il ressort donc de cette jurisprudence que le cautionnement limité est « *celui par lequel la caution s'engage moins rigoureusement que le débiteur principal, fixant ainsi une ou plusieurs limites (montant,*

---

434 Cass. com., 3 avril 2002 : *Juris-Data* n°2002-013812 ; *RD. Bancaire et financier* 2002, p. 125, n°85, note D. LEGEAIS.

435 V. notamment : Cass. 1ère civ., 22 mai 2001 : *D*. 2001, *Act. Juripr*., p. 2409.

436 Cass. 1ère civ., 22 mai 2002 : *Bull. civ. I*, n° 139 ; *Juris-Data* n° 2002-014427 ; *JCP. E* 2002, 1381, note D. LEGEAIS ; *D*. 2002, *Act. Jurispr*., p. 2403, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *RD bancaire et financier* 2002, *Comm*. 130, obs. D. LEGEAIS.

437 Cass. 1ère civ., 29 octobre 2002 : *Juris-Data* n° 2002-016102 et n° 2002-016097 ; *JCP. G* 2002, *II*, 10187, note D. LEGEAIS et *Act*. n° 487 ; *JCP. E* 2002, 1804, note D. LEGEAIS ; *D*. 2002, *Jurispr*., p. 3071, note D. DJOUDI ; *JCP.G* 2003, *I*, 124, n°1, obs. PH. SIMLER.

438 Sur l'interprétation et la portée des « éléments extrinsèques », *infra*, n° 254 et 255.

condition) »[439]. En clair, la qualification de cautionnement limité ne sera retenue que dans l'hypothèse où il serait établi, par écrit ou par des éléments extrinsèques, que la caution n'entendait pas garantir le paiement des accessoires et ce, quel que soit le caractère déterminé ou non de l'obligation principale garantie. Une telle conception du cautionnement limité ne semble pas satisfaisante : elle complique la notion de cautionnement limité en la rendant évanescente et pour tout dire « introuvable ». Il semblerait surtout que les vertus de cette approche à limiter les velléités procédurales des cautions et donc du contentieux du cautionnement sont douteuses. C'est pourquoi il convient d'avoir une conception souple de la notion de cautionnement limité.

B. – UNE CONCEPTION SOUPLE ET ADAPTEE DU CAUTIONNEMENT LIMITE

130. – L'extension contestable du cautionnement limité aux accessoires. La définition du cautionnement limité en montant telle qu'elle ressort du droit positif minimise le cautionnement limité en montant tout en rehaussant le cautionnement illimité[440]. Pour preuve, c'est sous le visa de l'article 2016 (actuel article 2293) du Code civil qu'on été rendus la plupart des arrêts qui ont admis l'extension de l'engagement de la caution aux accessoires de la dette. Partant, l'état du droit positif pourrait se décliner sous forme d'un principe et d'une exception : « Le cautionnement est en principe indéfini, c'est-à-dire non limité en montant ; sauf s'il est prouvé que la caution a entendu limiter son engagement. »

Il est à cet égard intéressant de rappeler que dans les deux arrêts du 29 octobre 2002 les cautionnements avaient été donnés en garantie du paiement de sommes déterminées (dans les deux cas, il s'agissait de prêts de somme d'argent). Mais au fond, est-il soutenable que le cautionnement d'une somme d'argent est un cautionnement indéfini simplement parce que la caution n'a pas précisé que son engagement s'étendait aux accessoires de la dette (déterminée !) garantie ? La réponse semble négative ; tout comme il ne parait pas que la caution doive être, *a priori*, tenue des accessoires. Deux arguments, l'un tiré de l'article 2290 du Code civil, l'autre fondé sur l'analyse de la position de la caution lors de la formation du contrat, peuvent être avancés à l'appui de cette double réfutation.

---

439 D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 3 avril 2002, *préc*.
440 *Infra*, n° 137 et s.

131. – Les cas de limitation de dette. L'article 2290 du Code civil (ancien article 2013) énonce dans ses deux premiers alinéas que « *le cautionnement ne peut excéder ce qui est dû par le débiteur, ni être contracté sous des conditions plus onéreuses. Il peut être contracté pour une partie de la dette seulement, et sous des conditions moins onéreuses* ». Cet article prévoit les cas de limitation de l'engagement de la caution dont deux résultent expressément du texte et un troisième plus implicite. Ainsi, la caution peut d'abord limiter son engagement à une partie de la dette. Pour ce faire, il sera précisé expressément dans l'acte de caution le « montant plafond » au-delà duquel la caution n'est pas engagée. En pratique, cette limitation se traduira par l'indication d'une somme inférieure au montant garanti. Ainsi, des formules telles que « *cautionnement à hauteur de…euros* » ou « *cautionnement dans la limite de…euros* » ou encore « *cautionnement à concurrence de …euros* » seront utilisées[441].

132. – L'engagement de la caution peut, en outre, être limité par la stipulation des conditions moins onéreuses. Ce cas de limitation ne devrait pas surprendre, car il y a une relation de cause à effet entre les conditions de l'engagement et la somme à payer. En effet, selon que les conditions sont plus ou moins rigides, le montant à payer sera d'autant élevé. Dès lors, la caution peut parfaitement limiter les conditions de son engagement, laquelle limitation va influencer à la baisse la somme qu'elle serait amenée à payer. Ces conditions concernent par exemple la prorogation tacite du cautionnement par suite de l'obligation principale. C'est ainsi que les cautions peuvent stipuler que la prorogation du terme ne pourra être consentie qu'avec leur accord exprès[442]. Une telle stipulation tend à neutraliser la règle de l'article 2316 du Code civil (ancien article 2039) suivant laquelle « *la simple prorogation du terme, accordée par le créancier au débiteur principal ne décharge point la caution* […] ». Ces conditions concernent surtout les accessoires de la dette[443], c'est-à-dire

---

441 Par exemple : Cass. com., 07 décembre 2004 : *RJDA* 4/05, n° 457.

442 Cass. 1ère civ., 1er décembre 1993 : *JCP. E* 1994, 408, n° 7 ; *Panorama* 173 ; *JCP. G* 1994, *IV*, 335.

443 Par accessoires, il faut entendre « [les obligations] *qui sont la conséquence directe de l'obligation cautionnée, qui sont nécessairement liés à cette obligation. Ce lien est suffisamment étroit, si l'on peut admettre que, en l'absence de dispositions contraires, ces accessoires sont normalement entrés dans la prévisions des parties* ». En ce sens, PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op.cit*., n° 295. Cette définition exclut les dettes indirectes qui s'insèrent dans le cautionnement illimité en montant telle que les dettes délictuelles (V. par exemple Cass. com., 26 juin 2001, *D.* 2001, *Act. Jurispr*., p. 2513, note V. AVENA-ROBARDET). Les accessoires d'une dette peuvent donc être très divers : il peut s'agir des intérêts légaux ou conventionnels de la dette que prévoit l'article 1907 du Code civil, des frais de justice, des dommages intérêts... Sur la notion d'accessoire, M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », *in Mélanges A. Weill*, Dalloz-Litec, p. 108 et s.

les intérêts et leur taux, ainsi que toutes les pénalités[444]. En effet, les accessoires de la dette, spécialement les intérêts, sont parfois aussi importants – sinon plus – que le montant principal garanti[445]. C'est sans doute en considération de ce danger que la première chambre civile avait étendu la mention manuscrite aux accessoires. Certes, le fondement était déplorable ; mais la finalité n'était pas moins louable. L'analyse de la position de la caution permet de le vérifier.

133. – Analyse de la position de la caution. Appréciation *a priori*. L'examen de la formation du cautionnement et de l'appel de la caution conduit à dire que l'engagement de la caution doit se limiter au principal seul. En effet, pourquoi interpréter le silence ou l'absence de précisons de la caution sur les accessoires comme valant engagement ? Le silence signifie simplement que les accessoires ne sont pas inclus dans le champ de l'engagement de la caution[446]. Une appréciation *a priori* de l'engagement de la caution permet de le penser car la caution s'engage pour le principal. Ainsi, lorsqu'une caution s'engage en garantie d'une somme déterminée, elle limite implicitement son engagement à la somme indiquée dans l'*instrumentum*, à l'exclusion des accessoires qui grossiront ce principal plus tard. Comment imaginer qu'il en aille autrement, puisque la somme garantie est expressément indiquée et limitée ? Dès lors que le cautionnement garantit une dette dont le montant est connu, plafonné, rien ne permet la qualification de cautionnement indéfini. Et, parce que l'obligation principale garantie est connue, le cautionnement l'est nécessairement. Sous cet angle, la limitation de la dette garantie implique nécessairement une limitation de l'engagement de la caution.

134. – Appréciation *a posteriori*. Cette analyse se vérifie aussi *a posteriori*, c'est-à-dire lors de l'appel de la caution. Si la caution s'engage pour la somme correspondant au principal de la dette, quelle ne serait pas sa surprise de s'entendre réclamer le paiement des accessoires. Psychologiquement, la caution reste engagée à hauteur de la somme connue

---

444 Cass. com., 24 octobre 1995 : *JCP. N* 1996, *II*, p. 271 ; *Gaz. Pal*. 8 mai 1996, p. 21 : « *a violé les articles 1326 et 2015 C. civ., la cour d'appel qui a condamné la caution solidaire d'une société à payer une certaine une certaine somme avec les intérêts alors que la mention figurant au bas de l'acte de cautionnement portait de la main de la caution « bon pour caution solidaire de la somme de ... en capital », ce dont il résulte que la l'engagement était limité au capital de la dette du montant indiqué, à l'exclusion des accessoires* ».

445 I. TRICOT-CHAMARD, *op. cit*., n° 8.

446 En ce sens, I. TRICOT-CHAMARD, *op. cit*., n° 11.

lors de la formation du contrat. Cette idée peut du reste s'inférer du plan du Code civil[447]. C'est pourquoi, lorsque la dette principale cautionnée est elle-même limitée, il doit être déduit que le cautionnement est limité à cette somme, c'est-à-dire le principal de la dette et ce, quelle que soit la personne caution, profane ou professionnelle. Pour ce faire, il faut considérer que par l'indication d'un montant équivalent au principal sans référence aux accessoires, la caution entend limiter son engagement à cette somme. Ce raisonnement conduit à une autre solution se déclinant en principe et exception : « *Le cautionnement d'une dette déterminée ne s'étend pas aux accessoires, sauf engagement exprès de la caution* ».

135. – Vers un perfectionnement contractuel. « *L'habituel défaut des hommes est de ne pas prévoir l'orage par beau temps* »[448] ; cela est vrai pour la caution, mais c'est aussi vrai pour le créancier. En posant comme principe que le cautionnement ne s'étend pas aux accessoires, on fait peser sur le créancier l'obligation de faire signer à la caution une clause expresse d'extension de son engagement aux accessoires. Ce faisant, le banquier, tout en se protégeant lui-même contre les velléités procédurales de la caution, protège aussi cette dernière. Cette solution conduit à un véritable « perfectionnement contractuel », car toutes les situations conflictuelles qui pourraient se présenter sont par avance neutralisées. Certains praticiens ont du reste envisagé cette solution[449].

136. – L'interprétation combinée des articles 2290 et 2293 du Code civil. Au demeurant, il existe dans le Code civil un article qui prévoit expressément l'hypothèse d'une inclusion de « *tous les accessoires de la dette* » à l'engagement de la caution[450]. Certes, le législateur pratique quelquefois l'art de la répétition, nul ne le conteste ; mais

---

447 L'article 2290 est inséré dans la section première du Chapitre premier du Livre quatrième Cod civil. Cette section s'intitule « De la nature et de l'étendue du cautionnement ». La section II de ce chapitre s'intitule « De l'effet du cautionnement ». Certes, on peut objecter que l'article relatif au cautionnement indéfini se situe lui aussi dans cette section et il prend en compte les accessoires. Mais, en réalité, dans ce dernier article, il est entendu que c'est lors de l'exécution que sera défini le montant que l'engagement de la caution aura couvert.

448 MACHIAVEL, *Le Prince,* éd. Flammarion 2008, Coll. Le monde de la philosophie*,* p. 121.

449 J.-M. CALENDINI, « Le point de vue du banquier sur le cautionnement », *Cah. dr. entr.* 1992, n° 2, p. 1 et s, spéc. p. 3 et 4.

450 L'article 2293 C. civ. (ancien art. 2016) est ainsi rédigé : « *le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette, même aux frais de la demande, et à tous ceux postérieurs à la dénonciation qui en est faite à la caution* ». On peut difficilement être plus précis.

cela ne saurait justifier la rédaction de deux articles, « *presque successifs* »[451], avec la même portée, pour une même question. Si le législateur a pris le soin de préciser dans l'article 2293 du Code civil « *le cautionnement indéfini* », c'est qu'il entendait distinguer ce cas de l'hypothèse de l'article 2290 précité qui, seule, concerne le cautionnement limité à ce qui est dû, c'est-à-dire à la dette au moment de la formation, à l'obligation principale uniquement à l'exclusion des accessoires. C'est dire que le cautionnement ne peut être étendu d'une chose à une autre ; il est limité à la chose même et ne peut être étendu aux autres parties de la dette pour lesquelles la caution ne s'est pas engagée, quel que soit leur lien de connexité[452]. Sans aller jusqu'à parler « *de la sainteté des lois* »[453], dire que le législateur de 1804 était doté d'une certaine sagesse n'est pas excessif. C'est pourquoi l'article 2293 ne devrait viser que des cautionnements dont le montant n'est pas connu lors de l'engagement et qui, pour cette raison, sont des cautionnements réellement « *non-finis* ».

§ 3. – LE CAUTIONNEMENT ILLIMITE EN MONTANT

137. – Définition du cautionnement illimité en montant. Le cautionnement illimité en montant est un cautionnement dont le plafond n'est pas limité, conventionnellement ou légalement. Ce cautionnement porte sur une ou plusieurs dettes présentes ou futures de la société. C'est pourquoi les contours de la dette ne sont connus de la caution que lorsque le principal de la dette est établi. L'extension d'un tel cautionnement aux accessoires de la dette ne souffre aucun doute, puisqu'il correspond à l'hypothèse prévue par l'article 2293 du Code civil. Pourtant, s'appuyant sur l'évolution de la jurisprudence de la Cour de cassation, certains auteurs arrivent à la conclusion qu'il y a deux variantes de cautionnements indéfinis : « *Le cautionnement indéfini d'une obligation et le cautionnement indéfini d'un ensemble d'obligations*[454]. » Il semble toutefois que la notion de cautionnement illimité en montant devrait être uniquement réservée au cas où la caution

---

451 La « quasi-succession » de ces deux articles est déplorée par le Doyen PH. SIMLER qui a émis le souhait de voir ces deux articles se suivre l'un après l'autre. V. PH. SIMLER, « *Codifier ou codifier le droit des sûretés personnelles ?* » *In Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, éd. Dalloz 2004, p.373 et s, spéc. p. 379 (g). La dernière réforme du droit des sûretés n'a visiblement pas fait échos à ce souhait.

452 L. GUILLOUARD, *op. cit*., n° 69.

453 Selon les termes de PORTALIS*, Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, *op. cit*., p. 48.

454 D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 3 avril 2002, *préc.*

s'engage sans que le *quantum* de la dette garantie soit connu, que l'indétermination porte sur une seule obligation ou sur un ensemble d'obligations ; la forme la plus connue et poussée de celui-ci étant le cautionnement *omnibus*[455], puisque la caution s'engage à garantir les sommes qui pourront être dues pour les dettes futures sans limitation de montant[456].

138. – Justification par la structure du Code civil. Cette définition du cautionnement illimité en montant s'infère de la structure du Code civil, spécialement de l'article 2292 aux termes duquel « *le cautionnement ne se présume point ; il doit être exprès et on ne peut l'étendre au delà des limites dans lesquelles il a été contracté* ». Or, en visant le « *cautionnement indéfini* », l'article 2293 du même Code qui prévoit l'extension du cautionnement indéfini à tous les accessoires de la dette se présente comme une disposition dérogatoire au cautionnement défini ou limité qui serait le cautionnement ordinaire. Dès lors, la limite de ce cautionnement étant inconnue lors de la formation du contrat, il doit être présumé qu'il s'étend aux accessoires de la dette[457]. Dans ce sens, rien n'interdit à la caution de limiter son engagement par l'exclusion des accessoires dans un tel cautionnement.

139. – Validité du cautionnement illimité en montant. La validité d'un tel cautionnement pose problème. En effet, dans un tel cautionnement, l'inscription en chiffre et en lettre du montant garanti – qui assure une protection à la caution – est, par hypothèse impossible lors de la formation du contrat. Cette difficulté a été accrue par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique (Loi Dutreil)[458]. Cette loi, dont les dispositions ont été insérées dans la Code de la consommation[459], a introduit plusieurs dispositions qui suscitent d'énormes questions. Car, « [à défaut d'être] *un ouragan sur le*

---

455 D. DANET, « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD. com*. 1994, p.173 et s ; P. SARGOS, « *L'opération "glasnost" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence* », *op. cit*., spéc. n° 4.

456 D. DANET*, op. cit*., p. 173.

457 En ce sens, I. TRICOT-CHAMARD, *op. cit*., n° 11.

458 J.O. 5 août 2003, p. 13449.

459 Ce qui a fait dire à M. D. LEGEAIS (« Le Code la consommation siège d'un nouveau droit du cautionnement », *JCP. E* 2003, n° 1433, p.1610, n° 17.) que le Code la consommation était devenu « *le siège d'un nouveau droit du cautionnement* » et que cette réforme scellait la victoire des principes consuméristes sur les institutions. Sur cette loi, v. aussi, L. AYNES, « La réforme du cautionnement par le loi Dutreil », *Dr. & Patr.*, novembre 2003, p. 28.

cautionnement, [cette loi] *est plus qu'un avis de grand frais* »[460] et, avec elle, « *le législateur* [vient] *d'atteindre une nouvelle fois à l'efficacité des cautionnements que les banques et autres créanciers peuvent attendre d'une personne physique* »[461]. C'est que l'article 11 de cette Loi, devenu l'article L. 341-2 du Code de la consommation impose à la caution personne physique le respect d'un formalisme à peine de nullité de son engagement. En effet :

> « *Toute personne physique qui s'engage par acte sous seing privé en qualité de caution envers un créancier professionnel doit, à peine de nullité de son engagement, faire précéder sa signature de la mention manuscrite suivante, et uniquement de celle-ci : En me portant caution de X…, dans la limite de la somme de…couvrant le paiement du principal, des intérêts et le cas échéant, des pénalités ou intérêts de retard et pour une durée de …, je m'engage à rembourser au prêteur les sommes dues sur mes revenus et mes biens si X… n'y satisfait pas lui-même.* »

140. – Difficultés posées par l'article L. 341-2 C. consom. La lecture de cet article laisse penser qu'il signe l'acte de décès du cautionnement illimité en montant, puisqu'il impose une limite à tout engagement comme caution à peine de nullité. La question qui se pose est alors de savoir si cette disposition – ainsi que les autres articles issus de cette loi[462] – s'applique aux cautionnements commerciaux donnés par des personnes physiques, comme dans la présente étude, puisque ce texte vise toute personne physique. Et, la situation de cet article dans le Code de la consommation accroît la difficulté, puisqu'il est possible d'en déduire que seuls certains cautionnements sont visés.

La doctrine reste assez partagée sur la question. Certains auteurs préconisent une application du texte à toute caution sans distinction dans la mesure où l'un des objectifs du texte est d'apporter une limite légale à la liberté des parties dans la délimitation de l'étendue du cautionnement[463]. D'autres auteurs, à défaut d'être réservés, font montre d'une extrême prudence en recommandant le respect de cette disposition au cautionnement commercial donné par des personnes physiques jusqu'à l'émergence d'un « *nouvel ordre* »[464].

---

460 A. CONSTANTINI, note sous Cass. com., 11 juin 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, § 216, p.1017, n° 7.

461 A. PRÜM, « Protéger les cautions contre elles-mêmes ! », *RD bancaire et financier* 2003, p. 269.

462 *Infra*, n° 287 et s.

463 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, 6ème éd. L.G.D.J. 2008, n° 158. Dans le même sens, L. AYNES, « Réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *op. cit*, p. 29 ; D. HOUTCHIEFF, « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP. G* 2003, *I*, 161.

464 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 127.

141. – Le cantonnement du domaine de l'article L. 341-2 C. consom. au seul droit de la consommation. L'esprit du texte. Toutefois, si le formalisme ainsi imposé a une vertu informative dans la mesure où il tend à de faire prendre à la caution conscience de la portée de son engagement[465], justifiant son application générale, les restrictions qu'il pose s'expliquent moins pour le cautionnement donné à une société. A cet égard, il faut rappeler que la Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 (Loi pour la confiance dans l'économie numérique) en son article 25-I, devenu article 1108-1 & 2 C. civ., permet au dirigeant social de souscrire, par voie électronique, des garanties pour les besoins de sa profession, lors même que l'écrit est exigé *ad validitatem*[466]. *Cette importante exception témoigne de la spécificité de tels engagements*, laquelle spécificité doit l'affranchir des exigences de la loi Dutreil. Dans ce sens, s'il est vrai que le cautionnement illimité présente un risque important, il ne répond pas moins à certaines exigences de la pratique : le cautionnement du compte courant bancaire d'une société, par exemple. De fait, parce que les cautionnements illimités en montant répondent à des besoins légitimes et propres à l'exercice d'une activité sous forme sociétaire, l'interdiction de leur souscription ou leur nullité ne se justifient pas, à moins que le législateur ait voulu imposer la souscription d'un engagement absolument uniforme[467].

En outre, même si l'ambition de cette loi était d'inciter l'esprit entrepreneurial tout en garantissant une grande sécurité personnelle aux entrepreneurs face aux aléas de la vie économique ainsi qu'une meilleure prévention des risques qu'ils assument[468], il n'en reste pas moins vrai que cette loi a été adoptée dans une climat ambiant caractérisé par un surendettement croissant des particuliers, consécutif aux emprunts bancaires excessifs et autres crédits à la consommation, en raison de la folie consumériste qui caractérise notre temps. Sa situation dans le Code de la consommation l'atteste. A cet égard, le vote de cette loi témoigne de la bonté du législateur[469], puisqu'il s'est montré sensible au sort des cautions.

---

465 *Ibid.*

466 Art. 1108-2, 2°.

467 Les remarques ne sont pas neuves. V. PH. SIMLER, « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », *JCP.N.* 1986, I, p.169 et s., n° 43 et 44.

468 A. PRÜM, « Protéger les cautions contre elles-mêmes ! », *RD bancaire et financier* 2003, p. 269.

469 G. CORNU, « La bonté du législateur », *RTD. civ.* 1991, p. 283 et s.

Pourtant, il y a lieu de se demander, avec certains auteurs[470], si une prohibition des cautionnements illimités ne va pas à l'encontre de l'objectif affiché de cette loi qui était de favoriser l'initiative économique et non d'apporter des entraves à l'octroi de crédits. De là à penser que « *la loi Dutreil du 1er aout 2003 a commis une erreur en imposant la mention manuscrite de l'article L. 341-2 du Code de la consommation* »[471], il n'y a qu'un pas. Et, « *cette erreur n'est pas tant celle d'une mention imposée* ad validitatem *que celle du contenu d'une mention qui, indirectement, prohibe désormais certains cautionnements* »[472].

142. – Le recours à l'acte authentique. D'un autre point de vue, le texte vise expressément les cautionnements donnés par acte sous seing privé ; ce qui suppose que la conclusion de cautionnements illimités en montant par acte authentique demeure pleinement valable. Il en va de même lorsque le cautionnement émane d'une personne morale ou lorsque le créancier agit en dehors de son activité professionnelle ou encore lorsque le cautionnement garantit une obligation autre que la restitution. La validité du cautionnement illimité en montant reste incontestable lorsqu'il est conclu par acte authentique, ce qui est fréquent en pratique. Du reste, il est possible de considérer que l'indication de la limite de l'engagement requise par ce texte ne vaut qu'autant que le cautionnement en comporte. Cette lecture s'infère de l'article 2293 du Code civil qui permet la souscription de cautionnements indéfinis.

143. – Importance de la solidarité dans les affaires. Enfin, l'article L. 341-5 du Code de la consommation, issu de la même loi, énonce que les stipulations de la solidarité et de renonciation au bénéfice de discussion sont réputées non écrites si l'engagement de la caution personne physique au profit d'un créancier professionnel n'est pas limité à un montant global, expressément et contractuellement déterminé, incluant le principal, les intérêts, les frais et accessoires. *A contrario,* cet article signifie que le cautionnement peut être d'un montant indéterminé lorsqu'il est simple[473]. Indépendamment de cette interprétation, une autre raison milite en faveur de l'exclusion de cet article au

---

470 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 130.

471 A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, p. 587 et s, n° 14.

472 *Ibid*.

473 En ce sens, D. LEGEAIS, « Le Code la consommation siège d'un nouveau droit du cautionnement », *op. cit*., n° 20.

cautionnement donné à une société, c'est sa nature commerciale[474]. Cette nature entraîne une présomption de solidarité dont l'automatisme présente d'indéniables intérêts pour les acteurs du milieu des affaires[475]. Et c'est en prenant en compte cette réalité du monde des affaires que certaines personnes sont conduites à s'engager aux côtés ou en faveur d'autres personnes avec qui elles entretiennent des relations privilégiées.

144. – Précédent législatif. A vrai dire, les difficultés que pose l'article L. 341-2 précité du Code de la consommation sont comparables à celles que suscita en 1980 la réforme de l'article 1326 par la Loi n° 80-525 relative à la preuve des actes juridiques. Cette réforme a remplacé la formule de l'article « bon pour » par celle de la mention manuscrite en lettre et en chiffre du montant de l'engagement. A cette époque, il était soutenu que cette nouvelle exigence interdisait dorénavant le cautionnement illimité en montant[476]. La question s'en est trouvée accrue, puisque la même loi avait modifié l'ancien article 109 du code de commerce[477], les dirigeants sociaux non commerçants devant dès lors respecter l'exigence de l'article 1326. Ce faisant, tout cautionnement qui ne comprenait pas le montant de l'engagement chiffré et en lettres ou celui qui ne l'indique qu'en chiffres ou en lettres était irrégulier[478].

Cependant, la Cour de cassation dut écarter cette interprétation en décidant que « *les modifications apportées à l'article 1326 par la loi du 12 juillet 1980 n'interdisent pas le cautionnement indéfini prévu par l'article 2016* » et exigea pour la validité de ce type de cautionnement une mention spéciale[479]. Par la suite, la jurisprudence a posé comme principe que l'insuffisance de la mention manuscrite servait de commencement de preuve

---

474 *Infra*, n° 182, 211 et s.

475 *Infra,* n° 237 et s.

476 V. F. CHAMOUX, « La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de moyens de preuve », *JCP.G* 1981, *I*, 3008. a la suite de cette réforme, pour prouver un acte juridique unilatéral, il faut un écrit (art. 1341 C. civ.) qui soit lui-même conforme à l'article 1326 tel que modifié, c'est-à-dire être un original signé de la main de celui qui s'engage et porter la mention manuscrite de la main de la somme objet de l'engagement.

477 L. n° 80-525 du 12 juillet 1980. Depuis cette réforme, la preuve des actes de commerce n'est plus libre que pour les actes accomplis par les commerçants, c'est-à-dire en clair des cautionnements souscrits par des commerçants.

478 Cass. 1ère civ., 13 novembre 1996 : *JCP. G* 1996, *IV*, 16 et 4033, n° 5 ; *JCP. G* 1997, *II,* 22810, note Y. DAGORNE-LABBE ; D. 1997, p. 368, note F. PASQUALINI ; *Dr & patr*. 1997, p. 66, obs. P. CHAUVEL ; *RJDA* 2/97, n° 247 ; *Banque* 1997, n° 582, p. 83, note J.L. GUILLOT.

479 Selon la Cour de cassation, la mention manuscrite dans un tel cautionnement doit exprimer de façon claire et non équivoque la connaissance de la nature et de l'étendue de l'obligation. En ce sens, Cass. 1ère civ., 18 juin 1985 : *Défrénois* 1985, p. 1456.- Cass. 1ère civ., 16 juin 1987 : *D*. 1987, p. 422, note L. AYNES.- Cass. 1ère civ, 8 décembre 1987, *D* : 1988, p. 271, note L. AYNES. - Cass. com., 13 janvier 1995 : *RJDA* 7/95, n° 879. V. aussi, P. GRIMALDI, « La preuve du cautionnement illimité », *RJDA* 10/93, p. 686.

par écrit que des éléments extrinsèques pouvaient, le cas échéant, compléter. Ainsi, l'absence de cette mention dans un cautionnement donné par un dirigeant social n'affectait pas la validité du cautionnement, puisque le dirigeant est, en raison de cette qualité, considéré comme conscient de la gravité de son engagement[480]. En revanche, elle a jugé que le lien de filiation entre la caution et le dirigeant social n'est pas un élément extrinsèque suffisant à établir la parfaite information de la caution[481]. Dans le même sens, la qualité d'associé est seule impropre à compléter le commencement de preuve par écrit[482].

145. – Pour l'exclusion définitive de l'article L. 341-2 C. consom du domaine des affaires[483]. Ces divers arguments militent en faveur de l'exclusion du cautionnement donné à une société par toute personne physique du domaine d'application des dispositions issues de la loi Dutreil. La vertu incontestable de cette exclusion serait de reconnaître la validité des cautionnements illimités en montant lorsqu'ils sont donnés dans un contexte correspondant au cadre de cette étude. « *Le cautionnement est une sûreté recherchée tout particulièrement par les établissements de crédit qui en sont les principaux utilisateurs car elle est adaptée à tous types de concours* […] »[484], surtout lorsqu'il garantit les dettes d'une société[485].

---

480 V. cependant les réserves de J. PAILLUSSEAU (*in* « Les vissicitudes de la loi du 25 janvier 1985 », *LPA*, 12 janvier 1994, p. 8, n° 6.) sur la qualité de professionnel des dirigeants sociaux. S'appuyant sur des cas précis, cet auteur montre que plusieurs dirigeants sociaux sont loin d'être des professionnels, puisqu'ils ignorent les règles les plus élémentaires de gestion et leur capacité à distinguer le trésorerie des bénéfices est incertaine, au même titre que l'évaluation de leur chiffre d'affaire.

481 Cass. com., 6 décembre 1994 : *JCP. G* 1995, *I,* 3851, n° 3.

482 En ce sens, Cass. com., 13 mai 1994 : *JCP. E* 1995, *II*, 675, note, DESPAQUIS ; *Défrénois* 1994, *Article* 35897, p. 1167 ; *RTD. civ*. 1994, p. 902 ; *RJDA* 11/94, n° 1184.- Cass. com., 2 avril 1996 : *Bull. Joly* 1996, p.665.

483 Et *infra*, n° 287 et s.

484 A. CERLES et M. SEJEAN, « Le cautionnement : du code civil au code de la consommation ou les illusions de la protection », in *Etudes offertes au Doyen PH. SIMLER*, Litec-Dalloz 2006, p. 273.

485 Toutefois, il convient de préciser que l'article. L. 341-2 du Code de la consommation précité vise les cautionnements consentis sous seing privé en faveur des créanciers professionnels. Le créancier professionnel est celui « *dont la créance est née dans l'exercice de sa profession ou se trouve en relation directe avec son activité professionnelle, bien que celle-ci ne soit pas son activité principale* » (L. AYNES, « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. & Patr.*, novembre 2003, p. 28 et s.). Ces créanciers sont ceux qui se font consentir des garanties dans le cadre de leur activité. Or, pèse sur cette catégorie de créanciers une « obligation de mise en garde » leur imposant d'alerter leurs cocontractants sur le caractère risqué de l'engagement qu'ils souhaitent souscrire (R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 2ème éd. Dalloz – 2008, n° 362. 11 et s.).

Cette obligation, fruit d'une construction jurisprudentielle (*Cf* : J. STOUFFLET, « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », *RD bancaire et financier*, novembre 2007, *Dossier* 26, p. 78 et s.) donne lieu à un contentieux nourri qui aboutit souvent à retenir la responsabilité civile du dispensateur de crédit (C. HOUIN-BRESSAND, « Bilan de

146. – Identification nécessaire des parties dans l'*instrumentum*. D'autres difficultés peuvent naître du cautionnement illimité en montant, en raison essentiellement du caractère uniquement déterminable de ou des obligations garanties. Aussi, convient-il de bien identifier les parties au rapport principal afin de délimiter le cadre des obligations garanties. Or, si l'identification du débiteur principal ne pose pas de problème en raison du caractère *intuitu personae* de l'engagement de la caution[486], il n'est pas exclu que celle-ci ne figure pas dans l'*instrumentum*. Faut-il dans ce cas déclarer le cautionnement nul ? La jurisprudence est mouvante sur cette question.

Après avoir exigé dans un premier temps que le débiteur soit simplement identifiable au regard du contexte économique[487], elle a érigé l'identité du débiteur en condition de validité de l'engagement[488]. Il faut se rappeler que ce changement correspondait à une époque ou la jurisprudence était très protectrice de la caution. C'est pourquoi cette position a été tempérée par la Cour de cassation en retenant que si l'acte de cautionnement qui ne comporte pas d'indications sur l'identité du débiteur n'est pas valable, un tel acte peut néanmoins valoir commencement de preuve par écrit[489], susceptible d'être complétée par des éléments extérieurs[490]. C'est pourtant à une recherche d'une autre nature à laquelle se livrent les juges lorsqu'il s'agit de déterminer la dette d'une caution dont l'engagement n'a pas été limité dans le temps.

---

jurisprudence sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit », *RD bancaire et financier*, septembre-octobre 2007, *Dossier* 23, p. 78 et s.). En permettant à la société débitrice de bénéficier de prêts ou de crédits importants susceptibles de justifier la souscription de cautionnements illimités, le créancier professionnel commettrait, sans doute, une faute susceptible d'entraîner sa responsabilité civile. D'autant que, en plus de leur inclinaison procédurière, tout du moins de certaines d'entre elles, les cautions bénéficient d'une option procédurale dans l'hypothèse d'une faute commise par le banquier envers le débiteur principal (V. D. LEGEAIS, « L'option procédural offerte à la caution invoquant la responsabilité du banquier », *RD bancaire et bours*e, novembre-décembre 1999, p. 196 et s.). C'est dire que si l'interdiction de cautionnements illimités venait à s'étendre au domaine des affaires, ce serait moins par l'effet direct de l'article. L. 341-2 du Code de la consommation précité que par la prudence des banquiers dispensateurs de crédit. Cette analyse est aussi valable pour l'exigence de proportionnalité, *infra*° 287 et s.

486 Sur le cas particulier de la société en formation, *infra*, n° 450 et s.

487 Cass. com., 24 novembre 1970 : *Bull. civ. IV*, n° 314. - 16 janvier 1978 : *Bull. civ. IV*, n° 21.

488 Cass. com., 22 janvier 1985 : *Bull., civ. IV*, n° 29.

489 Cass. 1ère civ., 20 octobre 1993 : *JCP. G* 1994, *I*, 3765, obs. PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE ; *JCP. E* 1994, *Panorama* 1309 et *II*, 616, p. 203, note PH. SIMLER. En l'espèce, l'identité du débiteur n'avait pas été omise, mais simplement recouverte de blanc et devenue de fait illisible. Par contre, le procédé d'écriture utilisé est complètement indifférent : l'indication du nom du débiteur au crayon n'empêche pas l'acte de valoir preuve complète. En ce sens, Cass. com., 8 octobre 1996 : *JCP. G* 1997, *I*, 3991, n° 2 ; *JCP. N* 1996, p. 1487 ; *D*. 1997, p. 504, note A. FAUCHON ; *RJDA 1/97*, n° 96.

490 Cass. com. 17 janvier 1995 : *RJDA* 7/95, n° 876 ; Cass. civ., 13 novembre 1997 : *JCP. G* 1997, *IV*, 2522 ; *D. Aff*. 1/2 1998, p. 10 ; Cass. com., 20 janvier 1998 : *Bull. civ. IV*, n° 25.

SECTION 2

L'ETENDUE TEMPORELLE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

147. – Division. Le temps peut influencer l'engagement de la caution de deux manières. D'une part, la caution, en s'engageant, indique expressément la durée de son engagement en le limitant dans le temps ; le temps aura alors un effet stabilisateur sur la portée de son engagement (**§1**). D'autre part, la caution ne limite pas son engagement par la stipulation d'un terme au moment de son engagement ; le temps sera ici un facteur d'accroissement de la portée de son engagement (**§2**).

§ 1. – LE CAUTIONNEMENT LIMITE DANS LE TEMPS

148. – Subdivision. Dans la stricte logique, seul un cautionnement illimité dans le temps, c'est-à-dire dont la dette du débiteur naît progressivement, peut recevoir une limitation temporelle. En effet, dans le cautionnement garantissant une dette déterminée, déjà née, l'obligation de couverture naît et se ferme instantanément. En revanche, lorsque le cautionnement est illimité, l'obligation de couverture naît bien lors de la conclusion du contrat, mais elle demeure ouverte et va s'accroître avec la naissance progressive de la dette (ou des dettes) du débiteur[491]. En toute logique donc, enfermer l'obligation de couverture dans une limite temporelle est plus aisé (**A**). Or, si l'obligation de couverture peut être limitée dans le temps, rien n'empêche que l'obligation de règlement reçoive la même limitation (**B**).

[491] En réalité, ce sont les dettes à venir du débiteur qui sont concernées ici, car ce sont des dettes qui apparaîtront au fur et à mesure de leur naissance. L'intérêt pour la caution de limiter son engagement dans le temps est alors évident puisque de la durée de son engagement dépendra la somme qu'il sera tenu de payer à terme. Car, aussi longtemps qu'il n'aura pas résilié son engagement, la dette cautionnée augmentera. V. *supra*, n° 122 à 125.

A. – LA LIMITATION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE

149. – Deux hypothèses de limitation. Dans un cautionnement de dette future, l'obligation de couverture est, il faut le rappeler, celle qui détermine la surface que va couvrir l'engagement de la caution ; elle est une sorte de contenant extensible de l'engagement de la caution. Cette obligation peut être limitée dans deux hypothèses. En premier lieu, la limitation peut être tout à fait indépendante de la volonté de la caution : la durée du cautionnement sera simplement celle de la relation principale (***1***). En second lieu, la limitation de l'obligation de couverture peut s'avérer totalement indépendante de la relation principale ; la caution ayant pris soin de limiter son engagement (***2***).

1. – Une limitation liée à la relation principale

150. – Explication. La limitation de l'obligation de couverture au regard de l'obligation principale est somme toute simple : la caution s'engage pour la durée de la relation principale quel que soit son terme ; la durée de l'obligation principale est alors aussi celle du contrat de cautionnement. L'intérêt d'un tel alignement est indéniable pour le créancier qui se voit assuré la couverture de l'ensemble des dettes dont le débiteur pourrait être tenu à son égard – dans la limite du montant du cautionnement s'il en comporte – puisqu'un tel cautionnement ne peut être révoqué[492]. Cet alignement peut aussi être expressément mentionné dans l'acte de caution par une clause y relative ou plus indirectement par renvoi à la durée de la relation principale. Plus généralement, cet alignement se fait de manière tacite. Dans ce cas, il emprunte simplement la durée de l'opération principale. Le caractère accessoire de l'engagement de la caution le justifie amplement. En pratique, il s'agira souvent des cas où le cautionnement est donné sans limitation de durée, mais pour garantir l'exécution d'une opération précise tel un contrat-cadre ou un compte courant bancaire.

151. – Difficulté en cas de tacite reconduction du contrat principal. Cependant, l'alignement de l'obligation de couverture sur la durée de la relation principale ne va pas sans susciter d'importantes difficultés, spécialement lorsque le contrat principal a été

[492] *Infra*, n° 416.

reconduit expressément ou tacitement reconduit[493]. Faut-il considérer que l'obligation de couverture prend fin à la survenance du terme ou qu'elle est automatiquement reconduite en même temps que l'obligation principale ? La réponse est assurément négative, et l'obligation de couverture de l'engagement de caution ne saurait faire l'objet d'une reconduction tacite. En effet, « *la reconduction est jugée comme étant à l'origine de la conclusion d'un nouveau contrat, et donc d'un nouveau rapport obligatoire, emprunterait-il les mêmes termes du précédent* »[494]. La jurisprudence est bien établie en ce sens[495].

En outre, le cautionnement est un contrat à part entière qui ne peut être reconduit qu'avec l'accord de la caution, sous peine pour le créancier de perdre ses recours contre elle[496], puisque par la novation faite entre le créancier et l'un des débiteurs solidaires, les codébiteurs sont libérés et la novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions[497]. Il appartient donc aux juges du fond de vérifier, avant de condamner la caution à garantir les obligations nées du nouveau contrat, que le cautionnement, accessoire au contrat initial, a également été reconduit[498]. Ainsi, faute par le créancier d'obtenir l'accord de la caution, l'obligation de couverture est simplement éteinte[499]. Au demeurant, la chambre commerciale de la Cour de cassation qualifie de cautionnement limité tout cautionnement dès lors que le contrat garanti comporte un terme, et ce, même si ce contrat est renouvelable par tacite reconduction[500].

---

493 M.-E. ANDRE, « Le sort des cautions en cas de poursuite de la relation cautionnée », *in Mélanges CH. MOULY*, Tome 2, éd. Litec 1998, p. 265 et s.

494 S. TORCK, *op. cit*., n° 13 *in fine*.

495 Cass. com., 13 mars 1990 : *Bull. civ. IV*, n° 77; *RTD. civ*. 1990. 464, obs. J. MESTRE. – Versailles, 22 novembre 1991 : *RJDA* 1992, n° 217, p. 167 ; *RTD. civ*. 1992, 556, obs. J. MESTRE. – Cass. com., 11 février 1997 : *Bull. civ. IV*, n° 46 ; *D*. 1998, 552, note D. BOCCARA ; *LPA*, 24 octobre 1997, note D.- R. MARTIN. Dans ce dernier arrêt, il est notable que la Cour ne prend pas en compte les prévisions des parties. Le contrat stipulait que « *la caution acceptait sans réserves toutes prorogations ou délais qui pourraient éventuellement être accordés à l'emprunteur lesquels ne constitueraient novation en aucun cas, sa responsabilité restant entière jusqu'à la libération de l'emprunteur* ». La Cour juge pourtant que « *la tacite reconduction n'entraine pas prorogation du contrat primitif, mais donne naissance à un nouveau contrat (...)* ».

496 Cass. 1ère civ., 1er décembre 1993 : *JCP. E* 1994, 408, n° 7.

497 Art. 1281. al. 1 et 2 C. civ.

498 Cass. com., 11 juin 2003 : *Bull*. n° 94.- Cass. com., 11 février 1997 : *Bull.* n° 46.- Cass. 1ère civ., 4 octobre 2000 : *Bull* n° 234.

499 Cass. com., 13 mars 1990, *préc*. 4ème espèce, *LPA*, 24 octobre 1997, note D.R. MARTN.

500 Cass. com., 4 novembre 1986 : *Bull. civ. IV*, n°197 ; *RD. bancaire et bourse* 1987, p. 58, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

Cette solution est critiquée par certains auteurs qui estiment que le renouvellement du crédit ou du contrat initial est un risque prévisible que la caution doit pouvoir couvrir[501]. La caution ne devrait par, par conséquent, se trouver libérée en cas de renouvellement du contrat initial et en l'absence de son accord sur le maintien de son engagement suite à cette reconduction[502]. L'argument de la fonction de garantie du cautionnement avancé ne semble pas déterminant pour justifier le maintien de la caution et l'état de la jurisprudence sur cette question est pleinement justifié. Il en va autrement en cas de prorogation du contrat principal garanti.

152. – Maintien de l'engagement de caution en cas de prorogation du contrat garanti. Distinction de la tacite reconduction d'avec la prorogation. La prorogation, à la différence de la reconduction, « *consiste en un étirement conventionnel de la relation contractuelle. On parle de contrat prorogé lorsque le contrat modificatif maintient la convention en atteignant, seulement, sa durée* »[503]. La prorogation maintient en vigueur la relation contractuelle au-delà de son échéance initiale[504] ; elle est alors une modification apportée à un droit dans le sens d'un étirement dans le temps. La prorogation atteint ici uniquement le temps en prolongeant la relation envisagée et s'analyse en un report de l'échéance du terme extinctif. En cela, la prorogation se distingue de la tacite reconduction[505]. En effet, à la différence de la prorogation, la tacite reconduction repose sur une présomption de la volonté des parties de poursuivre la relation contractuelle[506], en raison de la poursuite de l'état de fait qui résultait de celui-ci, entre les parties. La tacite reconduction se ramène par conséquent à la conclusion d'un nouveau contrat en ce qu'elle renouvelle le contrat originaire en de mêmes termes et conditions[507]. Au contraire, la prorogation étire simplement le terme du contrat sans pour autant entraîner la conclusion d'un nouveau contrat ; elle étire le terme du contrat originaire et transforme le contrat à durée déterminée en un contrat à durée indéterminée, résiliable par conséquent à tout

---

501 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC, PH. PETEL, *op. cit*., n° 189.

502 *Ibid*.

503 M.-E. ANDRE, « Le sort des cautions en cas de poursuite de la relation cautionnée », *op. cit*., n° 3.

504 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., *v° « Prorogation »*.

505 La tacite reconduction peut s'apprécier au regard de deux conditions cumulatives : d'une part, le silence gardé par les parties au terme du contrat initial ; d'autre part, l'intérêt commun pour les parties à voir la relation contractuelle se poursuivre pour une durée plus ou moins longue, à défaut d'être équivalente à celle du contrat initial ; et ce, en de mêmes termes et conditions.

506 La jurisprudence considère, en effet, que le contrat renouvelé est un nouveau contrat et que les obligations qui en découlent sont exclues du champ contractuel du cautionnement.

507 M. BILLIAU, obs. sous Cass. com., 18 février 1992 : *JCP. G 1992, I*, p. 268.

moment[508]. Ainsi, lorsque le contrat principal garanti est prorogé, le cautionnement est maintenu. Cette prorogation du contrat principal est prévue par le législateur. Aux termes de l'article 2316 du Code civil (ancien article 2039), « *la simple prorogation de terme, accordée par le créancier au débiteur principal, ne décharge point la caution, qui peut, en ce cas poursuivre le débiteur principal pour le forcer au paiement* ». De fait, la prorogation du terme du contrat principal se répercute sur le cautionnement qui en garantit l'exécution dès lors que la caution n'a pas poursuivi le débiteur en vue de l'inciter au paiement. Dénoncée par la doctrine[509], la solution est retenue par la jurisprudence qui en conditionne cependant l'application au maintien, pour la caution, du bénéfice de la subrogation aux droits et privilèges du créancier[510].

2. – Une limitation indépendante de la relation principale

153. – Deux cas de limitation indépendante de la relation principale. La limitation temporelle de l'obligation de couverture de la caution peut être indépendante de la durée de l'obligation principale dans deux cas. En premier lieu, il peut en être ainsi lorsque le cautionnement est donné pour une durée moins importante que celle de l'obligation principale alors même que celle-ci est, elle-même, limitée[511]. En second lieu, il peut s'agir de l'hypothèse où la relation principale est à durée indéterminée. Dans ce cas, il s'agit spécialement du cautionnement limité dans le temps de toutes les dettes dont le débiteur sera tenu envers le créancier.

Au demeurant, la limitation de l'obligation de couverture dans le temps n'exige aucune formalité particulière, elle se fait suivant les règles du droit commun. Ainsi, les parties fixent librement le terme de l'engagement ; lequel terme peut être certain ou incertain. Dans cette dernière hypothèse, la révocation du dirigeant social ou la cessation de ses fonctions peuvent constituer des termes extinctifs incertains[512]. Il en va d'ailleurs de même de la fusion de la société débitrice ou du divorce ou la séparation de la caution avec son conjoint ou encore de la cession par un associé caution de l'ensemble de ses parts

---

508 Par exemple : Cass. com., 18 février 1992, *préc*.

509 CH. MOULY, *Thèse préc*., n° 236.

510 Cass.1ère civ., 16 février 1970, *D*. 1970, p. 428.

511 Entrent par exemple dans cette hypothèse le cautionnement d'un contrat-cadre, puisque dès sa conclusion, la caution est libérée. Elle ne garantit pas de fait les dettes nées des divers contrats d'application du contrat-cadre lui-même.

512 *Infra*, n° 368 et s.

sociales[513]. La fixation de ce terme constitue pour la caution un gage de sécurité dès lors que ce terme influence la somme qu'elle devra payer le cas échéant.

B. – LA LIMITATION DE L'OBLIGATION DE REGLEMENT

154. – L'admission de la limitation de l'obligation de règlement. Dans un contrat de cautionnement, est-il possible de limiter l'obligation de règlement ? La question peut surprendre, dans la mesure où cette obligation « *n'a aucune durée : elle est à exécution instantanée et se réalise en un trait de temps, celui nécessaire au paiement qui consiste au paiement de somme d'argent* »[514]. En effet, la caution est tenue de payer la dette garantie en cas de défaillance du débiteur principal. Cette obligation de payer trouve sa justification dans la naissance de la dette du débiteur principal et dans son engagement. Par conséquent, la caution est, en principe, tenue de payer toute dette née pour laquelle elle s'est engagée en cette qualité, puisque son engagement couvre cette dette. Comment comprendre alors que cette obligation puisse être limitée ? C'est que, au fond, à toute obligation de couverture succède une obligation de règlement. Partant, la stipulation d'une limitation de l'obligation de couverture implique fatalement une limitation de l'obligation de règlement. Dès lors, la recherche d'une signification à la limitation de l'obligation temporelle de règlement s'impose (***1***). Cette recherche permettra par la suite de mesurer la portée d'une telle limitation (***2***).

1. – La signification de la limitation temporelle de l'obligation de règlement

155. – Le sens de la limitation. La limitation temporelle de l'obligation de règlement consiste à insérer dans le contrat une clause prévoyant un délai au-delà duquel il ne serait plus possible au créancier de poursuivre la caution en paiement de la dette du débiteur défaillant. Autrement dit, le créancier ne serait recevable à poursuivre la caution en paiement que durant la période conventionnellement fixée. Ce faisant, toute inaction du

[513] *Infra*, n° 341 et s.
[514] M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 219.

créancier pendant cette période entraîne automatiquement une libération de la caution à la survenance du terme[515]. Néanmoins, le cautionnement ayant une fonction de garantie, il est logique que cette limitation n'aille pas à l'encontre de cette fonction. C'est la raison pour laquelle une telle limitation ne peut avoir un réel intérêt que si elle vise une date bien postérieure à l'extinction de l'obligation principale garantie, puisque la caution ne peut être logiquement poursuivie avant la survenance de cette extinction.

La jurisprudence attache des conséquences variables à la limitation de l'obligation de règlement selon qu'il s'agit d'un cautionnement d'une dette déterminée ou d'une suite de dettes successives et à venir. Dans ce dernier cas, elle refuse d'établir une corrélation entre la stipulation d'un terme à l'obligation de couverture d'avec la limitation de l'obligation de règlement en l'absence de toute référence directe à celle-ci[516]. Toutefois, certaines juridictions de fond ont pu décider que le terme de l'obligation de couverture s'étendait à l'obligation de règlement, ainsi qu'en atteste un arrêt de la Cour d'appel de Metz[517].

156. – Validité de la clause de limitation de l'obligation de règlement. La validité des clauses de limitation de l'obligation de règlement ne souffre aucune contestation. Le législateur a d'ailleurs prévu de telles stipulations. Ainsi, en matière de lettre de change, la caution d'une lettre de change perdue, acceptée ou non, ne peut être tenue du paiement de celle-ci au-delà de trois ans, en l'absence de toute demande ou poursuites judiciaires[518]. En outre, la jurisprudence admet la validité de ces clauses en reconnaissant à la caution la faculté de limiter la période pendant laquelle elle sera poursuivie après l'échéance de la

---

515 Cass. com., 14 octobre 1987 : *Bull. civ. IV*, n° 195.

516 Paris, 28 novembre 1975 : *JCP. G* 1976, *II*, 18263, note PH. SIMLER. - Cass. com., 17 décembre 1996 : *RJDA* 4/97, n° 549. En l'espèce, la Cour décide que « *...sauf stipulation contractuelle non alléguée limitant dans le temps le droit de poursuite du créancier, le seul fait invoqué que la caution soit appelée à régler postérieurement à la date limite de son engagement est sans incidence sur son engagement à payer les dettes échues auparavant* ».

517 Metz, 20 avril 1994 : *Juris-Data* n° 043050 ; *JCP. G* 1995, *I*, 3851, n° 4. Selon les juges d'appel messins, *« ...en ne se contentant pas de fixer le terme de son engagement, mais en y ajoutant une mention manuscrite stipulant la caducité de l'acte au… , mention qui doit être interprétée en faveur de la caution par application des articles 1162 et 2015 du Code civil, M a manifesté sa volonté de mettre fin, à la date fixée, non seulement à son obligation de couverture, mais également à son obligation de règlement, en signifiant qu'aucune poursuite ne pourrait plus être exercée à son encontre à cette date, l'acte de caution étant privé de tout effet* ».

518 Lecture combinée des articles L. 511-33, L. 511-34 et L. 511-37 C. com.

dette[519]. Enfin, au regard de la liberté contractuelle, rien n'empêche les parties d'insérer de telles clauses dans leur contrat.

157. – Nature juridique de la limitation de l'obligation de règlement. Au demeurant, on peut s'interroger sur la nature juridique de la stipulation d'une limitation de l'obligation de règlement. La Cour de cassation juge que la limitation du recouvrement contentieux à une durée précise à compter du terme du contrat principal est analysée comme un délai de forclusion et non un délai de prescription, susceptible, à ce titre, d'interruption ou de suspension[520]. Cette analyse n'est pas celle de la doctrine. Certains auteurs analysent ainsi la limitation temporelle de l'obligation de règlement en une prescription extinctive conventionnellement abrégée[521]. A l'appui de cette analyse, il est soutenu que le terme extinctif est un concept inconciliable avec celui d'obligation instantanée qui caractérise l'obligation de règlement[522].

D'autres auteurs analysent cette limitation en une stipulation de caducité à date déterminée[523]. Dans ce sens, la stipulation d'une limite au-delà de laquelle la caution ne peut être poursuivie entraîne l'extinction de l'obligation de règlement de la caution, l'acte caduc ne produisant plus aucun effet.

158. – En toute hypothèse et quelle que soit la qualification retenue – délai de forclusion, prescription conventionnellement abrégée ou caducité à date déterminée – la finalité reste la même : éviter à la caution d'être tenue au paiement au-delà d'un délai déterminé. Et, rien n'interdit aux parties d'aménager conventionnellement les délais de prescription de leur acte[524], pourvu que cette stipulation laisse au créancier un délai suffisant pour agir car une telle stipulation est dangereuse pour le créancier[525]. Ne constituant pas, en effet, de clause limitative de responsabilité mais bien une clause qui atteint le droit d'action lui-même, elle ne cède pas devant la faute lourde ni devant le dol. Et, contrairement à ce qui paraît, une

---

519 Versailles, 1er juillet 1993 : *RJDA* 10/93, n° 823. En l'espèce, les juges soutiennent que la « *caution peut valablement limiter le période pendant laquelle elle peut être poursuivie après échéance de le dette* ».

520 Cass. 2ème Civ., 14 octobre 1987 : *Bull. civ. II*, n° 195 ; *RTD. civ*. 1988, p. 753, obs. J. MESTRE ; *RD bancaire et bourse* 1988, p. 89, obs. CREDOT et GERARD.

521 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 219, 341.

522 *Ibid.*

523 PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *JCP. G* 1995, *I, Doctrine*, 3851, n° 4.

524 Art. 2219 à 2222 C. civ.

525 PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil – Les obligations*, 3ème éd. Defrénois - 2007, n° 1201.

prescription plus courte ne favorise pas le débiteur, puisque la brièveté du délai incite le créancier à plus de rigueur, tandis qu'une prescription plus longue lui permet plus de mansuétude[526]. Quelle que soit la nature juridique de la limitation de l'obligation de règlement retenue, celle-ci entraîne fatalement l'irrévocabilité de l'engagement de la caution.

2. – L'irrévocabilité comme conséquence de la limitation temporelle de l'engagement

159. – Application rigoureuse de la règle de l'irrévocabilité par la jurisprudence. La limitation d'un cautionnement dans le temps entraîne comme fâcheuse conséquence son irrévocabilité. La jurisprudence applique cette règle avec une certaine sévérité. Ainsi dès lors que la caution s'est engagée à couvrir une dette et que son engagement se trouve limité dans le temps, elle reste irrévocablement tenue jusqu'au terme prévu. La jurisprudence veille au respect de cette exigence, ainsi que le révèle un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation[527].

En l'espèce, un couple s'était porté caution du paiement d'un prêt de somme d'argent consenti par une banque à une société et remboursable en soixante annuités. Deux jours (seulement !) après la signature du contrat, les deux conjoints ont informé l'établissement prêteur par lettre recommandée (avec accusé de réception) de leur volonté de résilier l'engagement car, estimaient-ils, la portée de leur engagement n'avait pas été pleinement mesurée. La banque ne répondit pas à ce courrier mais débloqua tout de même les fonds au profit de l'emprunteur. Quelle ne fut pas la surprise du couple deux ans plus de recevoir une lettre de cette même banque leur réclamant l'exécution de leur engagement ! Trouvant cette demande injustifiée, le couple infortuné saisit les juges du fond aux fins de contestation de la demande de la banque et de constatation de la rétractation unilatérale de leur engagement. Leur demande est rejetée. Le pourvoi en cassation ne trouve pas davantage grâce aux yeux des hauts magistrats qui décident que « *la caution ayant garanti un prêt dont le terme avait été stipulé (60 annuités), a contracté une obligation limitée dans le temps ; c'est donc à juste titre que la Cour d'appel a retenu que cette caution ne pouvait*

---

526 PH. MALAURIE, L. AYNES, PH. STOFFEL-MUNCK, *Droit civil – Les obligations*, op. cit., n° 1201.

527 Cass. civ., 27 juin 1995 : *JCP. G* 1995, I, 3880, obs. M. BILLIAU ; *JCP. G II*, 22526, note, M. BEHAR-TOUCHAIS ; *D*. 1996, *Jurispr*. 276, note, S. PIEDELIEVRE.

rétracter son engagement sans l'accord du créancier, même si celui-ci n'avait pas encore remis les fonds à l'emprunteur »[528].

160. – Appréciation de la règle de l'irrévocabilité. La solution retenue par la Cour de cassation dans cet arrêt est qu'une caution ne peut rétracter unilatéralement son engagement avant la remise des fonds à l'emprunteur et après l'accord de l'emprunteur sur les modalités du contrat de prêt. Un des commentateurs de l'arrêt explique la solution par la naissance simultanée de l'obligation de couverture avec la naissance de l'obligation à couvrir, c'est-à-dire dès la conclusion du contrat (avant que les fonds ne soient remis à l'emprunteur) car, « *il est bien de la nature de l'obligation de couverture de naître avant que ne naisse l'obligation à couvrir* »[529]. L'engagement de la caution pour une durée déterminée entraîne donc son engagement irrévocable à garantir l'obligation principale jusqu'au terme fixé. Il peut donc être retenu, sans aucune exagération, qu'en dépit de son apparente attractivité, la limitation par la caution de son engagement dans le temps conduit en réalité à son enfermement. Et, à la suite de M. P. ANCEL[530], une telle limitation ne saurait trop être conseillée lorsque le cautionnement est donné à une société en raison de multiples évènements qui peuvent affecter aussi bien la société que la caution elle-même. C'est fort de ce constat qu'il est souhaitable pour la caution de s'engager sans limiter son engagement dans le temps.

§ 2. – LE CAUTIONNEMENT ILLIMITE DANS LE TEMPS

161. – Division. Lorsqu'un cautionnement est donné sans limitation de durée, la caution peut à tout instant le résilier unilatéralement (**A**). L'exercice de ce droit de résiliation suscite des difficultés particulières lorsque le cautionnement ainsi résilié a été donné en garantie d'un compte courant bancaire (**B**).

[528] En l'espèce, la limitation était liée à l'obligation principale.
[529] M. BEHAR-TOUCHAIS, note sous Cass. 1ère civ., 27 juin 1995, *préc*., n° 3.
[530] *Le cautionnement des dettes de l'entreprise, op. cit*., n° 112.

A. – LA FACULTE DE RESILIATION UNILATERALE

162. – Justifications de la règle. Lorsque l'engagement de la caution n'est pas limité dans le temps, elle dispose d'une faculté unilatérale de résiliation de son engagement. Si cette règle n'est pas en soi contestée, une certaine incertitude persiste, en revanche, sur son fondement ou sa justification. La doctrine majoritaire justifie cette faculté de résiliation par le respect du principe général de la prohibition des engagements perpétuels[531] ; principe déduit lui-même de plusieurs dispositions du Code civil[532]. Il est ainsi expliqué que si une partie à un contrat est libre de s'engager – même indéfiniment – encore faut-il qu'elle puisse, à un moment donné, se délier en résiliant unilatéralement son engagement. « *Nul n'est admis, par l'exercice de sa liberté présente, à aliéner sa liberté future* », disait-on, jadis[533]. La possibilité, pour chacun, de se dégager du contrat à tout instant apparaît comme un corollaire de la prohibition des engagements perpétuels[534]. Le principe de l'interdiction des engagements perpétuels se présente alors comme le contrepoids de la liberté contractuelle, en même temps qu'il protège la liberté individuelle en elle-même contre le risque de « *sclérose des échanges économiques* »[535].

163. – L'admission d'un principe général d'interdiction des engagements perpétuels. Cependant, c'est l'existence même d'un principe général d'interdiction des engagements perpétuels qui n'est pas admise par tous. M. J. GHESTIN se montre ainsi extrêmement réservé sur l'existence de ce principe. Selon lui, en l'absence de texte de portée générale et face à une jurisprudence rare et d'interprétation controversée, il ne paraît pas possible de parler d'un principe général de prohibition des engagements perpétuels. Ces engagements sont en eux même frappés de nullité et seuls les contrats à durée indéterminée sont valables et peuvent donner lieu à résiliation unilatérale. La résiliation se justifie donc, non pas par

---

531 PH. MALINVAUD, *Droit des obligations, op. cit.,* n° 249 et 266 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, Les obligations, l'acte juridique*, 12 éd. Sirey 2006, n° 292 et 380 ; J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 141, p. 275.

532 Art. 1780. al. 1C. civ. pour le louage de service à vie ; art. 1838 C. civ qui limite la durée du contrat de société à 99 ans ; art. 1709 C. civ. qui interdit le bail perpétuel ; art. 2003 C. civ. pour le mandat perpétuel ; art.1944 C. civ. pour le dépôt à durée illimitée.

533 J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit*., n° 292.

534 *Ibid.*, n° 380.

535 PH. MALINVAUD, *Droit des obligations*, *op. cit*., n° 266, p. 193.

l'existence d'un principe général d'interdiction des engagements perpétuels – qui n'existe pas –, mais par le fait que l'engagement n'est pas limité dans le temps[536].

Pourtant, l'existence de principes généraux en l'absence de tout texte de portée générale y relatif peut être admise. En effet, il n'est pas à exclure qu'un principe général soit latent sous des dispositions fragmentaires et qu'il se dévoile à travers des cas d'espèce. Dès 1940, en effet – et de manière indirecte, bien avant[537] –, la Cour de cassation reconnaissait aux mandataires et prestataires de services le principe d'un droit de rétention pour le paiement de leurs honoraires[538]. Etendu à d'autres domaines par la suite[539], ce principe qui n'apparaissait que dans les textes épars a été régulièrement confirmé[540]. Il a fallu néanmoins attendre l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés[541] pour que soit introduit dans le Code civil l'essentiel des acquis d'une longue évolution doctrinale et jurisprudentielle[542]. Bien avant cette ordonnance, l'existence d'un principe général relatif au droit de rétention n'était nullement contestée, quand bien même il n'existait aucun texte le consacrant expressément[543].

164. – Une autre justification à la faculté de résiliation reconnue au débiteur d'un engagement non limité dans le temps peut toutefois être avancée. Le droit privé français ne reconnaît pas la théorie de l'imprévision[544], à la différence du droit administratif[545] et, dans une moindre mesure, le droit du commerce international[546]. Il est donc nécessaire de ne pas

---

536 J. GHESTIN, « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », *in Mélanges D. Tallon*, Société de législation comparée 1999, p. 251 et s. L'auteur explique que c'est en partant d'une interprétation jurisprudentielle de l'article 1780 C.civ. que l'interdiction des engagements perpétuels s'est généralisée.

537 V. L. JOSSERAND, *L'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus de droit*, 2ème éd. Librairie Dalloz 1939, n° 38-38 bis.

538 Cass. crim., 1er mai 1940, *D.H.* 1940, 169.

539 Cass. 1ère civ., 17 juillet 1950 : *JCP. G.* 1950, *IV,* p. 142. En l'espèce, le droit de rétention est exercé sur un immeuble.

540 Cass. com., 19 février 1958 : *Bull. civ. IV*, n° 82.- Cass. 1ère civ., 17 juin 1969 : *JCP. G 1970, II*, 16162, obs. N. CATALA-FRANJOU. Dans ce dernier arrêt, c'est au visa *des principes relatifs au droit de rétention* que la Cour avance que « *le créancier rétenteur a le droit, sauf disposition législative contraire, de refuser de se dessaisir des objets et documents légitimement détenus, jusqu'à complet paiement de sa créance* ». C'est nous qui soulignons.

541 J.O. 24 mars 2006, p. 4475.

542 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 589.

543 A. AYNES, « La consécration légale du droit de rétention », *D*. 2006, p. 1301 à 1302.

544 Cass. civ. 6 mars 1876 *(affaire du canal de Craponne)*, *préc*.

545 CE, 30 mars 1916 *(affaire Gaz de Bordeaux)*, *préc*.

546 Les principes UNIDROIT (*Section 2 : Hardship, art. 6.2.1 & s*), sans autoriser la révision directe du contrat, obligent cependant les parties, lorsque l'exécution du contrat devient excessivement onéreuse pour l'une d'elles, à négocier en vue d'adapter le contrat ou à y mettre fin.

abandonner la partie qui s'oblige à la volonté de l'autre en requérant son accord pour se délier. La résiliation unilatérale apparaît alors comme le seul moyen de limiter les effets d'un contrat dont l'exécution pourrait apparaître à un moment insupportable par la partie qui s'engage ; elle est, en définitive, « *l'exutoire à la prohibition des engagements perpétuels* »[547]. Ce point de vue se justifie d'autant plus que ce droit de résiliation ne semble accordé qu'aux contrats à durée indéterminée dont la naissance des obligations est à exécution successive.

165. – Consécration légale de la résiliation unilatérale appliquée au cautionnement. L'application de la faculté de résiliation au cautionnement illimité se fonde, d'un point de vue général, sur l'actuel article 2311 du Code civil (ancien article 2034) selon lequel *l'obligation qui résulte du cautionnement s'éteint par les mêmes causes que les autres obligations*. D'un point de vue spécifique au cautionnement, la loi du 1er mars 1984 en son article 48 devenu article L. 313-22 du Code monétaire et financier fait obligation aux créanciers bénéficiaires d'un cautionnement à durée indéterminée de rappeler annuellement à la caution (personne physique et morale) sa faculté de résiliation unilatérale sous peine d'une déchéance du droit aux intérêts[548]. De même, la loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat[549], spécialement en son article 23 qui a inséré un article 22-1 dans la loi du 6 juillet 1989, dispose que « *lorsque le cautionnement d'obligations résultant d'un contrat de location conclu en application du présent titre ne comporte aucune indication de durée ou lorsque la durée du cautionnement est stipulée à durée indéterminée, la caution peut le résilier unilatéralement* ».

---

547 M. CABRILLAC**,** « Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », in *Mélanges Ch. Mouly*, *op. cit*., p. 293 et s., n° 4.

548 La question de savoir si cette sanction était exclusive d'une sanction de droit commun s'est longtemps posée. Certains auteurs ont soutenu le caractère exclusif de cette sanction (J.-L. RIVES-LANGE, *Banque* 1991, 868). D'autres ont, au contraire préconisé son cumul avec les sanctions du droit commun (PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 786). Finalement, la cour de cassation a retenu le cumul de sanction (Cass. com., 20 octobre 1992 : *JCP. E* 1993. *II*, 390, note D. LEGEAIS ; *Dr. & Patr*. février 1993, p. 30 ; *RTD. com*., 1993, p. 146). Selon la Cour de cassation, la faute du créancier réside dans l'impossibilité dans laquelle elle place la caution en raison de l'absence d'information sur cette faculté. Le préjudice ainsi subi par la caution s'analyse en une perte de chance de résilier son le contrat (Paris, 19 mars 1997 : *Droit des sociétés*, octobre 1997, p.11.) et, ce préjudice a pour origine l'absence d'information (Paris, 25 octobre 1996 : *Droit des sociétés* 1997, p. 12). De plus, il n'appartient pas à ma caution de rapporter la preuve de son préjudice ; c'est plutôt à la banque créancière de démontrer que la caution n'aurait pas résilié son engagement si elle avait reçu l'information telle que le prescrit l'article 48 précité (Grenoble, 4 septembre 1997 : *Banque et Droit* 1998, n° 58, p. 34).

549 L'article 2 de cette loi vise les locations de locaux à usage d'habitation principale ou *à usage mixte professionnel et d'habitation principale* ainsi que l'ensemble des dépendances. Il est donc tout à fait possible qu'un cautionnement soit donné en garantie du paiement du loyer d'une société dont le siège peut aussi être la résidence principale du dirigeant.

166. – Encadrement jurisprudentiel. Ces multiples consécrations légales confortent le principe de la résiliation unilatérale des engagements illimités dans le temps appliqué au cautionnement. Tirant les conséquences de cette inflation législative, la première chambre civile de la Cour de cassation a pu juger que l'absence dans l'*instrumentum* de cautionnement d'une clause prévoyant cette faculté de résiliation ne saurait entraîner la nullité du cautionnement pour erreur ; cette seule absence ne pouvant vicier le consentement de la caution[550]. La solution s'explique non seulement parce que la règle existe et, à ce titre, son rappel dans le contrat peut paraître superfétatoire ; mais simplement parce que s'agissant de cautionnements garantissant le remboursement de contrats de prêt, obligation est faite au créancier de rappeler annuellement cette faculté à la caution.

En revanche, une clause qui tendrait à priver la caution de cette faculté serait réputée non écrite[551] ; elle serait, en d'autres termes, considérée comme « *n'ayant jamais été rédigée* »[552], puisque c'est la possibilité même de résilier l'engagement que vise la règle de l'interdiction des engagements perpétuels. Sous cette réserve, certains aménagements conventionnels par les parties sont possibles. Elles peuvent ainsi insérer dans leur contrat des clauses prévoyant un préavis dont le but serait de retarder la prise d'effet de la résiliation et de permettre au créancier de s'adapter à la situation en trouvant une solution de substitution. La résiliation peut être mise en œuvre à tout moment sous réserve du respect des stipulations contractuelles, quelle que soit par ailleurs la forme utilisée. La Cour de cassation rappelle que cette faculté de résiliation est un droit individuel à la caution qui ne peut être exercé que par elle[553]. Dès lors, une caution ne peut prétendre être libérée par suite d'une résiliation unilatérale mise en œuvre par une autre en cas de pluralité de cautions par exemple. Néanmoins, rappelle la Cour de cassation, l'exercice de cette faculté de résiliation ne doit pas être abusif[554].

---

550 Cass. 1ère civ.,13 mai 1997 : *RJDA* 7/97, n° 932.

551 R. BAILLOD, « A propos de clauses réputées non écrites », *in Mélanges L. Boyer*, Presse l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15 et s.

552 *Ibid*., n° 13.

553 Civ. 1ère, 13 juin 1995 : *Juris-Data* n° 001590 *; JCP. N* 1995, *II*, p. 1697. Selon la Cour, « *la solidarité entre cautions n'a pas pour effet la représentation mutuelle dans l'exercice de la faculté individuelle de révocation* ».

554 Cass. 1ère civ., 5 février 1985 : *Bull. civ. I*, n° 54 ; *RDT. Com* 1986, p. 105, obs. J. MESTRE. La cour juge ne l'espèce qu' « *il résulte de l'article 1134. al. 2 C. civ. que dans les contrats à exécution successive ne prévoyant aucun terme, la résiliation unilatérale est, sauf abus sanctionné par l'alinéa 3 du même texte, offerte aux deux parties* ». C'est nous qui soulignons.

167. – Effets de la résiliation. La loi du 21 juillet 1994 relative à l'habitat précitée énonce que *« la résiliation prend effet au terme du contrat de location, qu'il s'agisse du contrat initial ou de contrat reconduit ou renouvelé, au cours duquel le bailleur reçoit notification de la résiliation* ». Les effets de la résiliation seront variables selon qu'il s'agira de l'obligation de règlement ou de couverture. En effet, l'obligation de couverture est une obligation qui s'inscrit dans le temps. C'est une obligation à exécution successive par laquelle la caution se trouve tenue progressivement, suivant la naissance progressive de la dette du débiteur envers le créancier. L'obligation de règlement est, quant à elle, une obligation à exécution instantanée : elle naît avec la dette, plus précisément avec chaque dette du débiteur envers le créancier. La résiliation unilatérale du cautionnement met donc fin à l'obligation de couverture, car, comme toute résiliation, elle entraîne la disparition du contrat par rapport à ses effets futurs en préservant les effets passés. Par conséquent, dès lors qu'une dette est apparue dans « le contenant » que constitue l'obligation de couverture, son obligation de règlement naît par la même. La résiliation ne dispense donc pas la caution du paiement des sommes dues par le débiteur au jour de la dénonciation du contrat, intérêts et accessoires y compris[555]. Toutefois, la résiliation par la caution de son engagement suscite plus de difficultés lorsque l'obligation principale garantie est le compte courant bancaire de la société.

B. – L'APPLICATION DE LA RESILIATION AU COMPTE COURANT BANCAIRE

168. – Notion et fonctionnement du compte courant. Dans la pratique bancaire, la dénomination de compte de dépôt, de compte de chèques ou de compte de paiement est réservée au compte qui est tenu pour un non-commerçant et celle de compte courant est réservée au compte ouvert à un commerçant qui va y régler ses opérations commerciales[556]. Le cautionnement de cette dernière catégorie de compte[557] est assez

---

555 V. par exemple Civ. 1ère, 10 mai 1988 : *Bull.* n° 34. Le principal attendu de cet arrêt pose que « *la caution est débitrice non seulement des sommes dues en principal au jour où elle révoque son engagement mais encore de tous les accessoires et notamment, faute d'avoir acquitté les ces sommes, des intérêts compris dans le cautionnement, même si ces intérêts ont couru postérieurement à la révocation de celui-ci* ».

556 A.-V. LE FUR, « Le compte courant, l'oublié du Code de commerce », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, éd. Dalloz 2007, p. 307. V. aussi, TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, 8ème éd. Montchrestien – 2009, n° 322 et s.

fréquent dans la pratique des affaires, car c'est dans le cadre d'une convention de compte courant que les crédits aux sociétés sont généralement octroyés[558]. Ce cautionnement présente une importante particularité liée à la théorie du compte courant qui, selon certains auteurs[559], serait toujours « *en construction* ». Sans insister outre mesure sur cette théorie dont les développements excèderaient largement le cadre de cette étude, le compte courant peut schématiquement être présenté comme un contrat par lequel des personnes conviennent, dans le cadre de leurs relations d'affaires, de faire entrer dans un compte unique toutes leurs créances et dettes réciproques de manière à ce que celles-ci soient réglées immédiatement par leur fusion dans un solde disponible soumis à un régime unique[560]. A la fin de leurs relations d'affaires, la différence entre ce qu'elles se doivent est calculée, ne restant plus à payer que le solde[561]. Le compte courant apparaît alors comme un mode de règlement simplifié des créances réciproques entre les parties[562].

169. – L'examen de la jurisprudence permet de relever que les principes de la novation, de l'indivisibilité et de la compensation constituent les fondements de la théorie du compte courant. En effet, dès leur entrée dans le compte, les créances sont remplacées par des articles de crédit et de débit et sont novées en articles de compte. Une fois intégrées dans le

---

557 Le « compte courant bancaire » se distingue du « compte courant d'associé ». Selon CH. GAVALDA et J. STOUFFLET (*Droit bancaire*, 7ème éd. Litec – 2008, n° 403), le compte courant d'associé est un compte qui « *constate les dépôts de fonds effectués par un associé dans les caisses de la société en vue d'accroître le montant des capitaux permanents de la société* ». La finalité de ce compte est donc différente de celle du compte courant bancaire.

558 La convention de compte courant étant souscrite pour englober l'ensemble des rapports entre la société titulaire du compte et l'établissement bancaire qui en a la gestion, c'est dans ce cadre général que la société pourra bénéficier d'une ouverture de crédit et avances ou concours divers. L'ouverture de crédit est, en effet, un engagement pris par le banquier par lequel il s'engage à mettre à la disposition de son client des fonds à hauteur d'une certaine somme et pour une durée déterminée. C'est, selon la Cour de cassation une promesse de prêt qui donne, à concurrence des fonds utilisés par le client, naissance à un contrat de prêt (Cass. com., 21 janvier 2004 : *D.* 2004, *AJ*, 498, obs. V. AVENA-ROBARDET, et *Jurispr*., p. 1149, note CH. JAMIN ; *JCP. E* 2004, 10062, note S. PIEDELIVRE). Lorsque ce crédit présente la particularité de se renouveler automatiquement après chaque remboursement, à concurrence d'un montant préalablement défini par le banquier et son client bénéficiaire, il s'agit alors d'un crédit *revolving*. Sur la notion d'ouverture de crédit, D. R. MARTIN, « De l'ouverture de crédit », *RD bancaire et financier*, mars-avril 2004, p. 134 et s. ; J.-P. ARRIGHI, « L'ouverture de crédit », *in Annales Droit des affaires et Droit commercial*, éd. Dalloz 2009, Direction B. SANTOURENS, p. 187 et s.

559 D.-D. BOCCARA, note sous Cass. com., 06 février 1996 : *D*. 1997, p. 353 : « *le compte courant se caractérise moins par sa finitude et sa finalité que par les développements potentiels qu'il présente en tant qu'outil à découvrir* ».

560 Sur le compte courant, R. DESGORCES, « Relecture de la théorie du compte courant », *RTD. com*. 1997, p. 383 & s ; A.-V. LE FUR, *op. cit*. ; CH. GAVALDA et J. STOUFFLET, *op. cit.*, n° 402 et s. ; S. PIEDELIEVRE, *Droit bancaire*, PUF. 2003, n° 248 ; TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, 8ème éd. Montchrestien 2009, n° 333 ; J.-L. RIVES-LANGES et M. CONTAMINE RAYNAUD, *Droit bancaire*, 6ème éd., Dalloz, 1995, n° 230.

561 R. DESGORCES, *op. cit*., p. 383.

562 S. PIEDELIEVRE, *Droit bancaire, op. cit*., n° 248.

compte, elles forment une indivisibilité et fusionnent en une créance unique[563]. Au terme de la convention, un solde, appelé solde définitif, soustrayant le débit du crédit est obtenu grâce à la compensation des créances réciproques. On peut remarquer, avec M. TH. BONNEAU[564], que la novation est au cœur du mécanisme du compte courant « *parce qu'il y a dans le compte courant un lien très étroit entre la disparition de la créance primitive et la formation du solde comme il y a dans la novation au sens civiliste du terme un lien très étroit entre la disparition de l'obligation ancienne et la naissance de l'obligation nouvelle* ». A ce propos, le cautionnement d'un compte courant se distingue du cautionnement *omnibus*, car s'ils se caractérisent tous deux par la naissance successive de dettes cautionnées, dans le cautionnement du compte courant, chaque nouvelle dette s'accompagne nécessairement de la disparition de la précédente dès lors qu'il absorbe l'intégralité des créances qui perdent leur individualité[565]. Le cautionnement de compte courant consiste donc à garantir des dettes qui se succéderont par novation[566].

170. – Difficulté posées par la résiliation. Cependant, la détermination de la dette garantie reste passablement complexe lorsque la caution use de sa faculté de résiliation. Le compte courant ayant par nature vocation à s'étaler dans le temps, la résiliation par la caution de son engagement invite à déterminer la dette garantie, puisque cette résiliation met fin à l'obligation de couverture, même si le compte courant continue de fonctionner jusqu'à la clôture qui seule rend le solde exigible. Or, au moment où cette résiliation intervient, seul un solde provisoire est établi, solde qui sert de « référent » ou de base pour déterminer le montant que devra payer, *in fine*, la caution. Pour autant, le compte continue de fonctionner jusqu'à sa clôture et ce fonctionnement implique nécessairement des remises postérieures. Dès lors, entre le solde provisoire et le solde définitif qui prend en compte les remises postérieures, la question de savoir lequel doit être payé par la caution se pose. Il est, en effet, tentant de penser que c'est le solde provisoire qui constitue la dette de la caution, puisque la résiliation fait cesser l'obligation de couverture de la caution. Le

---

563 Bordeaux, 8 avril 1842 : *S*. 1842. *II*. 402.- Rouen, 19 janvier 1849 : *S*. 1850. 2. 138.- Paris, 27 janvier 1855 : *S*. 1855. 2. 319.- Cass. civ., 24 juin 1903 : *DP* 1903. 1. 472.

564 *Droit bancaire, op. cit*., n° 339.

565 A. LE GARS, « Obligation de la caution et compte courant : propos sur une certaine rigueur », *RD bancaire et financier*, mars-avril 2004, p. 137 et s.

566 PH. EMY, « Cautionnement, compte courant et prohibition des engagements perpétuels », *RRJ* 2007, p. 183 et s., n° 5.

problème est que ce solde n'intègre pas les remises postérieures qui sont prises en compte dans le solde définitif.

171. – Le rejet du solde provisoire comme dette de la caution. D'emblée, il peut être avancé que c'est le solde provisoire qui constitue la dette de la caution pour une raison simple : l'engagement garantit le solde du compte courant. Admettre ce point de vue serait toutefois ignorer le fonctionnement du compte courant. En effet, le cautionnement d'un compte courant se présente comme un contrat donnant naissance à « des obligations de cautionnement » qui se succèdent les unes aux autres. Dans ce sens, le solde définitif constitue la seule dette qui ne disparaîtra pas par novation et qui, de ce fait, réunira les conditions de liquidité, exigibilité et certitude pour être réclamé au débiteur principal et à la caution, le cas échéant. Or, non seulement le solde provisoire ne constitue pas une dette exigible, mais en plus il disparaît dès qu'une nouvelle remise est effectuée[567]. Un regard rétrospectif de la jurisprudence permet d'asseoir cette analyse.

172. – Evolution de la jurisprudence. Dans un premier temps, la jurisprudence a considéré que la caution ne devait prendre en charge le solde débiteur du compte qu'à sa clôture et dans la limite du solde provisoire au jour de la résiliation[568]. Cette solution qui se fondait sur le principe de l'indivisibilité du compte courant présentait deux inconvénients. En premier lieu, elle fixait la somme due par la caution suivant le solde du compte sans tenir compte des remises postérieures effectuées par le débiteur[569]. En second lieu, elle ne prenait pas en compte les opérations en cours non encore comptabilisées mais chronologiquement antérieures à la résiliation, comme la contrepassation d'effets escomptés impayés[570]. En posant que la caution ne devait prendre en charge le solde débiteur du compte qu'à sa clôture dans la limite du solde provisoire, la jurisprudence déniait inéluctablement tout effet à la résiliation[571].

---

567 En ce sens, PH. EMY, *op. cit*., n° 8 et 9.

568 M. CABRILLAC**,** « Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », *op. cit*., n° 5.

569 En ce sens, M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, note sous Cass. com., 22 novembre 1972 : *RTD. com* 1973, p. 309.

570 Lorsqu'une écriture est portée en compte à la suite d'une opération quelconque effectuée sur ledit compte, des vérifications postérieures doivent encore être faites pour valider définitivement cette opération. La contrepassation consiste alors en une écriture en sens inverse, c'est-à-dire en une annulation ou une radiation comptable de l'écriture initialement portée. *Cf* : TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit*., n° 325.

571 Une véritable résiliation s'accompagne de la fin de l'obligation de couverture à laquelle succède immédiatement une obligation de règlement nécessairement affectée par les paiements du débiteur. Or, tel

En 1972, la Cour de cassation décide que pour évaluer l'engagement de la caution, il est nécessaire de vérifier « *si le débit du solde provisoire n'a pas été effacé par les remises postérieures subséquentes et si le solde débiteur, réclamé, après clôture définitive du compte, ne résulte point d'avances effectuées par la banque postérieurement à la révocation de l'engagement* »[572] . Ce faisant, la Cour de cassation a affirmé la nécessité de déduire du montant du solde provisoire les remises effectuées par le débiteur postérieurement, et ce dans le but de déterminer la dette du débiteur et conséquemment de la caution. Par cet arrêt, non seulement la Cour de cassation a introduit une exception notable à la règle de l'indivisibilité du compte courant[573], mais elle a aussi donné plein effet à la résiliation. Dans ce sens, la résiliation entraîne un plafonnement de l'engagement de la caution, mais ce plafonnement ne joue que si le solde définitif est supérieur au solde provisoire[574]. En effet, la caution peut se prévaloir d'événements postérieurs à son engagement qui tendraient à réduire le montant dudit engagement, mais on ne saurait lui opposer des modifications qui viseraient à accroître son engagement[575], puisque, précisément, toute remise postérieure à la date de la résiliation doit s'analyser comme un paiement qui vient en partie ou en totalité éteindre la dette. L'article 2290 du Code civil n'est-il pas en ce sens ?

173. – Réception contrastée de la solution. Etat du droit positif. A l'enthousiasme suscité par cette solution[576] ont rapidement succédé des réserves. Non seulement la démarche a été jugée inappropriée en ce qu'elle n'assignait pas de terme à l'obligation de règlement ; mais en outre, la tâche assignée par la Cour de cassation aux juges du fond, consistant à dégager la volonté des correspondants à propos de chaque article du compte, a

---

n'est pas le cas, puisque la situation s'apparente à une limitation du cautionnement en montant s'il était illimité, soit en changeant le montant garanti si celui-ci était plafonné.

572 Cass. com., 22 novembre 1972 : *Bull. civ. IV*, n° 298 ; *Gaz. Pal*. 1973, p. 1, note D. MARTIN ; *Banque* 1973, p. 504, obs. M. MARTIN ; *RTD. com*. 1973, p. 309, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.

573 Quatre conséquences on été dégagées de cette solution : en premier lieu le solde provisoire du compte courant est assimilé à une dette du débiteur envers le créancier à une date donnée. En deuxième lieu, toute remise postérieure à cette date s'analyse comme un paiement qui éteint en partie ou en totalité la dette. En troisième lieu, au fur et à mesure de ces remises, les dettes du débiteur – et donc de la caution – s'éteignent progressivement jusqu'à complète disparition. En quatrième lieu enfin, seules n'entrent dans la garantie de la caution que les avances consenties par le créancier antérieurement à la résiliation, la révocation ayant mis fin à l'obligation de couverture.

574 PH. SIMLER, « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », *JCP.N*. 1986, I, p.169 et s., spéc., n° 9.

575 L. AYNES et P. CROCQ, *Les suretés, la publicité foncière, op. cit.,* n° 206.

576 M. CABRILLAC, « Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », *op. cit*., n° 9.

été jugée très lourde[577]. Par ailleurs, la solution a été passablement appréciée par les professionnels du crédit qui, pour neutraliser la nouvelle orientation de la Cour de cassation, ont réaménagé conventionnellement la solution issue de cette jurisprudence afin de revenir à la solution antérieure, c'est-à-dire le paiement par la caution du solde débiteur au jour de la clôture sans pouvoir excéder le solde provisoire au jour de la résiliation. Ces clauses ont été validées par la Cour de cassation[578], qui, dans le même temps, a réaffirmé la solution dégagée en 1972[579].

174. – En résumé, le droit positif retient comme dette de la caution, par suite d'une résiliation unilatérale de son engagement, un montant qui déduit du solde provisoire les remises postérieures à la résiliation, mais simplement à titre supplétif[580]. Cette solution de la Cour de cassation semble être une voie de compromis entre la protection de la caution et une solution trop rigoureuse à l'égard des professionnels. Dans le même temps, parce que cette solution ne joue qu'à titre supplétif, la Cour de cassation paraît se retrancher derrière une solution de facilité, ce qui a fait dire à M. M. CABRILLAC que « *l'examen des problèmes de la résiliation du compte courant engendre un sentiment d'insatisfaction* »[581].

---

577 *Ibid*., n° 11 et 12.

578 Par exemple : Cass. com., 6 juillet 1983 : *Bull. civ. IV*, n° 203 ; *Gaz. Pal*.1984, Panorama 19, obs. S. PIEDELIEVRE ; *D*. 1984, I.R. 84, obs. M. VASSEUR ; *RTD. com*. 1984, 317, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.-Cass. com., 12 février 1991 : *RTD. com*. 1991, p.270.- Cass. com., 9 juin 1992 : *JCP. E* 1992, I, 189, n° 11 ; *RTD. com*. 1993, p. 141.- Plus récemment, Cass. 1ère civ., 24 janvier 2006, n° 03-19406.

579 Cass. com., 30 mars 1993 : *JCP. E* 1993, *Panorama*, n°695. Les juges estiment, en l'espèce, que manque de base légale la décision d'une Cour d'appel « *qui, pour condamner une caution au paiement de la somme au montant de laquelle était limité le cautionnement, s'est bornée à retenir que la garantie consentie par la caution s'appliquait aux engagements contractés par la société cautionnée, sans préciser (...) quel était le montant du solde provisoire des différents comptes de ladite société et sans rechercher (...) si le montant du solde débiteur des comptes ouverts en comptes courant n'avait pas été réduit par les remises subséquentes de la société et si le solde débiteur ne résultait pas d'avances effectuées par la banque postérieurement à la date arrêtée pour la fin de l'engagement de la caution* ». Rappelons qu'en l'espèce, le cautionnement portait sur les deux comptes courant de la société.

580 Il est entendu que lorsque l'engagement de la caution est maintenu jusqu'à la clôture du compte, l'étendue de l'obligation de règlement de la caution n'est autre que le solde définitif, en raison du régime unitaire du compte courant qui est pleinement opposable à la caution. Par exemple : Cass. com., 8 octobre 2003 : *Juris-Data* n° 2003-020520 ; *RD bancaire et financier*, mars-avril 2004, p. 137.

581 M. CABRILLAC, « Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », *op. cit*., n° 28.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

175. – L'étendue du cautionnement soulève plusieurs questions dont la technicité et la complexité appellent des réponses suffisamment claires et précises. L'étendue du cautionnement donné à une société recouvre plusieurs réalités et la portée de l'engagement de la caution varie selon que cet engagement couvre des dettes présentes ou déterminées, ou qu'il garantit des dettes futures ou indéterminées. Si ces deux catégories de dettes peuvent être distinguées à partir du caractère déterminable ou non de l'obligation principale cautionnée ou suivant le critère du moment de l'apparition de la dette, il reste difficile de distinguer nettement ces deux catégories de dettes lorsqu'elles s'appliquent aux contrats à exécution successive. Sur ce point, deux thèses s'affrontent : la première, volontariste, envisage la date de naissance de la dette globalement au jour de la formation du contrat, l'exécution étant seule différée ; la seconde thèse, matérialiste, envisage la naissance de la dette au fur et à mesure de l'exécution du contrat.

176. – Si le droit positif consacre globalement la thèse volontariste, c'est la notion de dette qui en sort passablement malmenée ou mal cernée, en ce sens qu'elle est assimilée à l'obligation. Or, tandis que l'obligation est la prestation attendue de son cocontractant, la dette, elle, implique et suppose une charge économique suite à une défaillance de l'obligation ou son exécution défectueuse ; elle est la traduction monétaire et passive de l'obligation ; elle n'apparaît qu'en bout de chaîne alors que l'obligation apparaît immédiatement après la phase initiale du processus contractuel.

177. – L'assimilation, de fait, de la dette à l'obligation déteint fortement sur la détermination de la date de naissance de la dette de la caution, puisqu'il est retenu que la dette de la caution naît au jour de l'engagement de la caution. Il est, ce faisant, omis que la dette comporte deux éléments, à savoir les caractères exigible et exécutoire, caractères que n'a pas l'engagement de la caution jusqu'à la survenance de la défaillance du débiteur principal. Il faut par conséquent en conclure que le cautionnement donne naissance à un engagement éventuel – et non conditionnel, en raison de l'effet rétroactif qui y est attaché. Ainsi, *projetée vers le futur en raison de cette nature éventuelle de l'engagement de la caution, la dette de la caution apparaît être nécessairement une dette future, ce qui*

explique que, dans certains cas, la caution ne soit jamais appelée parce que le débiteur n'aurait jamais été défaillant.

178. – Au demeurant, ce caractère futur permet de cerner les deux temps de détermination de la dette de la caution à travers la double obligation de couverture et de règlement. Deux types de cautionnement apparaissent ainsi : « *le cautionnement fermé* », d'une part ; « *le cautionnement ouvert* », d'autre part. De là s'explique et se comprend la possibilité qu'a la caution de limiter la portée de son engagement, matériellement ou temporellement. Cette limitation possible, combinée à des mécanismes du droit des obligations, assurent une protection confortable à la caution qui lui permet de souscrire des engagements illimités, c'est-à-dire des cautionnements ouverts, puisque « *l'illimitation suppose un droit d'évasion* »[582]. Cette protection justifie, *in fine*, l'exclusion des dispositions protectrices propres au droit de la consommation au cautionnement donné à une société : le cautionnement donné à une société, par le questionnement qu'il soulève, est un cautionnement particulier. L'étude de la nature de ce cautionnement ainsi que de sa validité permettent aussi de le vérifier.

[582] H. ROLAND, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », *in Mélanges P. VOIRIN*, L.G.D.J. 1967, p. 737 et s., spéc., p. 738-739.

TITRE 2

UN PARTICULARISME LIE A LA NATURE ET A LA VALIDITE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

179. – Plan. Il vient d'être établi que le caractère *intuitu personae* du cautionnement donné à une société ainsi que l'étendue variable de l'engagement de la caution attestent du particularisme de ce contrat. Il convient maintenant de démontrer que la nature de ce contrat et la validité de l'engagement qui y est souscrit confortent ce particularisme. L'on enseigne en effet qu'à tout contrat se rattache une nature juridique[583]. La nature ainsi reconnue au contrat va déterminer le régime juridique qui lui sera applicable. La nécessité de déterminer la nature juridique du cautionnement donné à une société devient dès lors inévitable, puisqu'elle conditionne les règles qui lui seront applicables. Très vite, cependant, la tâche s'avère ardue en raison, d'une part, des cautions visées (dirigeant social, associé, conjoint) et, d'autre part du débiteur cautionné et du créancier bénéficiaire (des sociétés – qui peuvent être elles-mêmes commerciales ou civiles). Cette difficulté à déterminer la nature – civile ou commerciale – du cautionnement donné conforte le particularisme de ce contrat (**chapitre 1**). Ce particularisme prend tout son relief lorsqu'est envisagée la validité de ce contrat. Outre les règles de droit commun nécessaires à la validité de tout contrat, des questions spécifiques se posent (**chapitre 2**).

[583] La classification des contrats suivant leur nature repose non pas sur le contrat en lui-même, mais plutôt sur la personnalité des contractants car, en pratique, le même contrat sera tantôt civil, tantôt commercial ou administratif. En ce sens, PH. MALINVAUD, *Droit des obligations*, *op. cit*., n° 69. Dans le même sens, F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit*., n° 72 et s.

CHAPITRE 1

LA DETERMINATION DE LA NATURE COMMERCIALE OU CIVILE DU CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE

180. – Intérêts. Déterminer de la nature du cautionnement donné à une société est fondamental, car de la nature retenue s'infèrent les règles destinées à régir les relations nées de ce contrat[584]. Certes, la détermination de la nature civile ou commerciale du cautionnement et de façon générale la distinction des sûretés civiles et commerciales entretient la controverse. Certains auteurs prônent tout simplement l'abandon de cette distinction au profit d'une unification de leur régime dans le Code civil[585]. D'autres auteurs soutiennent que cette distinction apparaît virtuelle puisque les conséquences qu'elle entraîne (compétence des juridictions, durée de la prescription, la solidarité des obligations et le droit de la preuve) sont sans grande importance, la question principale étant celle de la compétence des juridictions consulaires[586]. Pourtant, bien que ces règles soient, pour l'essentiel, procédurales ; leur intérêt n'est pas pour autant négligeable, « *tant la procédure et la preuve* […] *apparaissent de plus en plus essentielles aujourd'hui à l'affirmation et à la protection des droits* »[587].

---

[584] J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) Différence de régime », *RTD. civ*. 1984, p. 255 et s.

[585] D. LEGEAIS, « La distinction des sûretés civiles et commerciales », *in Mélanges offerts à P. DIDIER*, p. 237 et s.

[586] M.-P. DUMONT-LEFRAND, « La nature civile ou commerciale du cautionnement », *Dr. & Patr*., n° 172, juillet-août 2008, p. 72 et s.

[587] J. MESTRE, *Préface* de « *La commercialité (Recherche sur l'identification d'une commercialité) », op. cit.*

181. – Complexité de la détermination de la nature du cautionnement donné à une société. Toutefois, la détermination de la nature commerciale ou civile du cautionnement donné à une société s'avère éminemment complexe. En effet, l'on sait que le cautionnement est de nature commerciale dans trois cas au moins : par nature lorsqu'il est donné par des établissements de crédit, par accessoire lorsqu'il est donné par un commerçant agissant pour les besoins de son commerce et par la forme sous sa déclinaison cambiaire, l'aval.

Or, deux éléments sont à prendre en compte dans la détermination de la nature du cautionnement donné à une société. D'une part, la diversité des personnes susceptibles d'être caution – celles-ci n'étant pas liées à la société de la même manière – ; d'autre part, la dualité de nature des sociétés. En effet, à côté des sociétés commerciales existent des sociétés civiles. Aussi, la recherche d'un critère de détermination de la nature du cautionnement se présente-elle comme un préalable nécessaire à toute qualification commerciale ou civile. Pourtant, la nature commerciale du cautionnement donné à une société est généralement retenue. Le critère justifiant cette qualification est celui de « l'intérêt personnel ou pécuniaire » de la caution à l'engagement qu'il souscrit. Or, à côté du critère de « l'intérêt personnel » ainsi utilisé, il est possible d'utiliser un autre critère afin de qualifier l'engagement de la caution. Ce critère est l'activité exercée par la société cautionnée (**Section 1**). La différence de nature impliquant une différence de régime[588], c'est un régime variable qui s'appliquera à l'engagement de la caution (**Section 2**).

SECTION 1

L'ACTIVITE, CRITERE DETERMINANT DE LA NATURE DU CAUTIONNEMENT

182. – Division. La nature commerciale du cautionnement donné à une société est généralement affirmée. Le critère qui conduit à cette conclusion est celui de « *l'intérêt*

[588] J.-L. BERGEL, « Différence de nature (égale) Différence de régime », *op. cit.*.

personnel de la caution ». Ce critère qui repose sur une certaine conception de la notion de *la cause* ne semble pas satisfaisant pour peu que l'on s'arrête sur cette notion (**§1**). L'utilisation d'un autre critère permettant de déterminer la nature du cautionnement s'avère alors indispensable. Il sera démontré que ce critère est celui de l'activité (**§2**). Outre qu'il dispense l'interprète du difficile passage par la cause, ce critère semble d'une maniabilité plus aisée au regard de la règle de l'accessoire.

§ 1. – LE REJET DU CRITERE DE « *L'INTERET PERSONNEL* »

183. – Subdivision. Pour démontrer que le critère de « l'intérêt personnel » (ou la thèse du cautionnement intéressé) est insuffisant à justifier la qualification commerciale du cautionnement donné à une société (**B**), il convient préalablement de l'exposer (**A**).

A. – EXPOSE DU CRITERE DE « *L'INTERET PERSONNEL* »

184. – Explications et fondement du critère. Le critère de l'intérêt personnel, « *dessiné de toutes pièces par la jurisprudence* »[589], est somme toute simple : « *Le cautionnement est commercial si celui qui l'a consenti a un intérêt personnel au contrat, il est civil quand le contrat a été conclu dans un esprit de pure bienfaisance*[590]. » Ce critère part de l'idée que la caution tire un profit de nature patrimoniale de la réalisation de l'opération qu'elle garantit[591]. En raison de ce profit espéré, la caution a un intérêt personnel, pécuniaire, patrimonial à la réalisation de l'opération garantie. Par conséquent, son engagement est de nature commerciale[592]. En effet, l'existence d'un intérêt personnel de la caution fait perdre à son engagement le caractère gratuit qui le caractérise eu égard aux mobiles désintéressés

[589] R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *in Mélanges J. DERRUPPE*, GLN Joly-Litec 1991, p. 343 et s.
[590] J. HONORAT, « Société et cautionnement », *Defrénois* 1982, 1569, spec. n° 13 ; dans le même sens, B. BOULOC, « Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société », *Rev. sociétés* 1992, p. 1 à 21 ; R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *op. cit.*
[591] J.-C. GOURGES, « Cautionnement donné par les personnes y ayant intérêt et cautionnement indéterminé », *JCP. N*. 1990, *I*, p. 406 et s, spéc. n° 4.
[592] En ce sens, L. GUILLOUARD, *op. cit*., n° 15.

qui sont censés animer la caution[593]. Cet engagement, civil par nature, dégénère alors en un engagement de nature commerciale. C'est dans les « soubassements » idéologiques de la commercialité et dans l'examen de la structure du contrat de cautionnement que la jurisprudence s'appuie pour justifier ce raisonnement et l'usage de ce critère.

185. – Explications fondées sur la théorie de l'acte de commerce. La commercialité s'appréhende, en effet, soit par l'acte de commerce pris en lui-même, par nature ou par la forme[594], soit par l'auteur de l'acte en raison de sa qualité de commerçant (commercialité accessoire)[595]. Partant de ces deux hypothèses, le cautionnement donné par un commerçant (personne physique ou morale) pour les besoins de son commerce est de nature commerciale selon une certaine application de la règle de l'accessoire. Toutefois, il s'est avéré que des personnes « non-commerçantes », dans la plupart des cas, donnent des cautionnements à des sociétés. Dans ces hypothèses, la règle de l'accessoire ne pouvait efficacement jouer. Aussi, la jurisprudence, pour faire entrer ces cautionnements dans le champ de la commercialité, a-t-elle avancé le critère de l'intérêt personnel de la caution dans l'affaire cautionnée, qu'il s'agisse du dirigeant social, d'un associé ou du conjoint du dirigeant. Dans ce sens, dès lors que les deux conditions sont réunies, à savoir la nature commerciale de la dette garantie – puisque contractée par une société commerciale –, et l'intérêt personnel de la caution à l'affaire – ce qui explique son intervention comme caution –, le cautionnement garantissant les dettes sociales doit être qualifié de commercial[596].

186. – Généralisation du critère de l'intérêt personnel sur le fondement de la spéculation. Reposant au fond sur l'idée de la spéculation qui caractérise la vie des affaires, le critère de l'intérêt personnel s'est ainsi généralisé. Dans ce sens, l'activité commerciale reste celle qui est exercée en vue de dégager un bénéfice, c'est-à-dire un gain ou un accroissement du patrimoine de la société au cours de l'exercice[597]. Ce gain, qu'il soit pécuniaire ou matériel, ajoute à la fortune des associés[598]. Le caractère intéressé de l'acte suffit alors à lui donner une nature commerciale. En clair, tel avantage consenti à un

---

[593] En ce sens, P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, *op. cit*., n° 25.
[594] Art. L. 110-1 et L. 110-2. C. com.
[595] Art. L. 121-1. C. com.
[596] En ce sens, P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, *op. cit*., n° 28.
[597] En ce sens, Y. GUYON, *Droit des affaires*, T.1, 11ème éd. Economica 2001, n°114.
[598] Cass. ch. réunies, 11 mars 1914 : DP. 1914, I, 257, note L.S.

partenaire ou telle attention à un client ne sont motivés chez leurs auteurs que par l'espoir de gains futurs.

De façon plus générale, la gratuité ne serait qu'apparente dans le milieu des affaires, puisqu'elle y répondrait à de véritables stratégies de rendement à moyen ou long terme. Selon un arrêt de la chambre des requêtes[599], l'acte gratuit consenti dans l'exercice du commerce est un acte intéressé et sa seule raison d'être est le développement de l'activité commerciale à laquelle il s'intègre. Dans cette logique, l'engagement de la caution procéderait de sa part d'un pari sur le succès des investissements réalisés par le débiteur principal grâce aux fonds prêtés[600]. De façon directe ou indirecte donc, il ressort que le garant tire toujours profit de son engagement dont la considération est toujours financière[601]. Et, comme le commerçant, l'engagement de la caution ne va pas sans « arrière-pensées » de profit ; son engagement est par conséquent commercial.

187. – Explication fondée sur la structure du contrat. La nature commerciale du cautionnement donné à une société trouve une autre justification dans la structure de ce contrat. Théoriquement, la jurisprudence recherche la cause de l'obligation de la caution ; pratiquement, cette démarche ne change rien, puisqu'elle conforte le critère de l'intérêt personnel. La jurisprudence juge ainsi que la cause de l'engagement de la caution est le crédit accordé au débiteur principal[602]. Ce faisant, elle affirme que la cause de l'engagement de la caution réside dans l'obligation principale, dans le rapport « débiteur-créancier » et non dans la relation « caution-débiteur ». En effet, en s'engageant comme caution, le garant contracte certes une obligation envers le créancier ; mais il obtient par là un crédit pour la société dont il profitera ; la cause de son engagement est donc l'obtention du crédit pour la société et, en contrepartie, un avantage patrimonial pour lui-même[603].

---

599 Req., 25 février 1907 : *Pan. fr*. 1907, *I*, 114, n° 736. En l'espèce, il s'agissait d'un abandon de créance à partenaire en difficulté.

600 En ce sens, J. HONORAT, *op. cit*., n° 2.

601 *Ibid.*, n° 3.

602 T. com. Seine, 19 juin 1962 : *D*. 1962*, Juripr.*, 769, note R. SAVATIER.- Cass. com., 8 novembre 1972 : *D*. 1973, *Jurispr*., 753, note PH. MALAURIE ; *Défrenois* 1974, art. 30490, note PH. MALAURIE. - Cass. 1ère civ., 20 novembre 1974 : *JCP. G*. 1975, *II*, 18109, obs. J. CALAIS-AULOY. - Cass. com., 24 avril 1990 : *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *D*. 1991, p. 177, note MORVAN. - Cass. com., 10 juillet 2001 : *Juris-Data* n° 2001- 010991 ; *RD bancaire et financier* 2001, *Comm*. 220, obs. D. LEGEAIS. - Cass. com., 3 mai 2006 : *Juris-Data* n° 2006-033373 ; *RD bancaire et financier* 2006, *Comm*. 129, obs. D. LEGEAIS.

603 R. SAVATIER, note sous T. com. Seine, 19 juin 1962, *préc*. Rappelons qu'en l'espèce, le garant était le dirigeant social et qu'il détenait presque la totalité des actions de la société. Le raisonnement pouvait donc s'expliquer. Sauf qu'il a été étendu à toutes les personnes cautions. Ainsi, lorsque la caution est un associé, même minoritaire, la jurisprudence affirme simplement que son intérêt patrimonial à l'obtention du crédit

Ainsi, que ce soit par le détour de la cause de l'engagement de la caution ou l'affirmation d'arrière-pensées de lucre de la part de la caution, le critère de l'intérêt personnel est conforté et une présomption générale de commercialité de l'engagement de la caution comme garante des dettes d'une société se trouve posée.

188. – Présomption générale de commercialité. Le critère de l'intérêt personnel conduit à affirmer que le cautionnement donné à une société est de nature commerciale. Cela a d'abord été affirmé au sujet des cautionnements donnés par les dirigeants de sociétés. La chambre des requêtes, après avoir jugé que le cautionnement est de nature commerciale lorsque la caution a un intérêt personnel dans l'affaire au sujet de laquelle elle est intervenue[604], a posé que les cautionnements donnés aux sociétés par leurs dirigeants ne pouvaient constituer des actes de bienfaisance[605]. Partant, il a été posé une présomption générale de l'intérêt patrimonial du dirigeant caution à l'opération garantie. Cette présomption conduit à l'admission systématique du caractère commercial du cautionnement donné à une société, la jurisprudence affirmant inlassablement que « *si le cautionnement est par sa nature un contrat civil, il devient un contrat commercial lorsque la caution a un intérêt personnel dans l'affaire à l'occasion de laquelle elle est intervenue* »[606].

Toutefois, alors qu'il est simplement affirmé dans certains arrêts que l'intérêt pour le dirigeant ou la caution à la bonne marche de la société suffit à prouver son intérêt

---

par la société est évident. Et, lorsque la caution est l'époux du dirigeant social, il est quelque fois affirmé que le profit qu'en tire le dirigeant rejailli sur son conjoint. V. R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *op. cit*., n° 4. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris (16 juin 1993 : *D*. 1993, *IR*, 213) a jugé que le président-directeur général d'une société cautionnant celle-ci tire de cet engagement un avantage personnel d'ordre patrimonial dans la mesure où cet acte procure à la société un crédit supplémentaire dont il peut profiter lui-même ou lui permettre d'asseoir sa position dans la société.

604 Req. 21 mai 1906 : *D. P*. 1907. 1. 90.

605 Req., 17 décembre 1934 : *S*. 1936. 1. 287. V. aussi J. HONORAT, *op. cit*., note 54.

606 Cass. com., 7 juillet 1969 : *D*. 1070, *Jurispr*. p. 14.- Cass. com., 10 décembre 1985 : *JCP. G*. 1986, IV, p. 68.- Cass. com., 10 mai 1988 : *Gaz. Pal*. 1988, *II*, *Somm*., p. 183.- Cass. com., 29 juin 1991 : *JCP. G*. 1991, *IV*, p.118 ; Cass. com., 23 juin 1992 : *Bull. Joly*. 1992, p. 933.- Cass. com., 16 mars 1993: *Bull. Joly*. 1993, p. 559, note, PH. DELEBECQUE ; *BRDA*. 1993, n° 11, p.7. - Cass. com., 23 juin 1993 : *Bull. Joly*. 1993, p. 933.- Cass. com., 5 octobre 1993 : *Rev. Soc*. 1994, p. 47, note D. LEGEAIS ; *JCP. E* 1993, *Pan*., n° 1310.- Versailles, 1ère ch., 1ère sect., 19 octobre 1995 : *Bull. Joly*. 1996, p. 31. En l'espèce, les juges retiennent la commercialité du cautionnement donné par la directrice commerciale en s'appuyant sur le fait qu'elle détenait par ailleurs 50% lors de son engagement.

patrimonial[607] ou que sa qualité de dirigeant social justifie son intérêt personnel[608], les juges tentent de caractériser cet intérêt personnel de la caution dans d'autres arrêts[609].

Ce raisonnement a été ensuite étendu aux cautionnements donnés par les associés de la société avec un automatisme relatif. Tandis qu'il est jugé dans certains arrêts que la seule qualité d'associé ne suffisait pas à établir l'intérêt personnel de la caution en l'absence de toute preuve tendant à établir cet intérêt, c'est-à-dire le caractère déterminant du profit escompté dans l'engagement[610] ; dans d'autres décisions, spécialement des juges du fond, il est notable que les juges ne s'embarrassent pas de justifier autrement le caractère commercial du cautionnement que par l'intérêt personnel évident des associés à l'opération principale garantie[611].

Enfin, si la jurisprudence applique le critère de l'intérêt personnel au conjoint-caution, son raisonnement reste assez fluctuant. Dans certains cas, il est jugé qu'il appartient au créancier de démontrer que le conjoint caution a un intérêt patrimonial à son engagement et que cet intérêt ne peut être déduit de la seule qualité de conjoint du dirigeant[612], quand bien même cette qualité reste un indice déterminant[613]. Dans d'autres cas, un sort presque identique à celui du dirigeant social est enfin réservé à l'époux-caution. La jurisprudence se fonde alors sur une identité de position vis-à-vis de la société cautionnée pour déduire la nature commerciale de l'engagement du conjoint comme caution. Suivant cette jurisprudence, tout comme le dirigeant, l'époux-caution a un intérêt personnel, patrimonial à l'opération principale[614]. En revanche, lorsqu'il est établi qu'une personne (caution) s'est immiscée dans la gestion de la société sans avoir été légalement

---

607 Cass. com., 12 novembre 1991, arrêt n° 1392 D (cité par D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 5 octobre 1993, *préc*.).

608 Cass. com., 5 octobre 1982 : *JCP. G*. 1982, *IV*, p. 368.- Paris, 16 juin 1993 : *D*. 1993, *préc*.

609 Cass. com., 17 octobre 1977 : *D*. 1978, *IR*., p.90 ; *RTD. com*. 1978, p. 91. En l'espèce, les juges du fond sont approuvés par la Cour de cassation d'avoir jugé que deux époux cautions des engagements d'une SARL ont personnellement intérêt à s'engager en cette qualité dès lors que la société est la chose du mari et que les deux époux l'exploitent comme leur bien propre.

610 Cass. com., 11 juin 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, § 216, p. 1017, note A. CONSTANTINI. - Cass. com., 10 février 1971 : *D*. 1971, *Jurispr*., p. 605, note R. COTIN et H. HOVASSE.

611 Aix, 26 juin 1985 : *Bull. d'Aix* 1985-1, n° 9, cité par F. XAVIER VINCENSINI, *La commercialité (Recherche sur l'identification d'une activité)*, *Thèse* Université d'Aix-Marseille, P.U. D'Aix-Marseille 1998, Préf. J. MESTRE, n° 768-1.

612 Cass. com., 5 octobre 1993, *Rev. sociétés* 1994, p. 47, note D. LEGEAIS.

613 Cass. com., 9 décembre 1992 : *D*. 1993, *Somm*. 311, obs. L. AYNES.

614 Cass. com., 11 juin 1976 : *Bull. civ. IV*, n° 193; *Gaz. Pal*. 1976, *II*, *Somm*. 252.- Cass. 1ère civ., 13 octobre 1987 : *D*. 1988, *Somm*. 272, obs. L. AYNES.- Cass. 1ère civ., 7 mars 1989 : *Bull. civ. I*, n° 107 et 108.

investie de cette mission, les juges déduisent de sa qualification en dirigeant de fait un intérêt personnel à son engagement[615].

189. – Incertitude du critère. Certaines juridictions de fond ont cependant conditionné l'admission de la qualification commerciale du cautionnement à la preuve – par le créancier – de l'intérêt personnel de la caution dans la réalisation de l'opération garantie[616]. La Cour d'appel de Rennes a ainsi jugé que le cautionnement donné par un président du conseil de surveillance est un cautionnement civil en l'absence de toute preuve de son intérêt personnel à l'opération[617]. Dans le même sens, la Cour d'appel de Paris a jugé que la seule détention de la moitié du capital social d'une SARL ne suffit pas à établir l'intérêt personnel à même de caractériser la commercialité de l'acte et par conséquent la compétence des juridictions consulaires[618]. Une solution analogue a été rendue au sujet d'une SA par la même Cour qui a jugé que « *la détention d'une fraction même importante du capital social ne suffit pas, en l'absence de participation, même indirecte à la gestion, non établie à caractériser un intérêt déterminant* »[619].

Cette tendance a été confirmée par la Cour de cassation qui juge que la preuve que le conjoint-caution avait accès à tous les documents contractuels de la société ne suffit pas à caractériser l'intérêt personnel de la caution à l'opération[620]. De même, juge toujours la Cour de cassation, la seule circonstance que la caution soit époux commun en biens du gérant de la société débitrice principale – et possédant de surcroît la moitié du capital de celle-ci – ne caractérise pas l'intérêt personnel du conjoint-caution[621].

---

615 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 96 et s.

616 Versailles, 14ème ch., 12 juillet 1991 : *D*. 1991, *I.R*., p. 217 qui annule un cautionnement donné par un dirigeant social pour non respect de l'inscription manuscrite de la somme pour laquelle il s'engageait à payer, ce dernier n'ayant pas la qualité de commerçant .- Paris, 25ème ch. B, 13 juin 1991 : *BRDA* 1991, n° 15-16, p. 14.- Limoges, 1ère ch., 9 décembre 1991 *: Bull. inf. cass*., 1er juin 1992, n° 347, p.42.

617 Rennes, 15, février 1991 : *RD. Bancaire & bourse* 1992, p. 80, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

618 Paris, 1ère ch. D., 25 janvier 1995 : *D*. 1995, *IR*., p. 80.

619 Paris, 1ère ch., 10 juillet 1991 : *Banque et droit* 1992, n° 22, p. 64. En l'espèce, une banque avait assigné deux cautions solidaires devant le tribunal de commerce de Paris, l'une en qualité de gérant, l'autre en qualité d'associé. Le tribunal de commerce de Paris se déclara incompétente au profit du tribunal de grande instance, s'agissant de la caution associée. Devant les seconds juges, la banque fît valoir que l'associé en cause détenait la moitié du capital social ce qui suffisait à établir son intérêt personnel. Cette argumentation n'est pas suivie par les juges d'appel qui jugent que la détention d'une fraction même importante du capital ne suffit pas, en l'absence de participation à la gestion, à caractériser l'intérêt personnel.

620 En ce sens, Cass. 1ère civ., 10 mars 1992 : *RTD. com*., 1993, 322, obs. CL. CHAMPEAUD et D. DANET.

621 Cass. 1ère civ., 9 décembre 1992 : *Dr. soc*. 1993, n° 68 ; *Bull. Joly* 1993, p. 318 ; *D*. 1993, *IR*., p. 2. *A fortiori*, la seule qualité de conjoint est insuffisante à prouver l'intérêt personnel de la caution. Le créancier doit donc prouver que la caution avait un intérêt personnel à l'opération. En ce sens, Cass. com., 9 décembre 1992 : *D*. 1993, *Somm*. 311, obs. L. AYNES ; *JCP. E.* 1993, *Pan*. 208.

190. – Accroissement de l'insécurité juridique. Il ressort nettement de cette jurisprudence que le critère de l'intérêt personnel laisse une grande place à l'interprétation. Dans le même temps, l'extension de la commercialité par le critère de l'intérêt personnel ne s'impose pas à l'évidence. Car, la notion d'intérêt personnel en elle-même apparaît assez variable, diffuse et pour tout dire incertaine. Ce faisant, elle constitue un facteur d'insécurité juridique et crée un sentiment d'arbitraire[622]. L'importance de « l'intérêt personnel » dans la qualification du cautionnement apparaît en somme très contestable. Ce d'autant plus que « *le créancier, auquel l'intérêt de la caution est opposé, se voit fréquemment opposer dilatoirement l'exception d'incompétence, quel que soit le tribunal saisi. Le cas échéant, il doit poursuivre devant des juridictions différentes le débiteur et la caution, voire les cautions s'il y en a plusieurs* »[623]. Les limites de ce critère sont donc incontestables ; il ne peut par conséquent résister à la critique.

B. – CRITIQUES DU CRITERE DE « *L'INTERET PERSONNEL* »

191. – Double critique. « L'intérêt personnel » de la caution à la réalisation de l'opération principale comme critère de la commercialité de son engagement est critiquable à un double point de vue. D'un point de vue sociologique d'abord, présenter « l'intérêt personnel » comme critère de la commercialité parait très contestable (***1***). D'un point de vue juridique ensuite, la cause de l'engagement de la caution telle qu'elle y est analysée suscite d'importantes réserves (***2***).

1. – Arguments socio-anthropologiques

192. – Existence de l'intérêt personnel dans tout agissement. Il ressort de la jurisprudence que le cautionnement est qualifié de commercial parce que la caution a un intérêt personnel à l'opération garantie. Si la nature commerciale de l'engagement de la caution n'est pas contestée, plus discutable paraît, en revanche, « le fondement intéressé » de cette qualification. En clair, ce n'est pas parce que l'on donne un acte qui sert à une

---

622 En ce sens, D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 5 octobre 1993 : *Rev. sociétés* 1994, p. 47 et s, spéc., p. 50.
623 PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Les suretés et la publicité foncière*, *op. cit*., n° 43.

activité commerciale que l'on est supposé spéculer comme un commerçant car, si l'activité du commerçant est incontestablement spéculative, il n'est nullement certain que l'engagement de la caution porte la même charge spéculative. En effet, les actes purs de tout habillage sont quasiment inexistants, dans la mesure où tout acte porte inéluctablement une attente, un intérêt nécessairement personnel, même inconsciemment. « *Ce que nous prenons pour un acte désintéressé est en fait un acte qui, s'il ne rapporte pas immédiatement, peut rapporter ultérieurement, sinon un devoir, du moins une réaction de reconnaissance*[624]. » Pour autant, une qualification commerciale ne s'impose pas – quand bien même le rattachement à une activité commerciale est incontestable –, sauf à avoir une conception particulièrement extensive de la commercialité[625].

Toute autre hypothèse est, en revanche, le cas du « cautionnement d'affaire » que donnent des professionnels agissant dans le cadre de leur profession. Dans ce cas, en effet, le cautionnement est sans aucun conteste intéressé, puisque, d'une part, la caution perçoit une rémunération sous forme de taux d'intérêts et, d'autre part, exerce la plénitude de son recours après paiement et parfois avant paiement.

193. – La gratuité précède le commerce : l'emprunt aux théories des sciences sociales « pures ». L'existence d'un intérêt dans un acte ne devrait, par conséquent, pas entraîner automatiquement sa qualification commerciale, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence. Pour asseoir cette idée, il convient de recourir aux recherches effectuées par l'anthropologue M. MAUSS[626] au siècle dernier sur le « *potlatch* ». Les conclusions de ses recherches permettent d'avancer que le don – et plus généralement la gratuité – est la forme primitive de l'échange. Selon M. MAUSS, « *le phénomène de la gratuité est d'abord psychologique et sociologique avant d'être mercantile* »[627]. En outre, les agissements des hommes sont toujours tendus vers certaines fins – non nécessairement mercantiles – simplement parce que cela répond à l'organisation sociale[628]. Enfin, explique M. MAUSS[629], les intérêts qui

---

624 J.-C. WOOG, « Le critère intéressé en droit des affaires », *RJC* 2008, p. 3, n° 3.

625 Bien sûr que le père qui cautionne une société dirigée par son fils a un intérêt personnel à l'opération garantie : la réussite professionnelle de son fils ; sentiment que peut d'ailleurs éprouvé le conjoint-caution. Cet intérêt n'est toutefois pas suffisant pour justifier une qualification commerciale, puisque la caution ne spécule pas comme le commerçant.

626 M. MAUSS, « Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », *in MARCEL MAUSS, Sociologie et Anthropologie*, P.U.F. 1960, p. 145-279. Première publication *in L'année sociologique*, 2ème série, T. 1, 1923-1924.

627 *Ibid*., p. 262.

628 *Ibid*., p. 263.

sous-tendent un acte gratuit sont très divers : on donne pour asseoir une relation, pour dépenser, pour obliger, voire pour humilier. Comment, face à cette diversité des intérêts, soutenir que l'engagement de la caution est intéressé, simplement parce qu'il garantit les dettes d'une société ?

194. – Il y a donc lieu d'oublier la conception mystique de la gratuité ; tout acte étant par principe et par nature intéressé[630]. S'appuyer par conséquent sur l'existence d'un intérêt personnel de la caution pour qualifier son engagement de commercial s'avère insuffisant. Pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'esprit de lucre et l'intention spéculative soient avérés chez la caution. Or, comment savoir que la caution s'engage dans une intention purement spéculative et à partir de quels éléments cette intention spéculative sera établie eu égard à la diversité des intérêts qui peuvent motiver la gratuité et de leurs ressorts psychologiques ? Il faut donc convenir que le critère de l'intérêt personnel repose au fond sur l'existence présumée de cette intention spéculative. D'un point de vue moral d'ailleurs, l'intérêt est plus le bien ou le plaisir qu'on recherche et moins l'intérêt personnel au sens pécuniaire ; mais c'est l'influence du mercantilisme qui a mis en évidence les termes profit et individu[631].

195. – Admission de la gratuité dans le commerce. Par ailleurs, même dans les affaires, la gratuité existe et l'intérêt personnel – qui existe nécessairement – ne suffit pas à lui seul à justifier une qualification commerciale d'un acte. Certes, l'idée d'une gratuité dans le commerce est de prime à bord écartée, « *tant paraît aveuglante, l'incompatibilité entre l'esprit de lucre qui anime le commerce et la générosité qui inspire* a priori *l'acte gratuit* »[632]. Mais, au vrai, la gratuité n'est pas incompatible avec le commerce ; *a fortiori* lorsque ce sont de « non-commerçants » qui agissent. En effet, si l'existence d'un intérêt personnel de la caution ne nous paraît pas satisfaisant pour emporter une qualification commerciale, c'est parce qu'un intérêt peut aussi reposer sur de simples rapports sans que cela soit de la spéculation au sens commercial, sentiments et affaires n'étant pas

---

629 *Ibid*., p. 270 et 271.

630 Un arrêt de la chambre des requêtes du 7 avril 1829 (*S*. 1828-1829, 1. 228) relève que donner une importante somme d'argent à une paroisse en vue de la construction d'une église comporte de la part du pieux donataire un intérêt personnel, car ce dernier entend profiter de la nouvelle église, à l'instar des autres ouilles.

631 M. MAUSS, *op. cit*., p. 271 et 272.

632 F. GRUA, *Thèse préc.,* n° 2.

inconciliables[633]. Certes aussi, « *le cœur n'a point de place dans les affaires* », enseigne la sagesse populaire ; mais, peut-être, faut-il plus de cœur pour que les affaires se portent mieux. Au demeurant, il est possible de se demander si le droit des affaires n'est pas imprégné de sentiments[634].

Sans doute, est-ce parce que le droit civil appréhende la gratuité par l'intention libérale et que le droit commercial pourchasse cette gratuité par l'existence d'un intérêt[635] que le cautionnement donné à une société est qualifié de commercial. Or, ainsi que l'a écrit LENFANT[636], « *le critère de l'intérêt ne permet pas de cerner le domaine du cautionnement en droit civil : la caution a toujours intérêt à donner la garantie, elle est toujours guidée par le souci d'aider, en sorte que tous les cautionnements seraient de nature commerciale* ». Il ne serait donc pas excessif de dire que la qualification commerciale du cautionnement procède d'une certaine conception du commerce, tout comme la solution selon laquelle la cause de l'engagement de la caution est le crédit procède d'une certaine analyse de la cause.

2. – Argument juridique (au regard de la cause de l'engagement de la caution)

196. – Délimitations théorique et méthodologique. Autant le reconnaître d'emblée, il ne sera pas aisé d'analyser le critère de l'intérêt personnel à travers la conception de la cause qui en découle, en raison, d'une part des appréciations très diverses que fait naître la cause et, d'autre part, de son actualité. La théorie de la cause dont on dit qu'elle est l'une des plus fameuses que connaisse le droit civil français[637], lasse, attire et passionne à la fois[638]. « *Célèbre par les obscurités qu'y a accumulées un siècle de commentaires aussi ingénieux que stériles* »[639], son bannissement est ardemment souhaité[640]. « *La théorie de la cause*

---

633 En ce sens, G. GOUBEAUX, *op. cit*., n° 22, p. 42 ; n° 309, p. 419.
634 G. LAGARDE, « Le droit des affaires, droit sentimental », in *Mélanges R. Savatier*, Librairie Dalloz 1965, p. 491 à 510.
635 F. GRUA, *op. cit*., n° 21.
636 *Thèse préc*, p. 71.
637 F. JACOB, *thèse préc*., n° 281.
638 P. CATALA, « Deux remarques inhabituelles sur la cause dans les contrats », *Defrénois*, 15 décembre 2008, n° 21, p. 2365.
639 A. ROAST, « A propos d'un livre sur la cause des obligations », *RTD. civ*. 1923, p. 395.
640 C. AUBERT DE VINCELLES, *op. cit*., n° 5.

laisse en effet perplexe dès lors que, aujourd'hui, elle paraît à la fois évidente, inutile et malgré tout inexacte[641]. » Techniquement discutable, politiquement inexacte et juridiquement superflue, le faible rendement doctrinal dont elle est victime la condamne à disparaître[642]. Pauvre en compréhension, la cause serait paradoxalement riche en extension[643]. Il est ainsi possible de relever la « cause efficiente », la « cause finale », la « cause objective », la « cause subjective », la « cause catégorique », ou encore la « cause convenue »[644]. Il a alors été écrit que « *l'idée de cause* [était] *absolument superflue* [et] *même dangereuse* »[645].

197. – Les critiques de la théorie de la cause ne viennent pas que de la doctrine universitaire ; elles sont aussi faites par des acteurs économiques. Partant d'une approche concrète de la vie des affaires, ces derniers font le constat d'une inintelligibilité et une intraduisibilité du droit français des contrats au point d'en faire un droit inadapté au développement des affaires et des échanges, comparativement à d'autres législations étrangères. La notion de cause, parce qu'elle est inconnue ou inexistante dans ces dernières législations, serait emblématique de cette inadaptabilité. La Chambre de Commerce et d'Industrie de Paris (CCIP)[646] a ainsi suggéré d'abandonner la notion de cause licite, puisque la fonction de protection qu'elle assure pouvait « *être satisfaite à travers les principes directeurs des contrats, notamment l'obligation de respecter l'ordre public et les droits et libertés fondamentaux* »[647]. Elle a, de même, proposé « *de ne plus se référer à la cause réelle,* […] *mais de substituer cette notion à celle de "justification de l'engagement contractuel"* »[648].

---

[641] X. LAGARDE, « Sur l'utilité de la théorie de la cause », D. 2007, p. 740, n° 1 et 2.
[642] *Ibid.*
[643] X. LAGARDE, « L'objet et la cause du contrat, entre actualité et principes », *LPA* 2007, n° 70, p. 6 et s.
[644] Sur ces définitions, P. VAN OMMESLAGHE, « Observation sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », *Rev. Crit. de Jurisprudence Belge*, 1970, p. 328 et s ; F.TERRE, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit*., n° 331 et s ; PH. MALINVAUD, *op. cit*., n° 303.
[645] G. BAUDRY-LACANTINERIE et L. BARDE, *op. cit*., n° 321.
[646] D. KLING, « Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires - Réactions de la CCIP à l'avant projet "CATALA" et propositions d'amendements » : www.etudes.ccip.fr/archrap/rap06/reforme_droit_descontrats_kli610.htm
[647] *Ibid*., p. 20.
[648] *Ibid*., p. 21.

198. – Ces suggestions semblent avoir été entendues par la Chancellerie qui, dans son projet de réforme du droit des contrats[649], fait le choix de remodeler les conditions de validité du contrat en renonçant au terme de « cause » pour le remplacer par celui de « l'intérêt ». L'article 85 de ce projet prévoit, en effet, que « *chaque partie au contrat doit avoir un intérêt qui justifie son engagement* » et l'article 86 du même projet précise qu'un « *contrat à titre onéreux est nul faute d'intérêt lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire* »[650]. Cette abrogation de la cause de l'engagement comme condition de validité du contrat au profit de celle de l'intérêt[651], *si elle était retenue*, ne devrait pas avoir d'incidence majeure sur l'analyse de la cause dans le contrat de cautionnement, du moins telle qu'elle ressort du droit positif français actuel. De ce projet, guidé par des considérations d'harmonisation communautaire et de plus grande attractivité du droit français[652], il ressort que l'intérêt s'identifie à la cause objective, à la cause abstraite[653]. De manière plus générale, « *l'intérêt désigne l'avantage escompté du contrat et non pas seulement la contrepartie de l'obligation* »[654]. Ce constat fait relever à M. D. MAZEAUD[655] que le projet de la Chancellerie « *coiffe plutôt qu'il ne décapite* [la cause] », puisque celle-ci en sort quasiment indemne, le projet se

---

649 Sur ce projet, V. notamment : A. GHOZHI et Y. LEQUETTE, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D*. 2008, *Chron*., p. 2609 et s. ; D. MAZEAUD « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D*. 2009, p. 1364 et s., et « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet », *D*. 2008, p. 2675 et s. ; X. HENRY, « Brèves observations sur le projet de réforme du droit des contrats…et ses commentaires », *D.* 2009, *Etudes et commentaires*, p. 28 & s. ; « Le réforme du droit des contrats : Questions à Xavier HENRY », *in Lexbase hebdo*, n° 338 du 19 février 2009, disponible sur : *http://www5.lexbase/SilverStream/Pages/lbShowNews.html?NEWSNUM* ; P. CATALA, « Deux remarques inhabituelles sur la cause dans les contrats », *op. cit.* ; CH. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat. A propos du projet de réforme du droit des contrats », *D*. 2008 p. 2441.

650 A ce stade, il peut d'ores et déjà être relevé que le cas des contrats unilatéraux, comme le cautionnement, n'est pas envisagé par le projet de la Chancellerie. Nous retrouverons cette problématique plus avant.

651 Il est a noté que cette orientation n'est pas neuve. La doctrine y a songé bien avant. Dans sa contribution au *Dictionnaire de la culture juridique* (sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, Quadrige / Lamy-PUF – 2007), M. J. GHESTIN écrit : « *Les volontés sont le moteur, l'élément subjectif dynamique sans lequel le contrat ne peut naître. C'est par ces volontés que s'exprime l'entente entre des personnes ayant des intérêts propres. C'est, en effet, l'intérêt, l'utilité particulière du contrat pour chacune des parties qui détermine à s'engager. C'est le pourquoi, la cause de leur engagement* ». C'est nous qui soulignons.

652 M. CH. LARROUMET (« De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat. A propos du projet de réforme du droit des contrats », *op. cit.*) relève dans ce sens que la cause *« a été rejetée presque partout ailleurs. Il était difficile d'avoir raison contre le monde entier et de conserver un concept que presque tout le monde rejette* ». V. aussi, X. HENRY, « Brèves observations sur le projet de réforme du droit des contrats…et ses commentaires », *op. cit*., p. 28.

653 A. GHOZHI et Y. LEQUETTE, *op. cit*., n° 13.

654 *Ibid.*

655 « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet », *op. cit*., n° 8.

bornant « *à une simple réformette d'ordre purement formel* »[656]. Et à M. CH. LARROUMET[657] d'écrire que « *la référence à l'intérêt pour remplacer la cause ne règle rien. Il s'agit de la cause sous une autre dénomination* ». Le projet de la Chancellerie conserverait donc au fond « la cause » comme condition de validité des engagements. GENY[658] aurait-il eu raison trop tôt ?

199. – Dans un tel contexte, l'analyse qui suit sera strictement limitée à la cause de l'engagement de la caution, telle que menée actuellement en droit positif, puisque la jurisprudence analyse (déjà !) la cause de l'engagement de la caution comme l'intérêt à son engagement. La tâche n'en reste pour autant pas moins ardue. « [La cause] *fait partie des notions les plus complexes et les plus agitées de la théorie des obligations, sa définition, dans le contrat de cautionnement, a toujours suscité autant d'hésitations que de réelles convictions* »[659]. Le but de la démonstration qui suit est, *in fine,* d'établir que la cause dans le cautionnement donné à une société n'est pas le crédit accordé à celle-ci et que la nature commerciale de l'engagement de la caution ne peut être retenue sur ce fondement[660].

200. – Définitions et intérêts de la cause. Pour être valable, tout contrat doit être causé et cette cause doit être réelle et licite ainsi que le prévoient les articles 1108 et 1131 C. civ. L'on enseigne alors que la cause d'une obligation dans un contrat synallagmatique est l'engagement de l'autre partie, c'est-à-dire l'avantage que chaque partie tire du contrat ; dans les contrats réels elle se ramène à la remise de la chose ; dans les contrats à titre gratuit, la cause se ramène à *l'animus donandi*. Généralement, le cas des contrats

---

656 *Ibid*.

657 « De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat. A propos du projet de réforme du droit des contrats », *op. cit.*

658 Selon GENY (*Science et technique en droit privé positif*, T. III, Librairie du Recueil Sirey, 1921, n° 198, p. 70 et 71) : « *Tout mode d'établissement volontaire d'une situation juridique – dont le type est fourni par le contrat générateur de droits patrimoniaux (droits réels ou droits de créance) – requiert, outre la volonté nue qui le forme et l'objet précisant son contenu, une cause qui explique juridiquement le consentement. Cet élément, la cause, est de l'essence même de tout vouloir susceptible d'effet juridique* […]. *Que signifierait une volonté dépourvue de cause et à quel titre réclamerait-elle la garantie sociale ? Aussi, est-ce bien à tort qu'on a parfois prétendu passer outre l'exigence de la cause, en invoquant les principes scientifiques de la formation des actes juridiques. De ce point de vue, la suppression de la cause ne peut reposer que sur une vision incomplète des choses et aboutir qu'à consacrer un acte purement machinal, à découvrir un fruit substantiel dans une enveloppe vide.* » C'est nous qui soulignons.

659 D. GRIMAUD, *Thèse préc*., n° 438.

660 Sur « les diverses propositions concernant la cause des sûretés personnelles », v. F. JACOB, *thèse préc*., n° 285 à 293.

unilatéraux n'est que rarement envisagé[661]. Ce constat ne doit pas surprendre, car « *le bât de la cause blesse toujours au même endroit, celui des contrats unilatéraux* »[662].

Toutefois, la théorie de la cause présente un double intérêt. D'une part, elle permet d'assurer de manière très large la protection de l'ordre public et des bonnes mœurs ; d'autre part, elle protège l'intérêt particulier du cocontractant[663]. L'appréciation de son existence se fait *objectivement* et appelle la notion de contrepartie contractuelle. Cette appréciation donne au juge le moyen de contrôler que le contrat respecte les attentes des parties. L'absence ou le manque de sérieux de celle-ci conduit à conclure à une absence de cause[664]. En revanche, l'appréciation de la licéité de la cause fait appel aux motifs, l'office du juge est alors de vérifier dans quelle mesure les buts poursuivis par les parties au contrat – et donc certains de leur mobiles – n'étaient pas erronés, impossibles ou immoraux. La cause reste par conséquent étroitement liée à l'analyse *subjective* de la volonté en dernier ressort[665].

201. – Le problème posé par la cause dans le cautionnement : exposé de la solution de la jurisprudence. Toutefois, le propre des contrats unilatéraux, comme le cautionnement, est de ne pas avoir de contrepartie. La recherche de l'existence de la cause peut alors se faire suivant la méthode applicable aux contrats à titre gratuit. Or, en jugeant que la cause de l'engagement est le crédit, la jurisprudence applique au cautionnement le même raisonnement que celui qu'elle applique aux contrats synallagmatiques – et en général onéreux –, lequel raisonnement se transpose mal aux contrats unilatéraux, puisque, par hypothèse, il n'y a pas de contrepartie[666]. Le raisonnement des juges est alors de retenir que c'est l'intérêt personnel ou pécuniaire que la caution espère tirer du crédit accordé à la société qui constitue la contrepartie de son engagement ; la cause de son engagement est donc le crédit[667]. Ce faisant, les interprètes de la loi oublient que le cautionnement est un

---

661 H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz, 1923.

662 PH. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », in *Mélanges Raynaud*, *op. cit*., p. 273 et s, spéc. p. 295.

663 PH. MALINVAUD, *op. cit*., n° 303.

664 X. LAGARDE, « L'objet et la cause du contrat, entre actualité et principes », *op. cit*., 5.

665 En ce sens, P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit*., n° 14.

666 CH. ATIAS, « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », *in Mélanges M. CABRILLAC*, éd. Litec 1999 p. 339 et s., n° 2 ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 109.

667 B. VIGNERON, *op. cit*. p. 43.

contrat à la fois unilatéral, gratuit et *intuitu personae*[668]. Par conséquent, sa cause doit être recherchée, non pas dans la relation « débiteur-créancier », mais dans la relation « caution-débiteur ».

La Cour d'appel de Paris a expressément jugé que la relation « caution-débiteur » constituait le siège de la cause de l'engagement de la caution ; même si, en l'espèce, elle n'est pas allée au bout de son analyse en tirant la seule conséquence qui s'imposait : la libération de la caution[669]. De tels arrêts restent toutefois marginaux et il est généralement jugé que la cause de l'engagement de la caution se trouve dans la relation « créancier-débiteur ». Comment expliquer cette position de la jurisprudence ?

202. – Explications de la solution jurisprudentielle. La thèse du cautionnement intéressé peut d'abord s'expliquer par la conception objective de la cause, la théorie de l'acte abstrait pourrait être une autre explication. En effet, la conception objective de la cause consiste dans une équivalence économique des prestations des parties. Ainsi, « *la cause d'une obligation est la valeur économique, créance ou prestation, qui accroit l'actif du débiteur, en compensant l'accroissement du passif produit par la naissance de l'obligation* »[670]. Partant de cette conception, l'intérêt personnel de la caution serait la valeur économique qui compenserait le passif (éventuel) de son engagement. C'est cet intérêt personnel qui constituerait la cause de son engagement. Or, il a été relevé que cette conception de la cause vise les contrats synallagmatiques[671]. Ce faisant, l'intérêt personnel de la caution ferait perdre à l'engagement de la caution son caractère unilatéral.

203. – L'insuffisance du renouveau de la conception objective de la cause à masquer la fragilité de la thèse du cautionnement intéressé. La fragilité de la thèse du cautionnement intéressé au regard de la conception objective de la cause paraît manifeste et cette fragilité ne peut être masquée par le renouveau de cette conception de la cause actuellement souligné par certains auteurs. M. D. MAZEAUD écrit ainsi que la notion de cause objective « *ne peut plus être désormais cantonnée au rang modeste de garantie*

---

668 *Supra*, n° 39.

669 Paris, 15ème ch. A, 24 oct. 1995 : *RJDA* 1996, p. 185, n° 252. Selon les juges parisiens, « *la reconnaissance de l'existence d'un lien de concubinage entre la caution et le débiteur principal lors de la signature de l'acte suffit à justifie la cause de l'engagement de la caution, qui ne saurait cesser du seul fait de la rupture du concubinage ignoré par le créancier* ». C'est nous qui soulignons.

670 P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit*., n° 6 ; A. ROAST, *op. cit*., p. 397.

671 A. ROAST, *op. cit*., p. 397.

abstraite seulement destinée à assurer la promotion d'un équilibre contractuel minimal, en protégeant chaque contractant contre l'absence ou l'apparence d'un engagement réciproque. Désormais la cause est exploitée aussi, entre autres, pour contrôler l'intérêt du contrat, au jour de sa formation ou de son exécution, elle est, dans cette perspective, appréhendée comme but contractuel commun poursuivi par les parties au contrat, comme l'intérêt qui les a conduites à conclure le contrat litigieux »[672]. Cette explication pourrait, à la réflexion, justifier la position de la jurisprudence sur le cautionnement. Dans ce sens, il pourrait être admis que la caution s'engage en vue de l'obtention du crédit sollicité, lequel constituerait dès lors la cause de son engagement. Toutefois, faire du crédit la cause de l'engagement de la caution paraît trop péremptoire comme position et la réalité, semble-t-il, est plus complexe : le crédit sert de support à l'engagement de la caution, il n'en est pas la cause.

204. – Support de l'engagement de la caution et cause de l'engagement. En effet, la cause comporte une combinaison d'un élément psychologique avec un élément matériel[673]. Cet élément psychologique a son siège dans la relation « caution-débiteur », relation dans laquelle se manifeste l'intention libérale de la caution[674]. Dans cette logique, le crédit constitue l'occasion qui sert à manifester cette intention libérale ; il en constitue le support, c'est-à-dire l'élément matériel. La plupart des auteurs, souligne CAPITANT, affirment que le cautionnement a pour cause la dette principale. Sans doute, cette dette sert de support à l'engagement de la caution ; c'est ce qui explique du reste son caractère accessoire[675].

Cependant, il n'y a pas lieu de confondre ce support de l'obligation de la caution avec la cause qui la détermine. « *La caution s'engage, non pas parce qu'il y a une obligation principale, ce serait insuffisant, mais pour garantir cette obligation et accroître le crédit du débiteur. En réalité, la raison juridique qui explique l'engagement de caution*

---

672 Note sous Cass. com., 13 février 2007 : *RDC.* 2007, n° 3, p. 707.

673 A. ROAST, *op. cit*., p. 398 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, *op. cit*., n° 1 à 6.

674 Si la caution s'engage comme telle, c'est bien parce qu'il existe un lien – d'affection – entre elle et le débiteur principal (supra…). Pour le dirigeant social par exemple, s'engager comme est même une manière d'assumer ses fonctions. C'est ce qui explique qu'il s'engage ès-qualité. En ce sens, M. REMOND-GOUILLOUD, *op. cit*., n° 23. Dans le même sens, J. HONORAT, *op. cit*., p. 1572.

675 *De la cause des obligations*, *op. cit*., n ° 31, p. 64 et 65.

est une intention libérale[676]. » Soutenir que le crédit est la cause de l'engagement de la caution est, dans ces conditions, difficile[677].

Par ailleurs, le cautionnement, ainsi qu'il a été démontré, est un contrat gratuit et *intuitu personae*. Partant, en considérant d'abord son caractère gratuit, la cause de l'engagement de la caution est la volonté de rendre service par le dessaisissement momentané d'un élément actif de son patrimoine[678], ce qui n'est guère différent de l'*animus donandi*[679]. En envisageant ensuite le caractère *intuitu personae*, la cause se ramène à la considération de la personne[680]. Il devient donc difficile de continuer à soutenir que la cause de l'engagement de la caution est le crédit. Le crédit est le support de l'engagement de la caution et la cause de cet engagement – dont le siège se trouve dans la relation « caution-débiteur » – est constituée par le service rendu par la caution au débiteur en lui permettant d'obtenir du crédit[681]. La jurisprudence n'est pourtant pas dans ce sens. Il y a donc lieu de rechercher, à côté de l'analyse objective de la cause de l'engagement de la caution, une seconde explication.

205. – Justification par l'impératif de sécurité juridique. L'on sait que l'*intuitus personae* fragilise le contrat, puisque la disparition du lien *intuitu personae* entraîne la

---

676 *Ibid*.

677 *Contra*, PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 184.

678 *Supra*, n° 39.

679 H. CAPITANT, *op. cit*., n °31, p.64 et 65 ; n° 184, p.400 et 401.

680 M. CONTAMINE-RAYNAUD, *op. cit*., n° 28, p.33 ; M. AZOULAI, *op. cit* ; F. VALLEUR, *op. cit* ; A. ROUAST, *op. cit*. p. 400 ; H. CAPITANT, *op. cit*., n° 20. H. CAPITANT écrit, en effet, que dans les contrats conclus *intuitus personae*, la considération de la personne avec qui on traite fait partie intégrante de la manifestation de la volonté de la personne qui s'oblige et s'incorpore à la cause de son obligation. Cette particularité se trouve consacrée dans le code civil en son article 1110. al.2. C'est parce que le but visé est l'élément essentiel de l'acte de volonté créateur de l'obligation. Ici, *ce but a une fin plus subjective qu'économique*, car on s'oblige en raison de la personne. M. L. AYNES (*Cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit*., n° 335 *in fine*) a, pour sa part, écrit qu'à côté des contrats dont la contrepartie économique des contractants est déterminante, prennent place des contrats dont *l'obligation principale est « causée » par la personne de l'un des contractants*. La justification de l'obligation principale doit donc être recherchée non dans la considération d'une contrepartie économique, objectivement appréciable, mais dans l'appréciation affective de la personne du contractant. En effet, l'appréciation de la contrepartie échappe au judiciaire car elle est étrangère à la rationalité économique, en raison des relations préexistantes entre les parties, relations de famille, d'affection, d'amitié.

681 C'est sans doute dans ce sens que M. CH. ATIAS (*op. cit*., n° 7), après s'être demandé pourquoi l'un cautionne l'autre et pourquoi une personne s'engage à payer la dette d'autrui, ou pourquoi telle personne, dans une situation concrète, accepte de s'obliger à payer telle dette de telle autre personne, écrit que « *l'opération à financer se réalise grâce au prêteur (à cause de lui) et que c'est notamment grâce à la caution que l'emprunteur obtient le crédit souhaité aux conditions qu'il accepte. C'est grâce aux qualités du débiteur que la caution s'engage* […]». C'est nous qui soulignons.

disparition de la relation contractuelle qui en a découlé[682]. En admettant que la cause de l'engagement de la caution est le service qu'elle rend au débiteur, le créancier est inéluctablement atteint, sa garantie est fragilisée, puisqu'elle peut disparaître par suite de l'influence du temps sur la relation « caution-débiteur »[683]. Or, certains auteurs soulignent que « *le cautionnement est une sûreté dont l'existence ne doit pas dépendre des relations entre débiteur et caution* »[684]. L'impératif de sécurité juridique semble alors être l'explication profonde de la position de la jurisprudence. Il peut dès lors être avancé que, par sa position, la jurisprudence refuse que la disparition de la cause entraîne celle du contrat. Ce faisant, son objectif ultime est, sans doute, de consolider l'engagement de la caution en donnant plein effet à celui-ci. En effet, « *en éliminant du débat le débiteur principal, on assure la sécurité du créancier dont l'indemnisation ne dépend pas, ainsi, de relations qui lui échappent* »[685]. Cette analyse est au demeurant compatible avec la théorie de l'acte abstrait.

206. – Sécurité juridique et théorie de l'acte abstrait. L'acte abstrait est, en effet, un acte dont on ignore volontairement la cause[686]. L'acte se suffit à lui-même, l'engagement souscrit crée une obligation valable, abstraction faite de toute cause et de tout mobile[687]. Au fond, l'acte abstrait n'est pas un acte sans cause[688] ; c'est plutôt un acte dans lequel la cause ne joue pas le rôle normal qui lui est dévolu dans les conventions ordinaires[689]. Car, il n'est d'obligations abstraites que dans les constructions juridiques triangulaires et seulement dans certaines d'entre elles[690]. Ces constructions donnent, en effet, naissance à une obligation abstraite dont la cause réside toujours dans un rapport de droit extérieur au contrat qui se forme : dans la délégation par exemple, explique CAPITANT, ce rapport est

---

682 *Supra*, n° 87.

683 *Infra*, n° 337 et s.

684 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 109.

685 M. REMOND-GOUILLOUD, *op. cit*., n° 22. Cette explication a le mérite de mettre en lumière l'exigence d'adaptabilité du droit des affaires ; mais on peut remarquer que les juges n'en ont tiré aucune conséquence s'agissant du cautionnement en tant qu'opération mêlant deux relations de nature contractuelle.

686 M. VIVANT, « Le fondement juridique des obligations abstraites », *D*. 1978, *Chron*., p. 39 et s.

687 G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit., v° « Abstrait »*.

688 GENY (*Science et technique en droit privé positif*, *op. cit*., p. 78) l'explique en ces termes au sujet des effets de commerce : « *Même dans les effets de commerce* […]*, où l'intérêt de la circulation et du crédit paraît devenir prépondérant, l'indication requise de la valeur fournie* […] *l'importance capitale attachée à la provision* […] *attestent la permanence du substratum de la cause, dont la nécessité permet ici d'écarter tout effet novatoire et de justifier plus aisément la nullité des effets de complaisance* […] ».

689 A. ROUAST, *op. cit*., p. 404.

690 M. VIVANT, *op. cit*., p. 39.

celui qui unit le délégué et le délégant, et non pas, comme on le dit souvent, dans le rapport qui existe entre le délégant et le délégataire[691]. Dans le contrat de cautionnement, « *la cause qui détermine la caution à garantir la dette principale doit être recherchée dans les rapports de la caution avec le débiteur principal* »[692].

La théorie de l'acte abstrait permet ainsi de mettre en évidence l'extranéité de la cause dans le contrat de cautionnement, c'est-à-dire dans le rapport qui unit le créancier (tiers) à la caution (débiteur accessoire). Cette extranéité explique une particulière protection du créancier, en raison de sa qualité de tiers et de l'ignorance légitime de la nature réelle des liens existant entre la caution et le débiteur principal qui en découle[693]. La règle de l'inopposabilité, au créancier, des exceptions personnelles au débiteur et non inhérentes à la dette se trouve ainsi expliquée[694]. La théorie de l'acte abstrait permet donc de dire que le cautionnement est bien un contrat causé ; simplement, la jurisprudence écarte cette cause afin de sécuriser le créancier[695].

207. – Limites de la théorie de l'acte abstrait. Séduisante, la théorie de l'acte abstrait s'avère pourtant insuffisante pour expliquer la position de la jurisprudence. Deux raisons peuvent être avancées à cet égard. En premier lieu, tout en ignorant la cause de l'engagement, les juges ne renoncent pas à annuler des cautionnements pour cause immorale[696]. C'est ainsi que dès 1904, la Cour d'appel de Nancy annulait pour cause immorale un cautionnement donné à une femme en vue de favoriser la poursuite des

---

691 H. CAPITANT, *op. cit*., n° 178.

692 *Ibid*, n° 184.

693 M. VIVANT, *op. cit*., p. 41 & 41 ; H. CAPITANT, *op. cit*., n° 178 et 184.

694 A. ROUAST, *op. cit*. p. 404. P. VAN OMMESLAGHE (*op. cit*., n° 20) écrit d'ailleurs que « *le cautionnement est un acte abstrait qui n'est pas abstrait* » : l'acte est abstrait dans la mesure où la caution ne peut invoquer, à l'égard du créancier, des exceptions déduites de ses rapports avec le débiteur principal. Mais il n'est pas abstrait dans la mesure où la caution peut se prévaloir d'exceptions tenant à la dette principale. Cependant, G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ (*op. cit*., n° 638) expliquent la règle de l'inopposabilité, par la caution au créancier, des exceptions personnelles au débiteur principal par l'effet relatif des contrats. Dans ce sens, expliquent-ils, c'est la solution normale du droit commun qui prévaut, la caution étant un tiers au contrat débiteur principal-créancier. Ce n'est qu' à titre d'exception que le Code civil permet à la caution d'opposer au créancier des exceptions du débiteur principal, lorsqu'elles sont inhérentes à la dette.

695 V. par exemple : Douai, 18 mai 1977 : *JCP. G* 1979, *II*, 19169, note PARLEANI. Selon la Cour : « *Attendu qu'il est généralement admis par la jurisprudence que l'engagement de la caution est un acte abstrait, valable par lui-même, sans qu'il y ait lieu de rechercher la cause qui a déterminé la caution à promettre sa garantie* ».

696 Toute la jurisprudence relative aux effets de complaisance vis-à-vis du tireur, du tiré et même des porteurs des effets de commerce de mauvaise foi n'est, bien sûr, pas évoquée ici.

relations adultères[697]. Ce faisant, les motifs de l'engagement de la caution sont directement pris en compte par les juges.

En second lieu, ce n'est pas parce qu'un acte est abstrait qu'il faut lui attribuer une cause autre, une cause qui lui est étrangère comme semblent le faire les juges. Admettre que la cause de l'engagement de la caution est le crédit revient non seulement à donner une autre cause à cet engagement, mais aussi à ramener la cause de l'engagement de la caution à son objet. Ainsi, expose ROUAST[698], tout part de l'idée qui consiste à distinguer la cause de l'engagement des motifs de celui-ci. C'est partant de cette distinction que la cause se ramène à une cause efficiente, c'est-à-dire une cause au sens philosophique.

208. – Toutefois, parce que cette idée de cause a été repoussée, la cause ne serait plus qu'une cause finale. Or, cette cause finale semble se confondre avec l'objet de l'obligation dont on veut justement la distinguer[699]. En effet, en admettant avec la jurisprudence que la cause de l'engagement de la caution est le crédit, encore faut-il déterminer l'objet de cet engagement. Certes, la caution s'engage à se substituer au débiteur défaillant, l'objet de son engagement est par conséquent le paiement de la dette du débiteur, nul ne le conteste. Néanmoins, il n'est pas certain que ce paiement se distingue du crédit, dans la mesure où le paiement consiste à couvrir les dettes issues de ce crédit. C'est parce que le créancier sait qu'il sera payé en cas de défaillance du débiteur qu'il accorde le crédit au débiteur. L'engagement de la caution a donc, en définitive, pour objet de faciliter l'obtention du crédit par le débiteur en constituant une garantie de paiement[700] ; la cause de cet engagement est ailleurs.

209. – Rejet définitif du critère de l'intérêt personnel. Il ressort de ces développements que le critère de l'intérêt personnel qui justifie la nature commerciale de l'engagement de la caution n'est pas satisfaisant. Qualifier l'engagement de la caution de commercial parce que la société obtient à partir de celui-ci un crédit dont profitera la caution ; la cause de son engagement étant alors ce crédit, procède d'une erreur. « *C'est d'elle* [la jurisprudence],

---

697 Nancy, 12 novembre 1904 : *D.P*. 1905. 2. 158.

698 A. ROUAST, *op. cit*. p. 395 et 396.

699 *Ibid*. Dans le même sens, M. REMOND-GOUILLOUD, *op. cit*., n° 23.

700 « *Ce qui singularise l'engagement de la caution,* écrit M. D. Grimaud (Thèse préc., n° 430), *est la fonction de garantie typique du cautionnement. L'engagement de la caution a pour objet d'assurer l'exécution de l'obligation du débiteur principal, c'est-à-dire de l'obligation issu du contrat de base* ».

écrit P. DURAND[701], *que proviennent les déformations les plus profondes de la réalité sociale* ». Le constat s'impose s'agissant de la qualification commerciale de l'engagement de la caution et de l'analyse qui sous-tend cette démarche. En effet, la faiblesse théorique du critère de l'intérêt personnel qui découle de l'inadaptation de la cause objective dans le contrat de cautionnement s'impose à l'évidence. Et quand bien même la position de la jurisprudence répond à un impératif de sécurité juridique et met nettement en évidence l'exigence d'adaptabilité du droit des affaires, il n'en demeure pas moins vrai que cette analyse repose sur des bases poreuses, ce qui explique amplement le manque de cohérence et de lisibilité de la jurisprudence dans la qualification du cautionnement. La sécurité juridique pourtant recherchée s'en trouve paradoxalement malmenée.

210. – La recherche d'un autre fondement à la qualification commerciale du cautionnement donné à une société doit donc être menée, dans la mesure où le caractère commercial peut être d'intensité variable. A cet égard, il peut être utilement relevé que diverses situations « *civiles quasi-commerçantes* » sont prises en compte par le droit commercial[702]. C'est partant de la règle de l'accessoire que l'activité va s'affirmer comme le fondement de la commercialité du cautionnement donné à une société.

---

701 « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé », *D*. 1956, *Chron*., p. 73 et s., spéc., p. 74.

702 A côté des commerçants à part entière, unis à l'activité commerciale par le rapport de rattachement le plus complet, certaines personnes entretiennent avec l'exploitation une relation de relative proximité. Cette proximité entre personnes non commerçantes et l'exploitation – et donc entre le civil et le commercial – est prise en compte par le droit au profit d'une qualification commerciale. Ainsi, l'article L. 121-4 C. com. prévoit-il la mention au registre du commerce et des sociétés du conjoint non commerçant qui collabore effectivement sans rémunération à l'activité commerciale de l'assujetti. La finalité de cette règle est de rendre ledit conjoint électeur et éligible au Tribunal de commerce et à la chambre de commerce et de l'industrie (C. com., art. L. 713-7-c. et COJ, art. L. 413-3).

Ainsi encore, le dirigeant social, bien que non inscrit au registre (art. L. 123-1 C. com.), figure dans la demande d'immatriculation de la société. Il participe de plus aux instances de commerce et est éligible aux tribunaux et chambres de commerce. Une identité de profile peut être relevée dans l'acquisition de la qualité de commerçant et celle de dirigeant social : les interdictions et déchéances qui empêchent l'accès à l'une se retrouvent dans l'autre (C. com., art. L. 653-1 et s.).

De même, l'administration fiscale soumet à l'impôt sur les sociétés celles, de nature civile, qui se livrent à l'exercice d'une activité commerciale (activité soumise aux règles des bénéfices industriels et commerciaux). Il faut pour cela qu'elles franchissent le seuil de 10 % d'opérations commerciales sur la base de l'article 206-2 CGI (V. M. COZIAN, FL. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, 33ème éd. Litec - 2009-2010, n° 548 et s.). Il faut cependant bien garder à l'esprit les exceptions relatives aux Sociétés d'Exercice Libérale (SEL) ayant la forme commerciale *(Loi n° 90-1288 du 31 décembre 1990 relative à l'exercice sous forme de sociétés des professions libérales soumises à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé*) ; lesquelles échappent à la compétence des juridictions consulaires (COJ, art. L. 411-6).

§ 2. – LA QUALIFICATION COMMERCIALE DU CAUTIONNEMENT A PARTIR DE LA REGLE DE L'ACCESSOIRE

211. – Division. Le but de la règle de l'accessoire est le changement de nature de l'accessoire[703]. L'acte accessoire perd sa nature originelle pour adopter celle de l'élément principal qu'il suit. La détermination de la nature de cet acte accessoire se fait donc par relation, de principal à accessoire. La nature commerciale de l'acte accessoire se dévoile de ce fait par opposition à l'acte de commerce par nature (ou par la forme) qui tient sa commercialité de l'énumération de la loi : « *La commercialité des actes accessoires est indirecte en ce sens qu'elle dérive de la relation qui unit de tels actes à un facteur susceptible de déclencher l'application du droit commercial*[704]. » Ainsi, l'acte sera, suivant le cas, rattaché à la personne parce qu'il relève de son statut (commercialité accessoire subjective), ou à telle activité parce qu'il réalise, même de façon parcellaire, le but général que celle-ci s'est fixée (commercialité accessoire objective)[705]. C'est partant de ce dernier critère que l'activité sera affirmée comme le critère (ou la condition) général de la commercialité (**A**). Il s'en suit alors une unité de régime juridique, parfaite traduction de la règle de l'accessoire. L'examen du cautionnement donné à une société conduit à constater que la conception subjective de la règle de l'accessoire ne permet pas d'établir la nature commerciale du cautionnement (**B**), l'application de la conception objective de cette règle permettant seule d'établir cette nature (**C**).

A. – L'AFFIRMATION DE L'ACTIVITE COMME CRITERE GENERAL DE LA COMMERCIALITE

212. – Recherches d'un critère de la commercialité. La recherche d'un critère de la commercialité a entraîné des controverses doctrinales incontestables, en raison, notamment,

---

703 G. GOUBEAUX, *op. cit*., n° 306.

704 *Ibid*, n° 307, p. 416.

705 Cette idée est autrement exprimée par l'expression « *actes nécessaires à la vie commerciale* » employée par certains auteurs. *Cf.* : G. RIPERT et R. ROBLOT, par L. VOGEL, *Traité de droit commerciale – Commerçants –Tribunaux de commerce – Fonds de commerce – Propriété industrielle - Concurrence*, T. 1, Vol. 1, 18ème éd. L.G.D.J. - 2001, n° 4 et s.

de la difficulté préalable à reconnaître le point commun sur lequel ce critère prend appui[706]. A cet égard, il peut d'abord être relevé que le terme « commerce » désigne dans le Code civil l'aptitude à circuler d'un sujet de droit (et donc d'un patrimoine) à un autre, c'est-à-dire l'aptitude à être objet d'échanges marchands[707]. Autrement dit, c'est à travers une délimitation générale du champ contractuel que le Code civil appréhende la commercialité. Mais, une fois sortie ensuite de cette généralité, la commercialité perd en précision. Le Vocabulaire juridique Cornu[708] la définit comme la « *qualité de ce qui est commercial, de ce qui réunit les critères de soumission au droit commercial* », le droit commercial étant « *le droit qui établit le statut du commerçant, entendu comme celui qui fait professionnellement des actes de commerce* »[709]. En effet, la commercialité n'émerge dans le Code de commerce qu'à travers les dispositions relatives aux actes de commerce et aux commerçants. C'est pourquoi une double conception de la commercialité est apparue en doctrine.

213. – Double conception de la commercialité. Un premier courant dit de la commercialité objective appréhende la commercialité au regard de l'objet du droit commercial, c'est-à-dire les actes de commerce limitativement énumérés par le législateur (actuels articles L. 110-1 et L. 110-2 C.com)[710]. Le second courant dit de la commercialité subjective s'appuie sur le sujet, c'est-à-dire la profession comme condition de la commercialité. Dans ce sens, c'est le caractère commercial de la profession qui se communique à toute opération nécessitée par l'exercice de cette profession. Le droit commercial se présente comme le droit des commerçants[711].

214. – Difficultés posées par les deux critères. Loin de favoriser l'émergence d'un critère unique, cette double conception a eu pour conséquence l'imprécision du droit commercial et, dans une certaine mesure, sa fragilisation. Car, d'une part, un mouvement d'inspiration-

---

706 TH. DUBAELE, « Actes de commerce », *Rep. com. Dalloz*, n° 25.

707 Art. 1128 C. civ.

708 *Op. cit., v° « Commercialité »*.

709 J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *Droit commercial*, 26ème éd. L.G.D.J. 2003, n° 43.

710 DELAMARRE et LE POITEVIN, *Traité théorique et pratique de droit commercial (5 vol.)*, 1861, spéc. T. 1, p. 74. Pour un point sur les auteurs de ce courant, P. DIDIER, « Remarques pour servir une définition du droit commercial », *D*. 1962, *Chron.,* p. 221 et s.

711 C. GIVERDON, « Le droit commercial, droit des commerçants. Le critère de la profession commerciale », *JCP*. 1949, I, 1770 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, T. 1., *op. cit*., n° 5. Pour ces auteurs, « *cette conception est d'une simplicité remarquables* ».

expiration accompagnait le droit commercial : tout en perdant son caractère limitatif avec l'émergence d'autres activités, certaines des activités répertoriées comme commerciales sortaient du catalogue légal. Ce mouvement d'inspiration-expiration a été qualifié de grandeur et décadence[712]. D'autre part, il s'est posé la question de savoir si tous les actes faits par un commerçant étaient nécessairement commerciaux ou si tel acte classé comme acte de commerce l'était nécessairement[713].

Même en admettant que le droit commercial est le droit des commerçants, une autre question tendant à savoir si ce droit reste totalement étranger à ceux qui, « non-commerçants », participent et évoluent dans le monde des affaires restait posée[714]. Cette imprécision a fait constater à M. J. MESTRE[715] que « *les frontières de la commercialité restent floues et, en tout cas, fort délicates à cerner* ». Il faut donc convenir avec P. DIDIER[716] que « *la définition du droit commercial est un problème qui reste posé* ». Ce constat a conduit M. M. CABRILLAC[717] à se demander si l'heure de la disparition du droit commercial n'avait pas sonné, si son dépérissement n'était pas achevé, en raison notamment du déplacement du droit commercial vers le droit des affaires ou le droit de l'entreprise.

215. – L'émergence progressive de l'activité comme critère de la commercialité. On le voit, « *malaisée, la définition du droit commercial n'est que plus nécessaire* »[718]. Aussi, la doctrine a-telle tenté de dépasser cette difficulté en proposant diverses définitions du droit commercial, et donc plusieurs critères ou fondements de la commercialité[719]. Ainsi, il a été

---

712 J. CALAIS-AULOY, « Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce (Considération sur le domaine du droit commercial) », *in Mélanges H. CABRILLAC*, Librairies techniques 1968, p. 37 et s.

713 J. ESCARRA, *Cours de droit commercial*, 2ème éd. Sirey, 1952, n° 86 et 87.

714 J. HAMEL, « Droit civil et droit commercial en 1950 », *in* Etudes à G. Ripert, T. 2, p. 261 et s.

715 *In* préface de « *La commercialité (Recherche sur l'identification d'une commercialité »), op. cit.*

716 P. DIDIER, « Remarques pour servir une définition du droit commercial », *D*. 1962, *Chron.,* p. 221 et s.

717 M. CABRILLAC, « Vers la disparition du droit commercial ? », *in Mélanges J. FOYER*, PUF 1997, p. 329.

718 Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial*, 7ème éd. LexisNexis-Litec 2008, n° 3.

719 M. DE JUGLART et B. IPPOLITO (*Droit commercial*, par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, vol. I, Montchrestien 1979), tout en définissant le droit commercial comme le droit applicable aux commerçants et aux actes de commerce (n° 4), ne l'envisageaient pas moins comme un droit économique en raison de son influence tentaculaire (n° 23). Joseph HAMEL prophétisait, quant à lui, un droit des affaires envisagé comme un droit de tous ceux qui participent à la vie des affaires, qu'ils soient commerçant ou non-commerçants. *In* « Droit civil et droit commercial en 1950 », *op. cit*., p. 269 et 270. V. aussi P. DIDIER, « Remarques pour servir une définition du droit commercial », *op. cit*.. De l'idée de « *circulation* » chez THALLER à celle de la « *spéculation* » de LYON-CAEN et RENAULT jusqu'à celle de « *l'entreprise* » de ESCARRA, l'auteur fait une somme des différents critères de la commercialité et des différents conceptions du droit commercial.

proposé de définir le droit commercial comme le droit des institutions spécifiques du régime économique capitaliste[720]. Dans ce sens, l'activité commerciale est caractérisée en tant qu'activité capitaliste[721].

A côté de cette proposition qui s'inscrivait, sans doute dans son temps, le critère de « *l'entreprise* » a été avancé comme fondement commun de la qualification des actes et des personnes[722]. Dans cette perspective, sont actes de commerce les actes accomplis en entreprise et sont commerçants les personnes qui exercent en son sein[723]. Selon ce critère, l'activité commerciale ne peut se développer qu'au sein d'une entreprise et l'activité des entreprises est toujours commerciale. Si ce critère avancé par ESCARRA n'a pas prospéré, c'était sans doute parce que l'auteur appréhendait l'entreprise plus dans son sens de structure que celui de l'activité[724]. Ce faisant, il semblait oublier, d'une part, que l'entreprise s'organise autour des qualités personnelles de l'exploitant[725] et, d'autre part, que l'activité peut s'organiser sans entreprise[726].

Enfin, les quelques dispositions textuelles qui visent expressément l'entreprise renvoient plus ou moins à l'activité[727]. C'est pourquoi, dépassant l'idée d'ESCARRA, P.

---

720 G. LYON-CAEN, « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial », *RTD. com*. 1949, p. 577.

721 TH. DUBAELE, *op. cit*., n° 24.

722 J. ESCARRA, *Cours de droit commercial, op. cit.,* n° 91. L'auteur écrit : « *la notion véritable, celle qui a toujours emportée traditionnellement, c'est la notion de profession, à laquelle même les rédacteurs du Code de commerce, n'ont pu renoncer. Cette notion beaucoup plus large que celle d'acte de commerce, non pas à titre accidentelle, mais d'une manière habituelle et concertée, professionnelle, méthodiquement agencée. Il est évident qu'un simple particulier qui fait épisodiquement une opération de bourse ne peut être assimilé au professionnel qui se livre quotidiennement à des opérations de spéculation (...) l'entreprise est en somme la répétition professionnelle d'actes de commerce reposant su une organisation préétablie* ». Dans le même sens, C. GIVERDON, *op. cit*., n° 12.

723 *Ibid*.

724 M. M. CABRILLAC, (« Vers la disparition du droit commercial ? », *op. cit*., n° 23) voit dans l'entreprise « *le socle d'un droit de qualification si l'on s'accordait à définir l'entreprise par son objectif et à y voir une unité de production marchande* ».

725 Bien des exploitations sont organisées autour des qualités personnelles de ceux qui l'exploitent sans que l'activité ne soit qualifiée de commerciale. Il en va ainsi des SEL.

726 En effet, celui qui tire profit de nombreux achats de matières revendues en l'état, sans employer aucun personnel, ni utiliser quelque outil exerce bien une activité commerciale. On peut d'ailleurs se demander si cette modalité d'exercice du commerce ne remet pas en cause la définition de l'entreprise avancée par la CJCE dans *l'arrêt Mannesman* du 13 juillet 1962 (*Mannesmann AG c/ Haute autorité*, Aff. 19-61 : Rec., p. 675). Dans cette arrêt, la CJCE a avancé qu'une « *entreprise est constituée par une organisation unitaire d'éléments personnels, matériels, et immatériels, rattachés à un sujet de droit autonome et poursuivant de façon durable un bute économique déterminé* ». Sur la définition de l'entreprise, spécialement d'un point de vue comptable, *Cf*. P. DIDIER, « Une définition de l'entreprise », *in Le droit privé français à la fin du XXème – Etudes à P. CATALA*, éd. Litec 2001, p. 849 et s.

727 L'article 1780 C. civ. relatif au louage d'ouvrage vise l'activité du cocontractant à travers l'expression contrat d'entreprise. Dans le même sens, l'article L. 110-2 C. com., en réputant commerciales certaines

DIDIER écrit que « *la notion d'activité commerciale sert à définir le commerçant en même temps qu'elle constitue le support de l'acte de commerce* »[728]. Car, les notions de commerçant et d'acte de commerce ne sont pas en relation de subordination ; mais elles sont d'importance égale et sont subordonnées l'une et l'autre à une troisième notion qui est celle de l'activité commerciale[729]. Et de préciser que « *l'activité est dite commerciale quand sa structure interne présente la physionomie d'un cycle purement monétaire, civile dans les autres cas* »[730].

216. – Récemment, à la faveur d'une Thèse de Doctorat portant sur « *La commercialité (Recherche sur l'identification d'une activité)* »[731], la notion d' « *activité* » a été replacée au cœur de la commercialité. L'auteur écrit : « *La commercialité ne réside ni dans certains actes, ni dans certaines professions, mais dans une activité, notion supérieure jouissant d'une identité propre. L'activité forme le support sur lequel vont se fixer certains caractères donnant jour à la qualification commerciale*[732]. » En effet, « *les actes de commerce, les commerçants ne portent en eux aucune charge commerciale. Leur qualification n'est qu'une expression de la commercialité contenue dans l'activité, laquelle atteint tous les actes en rapport ainsi que l'ensemble des personnes en contact avec l'exploitation* »[733]. Cette activité repose sur un enchevêtrement d'actes juridiques et matériels et comporte, en elle-même, une idée de pluralité[734]. La commercialité d'un acte de commerce apparaît alors comme l'expression de la commercialité contenue dans l'activité, laquelle déteint sur tous les actes en rapport avec l'exploitation[735].

---

entreprises vise certes la structure, mais il difficile de concevoir la structure sans son activité. Ce dernier point de vue est attesté en droit de la concurrence puisque la notion d'entreprise y est saisie à travers la réalité des prestations économiques fournies par l'entreprise. V. par exemple en droit communautaire européen, CJCE, 13 juillet 1962, *Arrêt Mannesmann*, *Rec*. 675.

[728] *Op. cit*., p. 222.

[729] *ibid*., p. 224, *in fine*.

[730] « La compétence législative du droit commercial », *RTD. com*., 1965, p. 535 et s.

[731] F.-X. VINCENSINI, *La commercialité (Recherche sur l'identification d'une activité)*, *Thèse* Université d'Aix-Marseille, P.U.A.M. - 1998, Préf. J.MESTRE.

[732] *Ibid*., p. 9.

[733] F.-X. VINCENSINI, *Thèse préc*., n° 29.

[734] Commission 1ère inst. séc. soc. Lyon, 10 juillet 1962 : *JCP*. 1962, *II*, 12900 bis, note J.-P. B. Il est jugé que le terme activité « *comporte une idée de pluralité, et un acte isolé, ou quelques actes peu fréquents, ne peuvent constituer une activité* ».

[735] Tirant les conséquences de ce « recentrage » de la commercialité sur l'activité, M. F.-X. VINCENSINI (*op. cit*., n° 711) conclut à « *l'inutilité* » de l'expression « *acte de commerce par accessoire* » qui souligne l'opposition avec les « actes de commerce par nature » qui, en réalité, n'existe pas : les mêmes actes pouvant tantôt appartenir à l'une ou l'autre catégorie selon qu'ils constituent ou complètent l'activité exercée. Nous partageons pleinement cette analyse. Toutefois, les expressions « acte de commerce

217. – L'existence latente du critère de l'activité dans le Code de commerce. L'activité comme critère de détermination de la commercialité d'un acte peut surprendre. Ce n'est, en effet, que très indirectement qu'elle émerge dans le Code de commerce à partir des articles consacrés aux actes de commerce et au commerçant. Ce critère paraît pourtant pertinent et trois raisons peuvent être avancées à l'appui de cette position. En admettant d'abord qu'aucun acte n'est en soi commercial dès lors qu'un même acte est commercial ou civil suivant son auteur, sa destination, sa fréquence ou son but désintéressé, il faut aussi convenir que l'acte n'acquiert la nature commerciale que parce qu'il se rattache à une exploitation qui présente ces caractéristiques, c'est-à-dire une activité commerciale[736].

Il faut ensuite relever qu'il existe en droit commercial une présomption de la commercialité des actes se rattachant à l'exploitation commerciale. L'article L. 411-7, al. 2 COJ (ancien art. 638. al. 2 C. com.) énonce que « *les billets souscrits par un commerçant sont censés faits pour son commerce* ». L'interprétation jurisprudentielle de ce texte, très large au demeurant, conduit à analyser comme commercial tout acte fait par un commerçant[737]. Pourtant, le texte ne prévoit nullement que les billets souscrits par un commerçant seront supposés commerciaux ; il précise plutôt que ces billets seront censés ou présumés faits pour son commerce. C'est donc de la destination de ces billets et plus généralement des actes faits par le commerçant, de leur rattachement, du contexte de leur émission qu'est déduite leur commercialité. Cette interprétation s'explique : « *Les rédacteurs du Code de commerce se sont efforcés d'écarter du droit commercial nouveau toute conception subjective afin d'éviter la renaissance d'un droit corporatif, axé sur la profession et que la révolution avait précisément voulu supprimer* »[738]. C'est donc fort justement qu'il a été souligné qu' « *en aucune manière les rédacteurs du Code n'ont fait de la qualité de la personne le fondement de la qualification des actes. Jamais ils n'ont voulu encourager la théorie subjective de la commercialité* […] »[739]. Dès 1807 donc, l'activité était déjà envisagée comme le critère de la commercialité dans Code de commerce et son

---

accessoire » et « acte de commerce par nature » sont conservées dans les développements qui suivent pour des raisons de clarté de notre étude.

736 Expliquant le phénomène de la commercialité, M. TH. DUBAELE (*op. cit.,* n° 26) écrit : « *D'une part, d'un point de vue temporel, l'acte de commerce suppose la recherche d'un profit, ce qui fait que le critère de la spéculation peut être considéré comme le critère traditionnel. D'autre part, d'un point de vue matériel, l'acte de commerce pourrait ne s'expliquer que dans un cadre spécifique, qui impliquerait que soient dégagées des notions de circulation ou d'entreprise, les deux notions définissant des critères structurels* ».

737 Pour une qualification commerciale d'un mandat de représentation en justice donné par un commerçant à un agréé, Req. 12 décembre 1911 : *D. P.* 1913. 1. 129, note FEUILLOLET.

738 B. LENFANT, *Thèse préc*., p. 59.

739 F.-X. VINCENSINI, *Thèse préc.,* n° 716.

identification passait, entre autres, par les actes de commerce, le commerçant ainsi que les sociétés commerciales par la forme.

Enfin, les intérêts que présente l'activité comme critère de la commercialité sont indéniables. Parce qu'elle permet de sortir de l'alternative « commerçant /acte de commerce » et du cercle vicieux qui en résulte, l'activité se présente comme un critère fiable de détermination de la commercialité. Ses intérêts au regard de la problématique du cautionnement sont considérables.

218. – Intérêts du critère de l'activité au regard de la problématique du cautionnement. L'usage du critère de l'activité permet, d'une part, de mettre en évidence – une fois de plus – la faiblesse du critère de l'intérêt personnel de la caution. Dans ce sens, l'activité constitue assurément un critère de rattachement plus objectif et moins psychologique. Il permet, d'autre part, une totale cohérence entre le caractère accessoire du cautionnement et la détermination de la nature de l'engagement de la caution dans la mesure où la recherche de la commercialité du cautionnement donné à une société pose un problème différent de celui de la commercialité « tout court ». Car, il ne s'agit pas ici de savoir si le profit se réalise dans l'opération comme dans la recherche habituelle de la commercialité ; ce qu'il faut plutôt démontrer est que le profit se réalise par l'opération, c'est-à-dire grâce au cautionnement et par son rattachement direct à une opération incontestablement commerciale, parce que lucrative : le crédit accordé à la société. Le but de la qualification est donc de démontrer la finalité utilitaire du cautionnement à l'activité de la société[740]. C'est la raison pour laquelle un rattachement par la conception subjective de la règle de l'accessoire paraît insuffisant à justifier toute qualification commerciale du cautionnement donné à une société.

[740] Ainsi que l'explique M. G. GOUBEAUX (*op. cit*., n° 308), « *le Code de commerce a voulu soumettre au régime commercial un certain nombre d'opérations d'affaires. Or, le texte donne une liste des actes commerciaux et ignore ceux qui peuvent intervenir pour les préparer ou les compléter. Un décalage peut ainsi se produire entre l'opération commerciale envisagée par le Code comme un simple acte et l'opération concrète, plus complexe parce qu'elle associe des actes accessoires à principal* ». C'est nous qui soulignons.

B. – L'INSUFFISANCE DE LA CONCEPTION SUBJECTIVE DE LA REGLE DE L'ACCESSOIRE

219. – Exposé de « l'accessoire subjectif ». Selon la conception subjective de la règle de l'accessoire, la nature commerciale d'un acte s'établit à partir de la qualité de commerçant de son auteur[741]. C'est la qualité de commerçant de l'auteur qui influence, par relation, la nature commerciale de l'acte en cause. Sont ainsi qualifiés d'actes de commerce, tous les actes faits par un commerçant pour les besoins de son commerce ou par une société commerciale dans le cadre de son activité[742]. Deux conditions sont ainsi posées par la jurisprudence pour la mise en œuvre de « l'accessoire subjectif » : la qualité de commerçant de l'auteur de l'acte et l'accomplissement de cet acte pour les besoins de son commerce ou à l'occasion de celui-ci[743].

Il convient de relever d'emblée que le raisonnement de la jurisprudence ci-dessus exposé est critiqué, à juste titre, pensons-nous, en raison de son « centrage » sur la personne du commerçant. C'est effectivement entre la qualité de l'auteur de l'acte et cet acte qu'est découverte la relation d'accessoire à principal. Or, « *dire qu'un acte est l'accessoire d'une personne n'a pas de sens* […]. *Pour qu'une relation d'accessoire à principal dérive d'un rapport d'affectation, il faut que le principal apparaisse comme le but immédiat de l'accessoire qui ne peut atteindre sa fin extrême que médiatement au travers du service du principal. Tel n'est évidemment pas le cas ici, le service de la personne étant précisément le but suprême de l'acte accessoire* »[744]. Parce qu'un acte ne peut être l'accessoire d'une personne, en l'occurrence un commerçant, la conception subjective de la règle de l'accessoire paraît erronée ; elle ne peut par conséquent justifier la qualification commerciale du cautionnement donné à une société.

220. – Insuffisance de « l'accessoire subjectif ». Même en omettant volontairement cette critique et en accordant du crédit à la conception subjective de la règle de l'accessoire, celle-ci ne peut être utilement invoquée à l'appui de la commercialité du cautionnement

---

741 R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *op. cit*., n° 8.
742 C. GIVERDON, *op. cit*. ; J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *op. cit*., n° 69 à 73 ; G. RIPERT et R. ROBLOT, *op. cit.,* T. 1., n° 5.
743 J. MESTRE et M.-E. PANCRAZI, *ibid*.
744 G. GOUBEAUX, *op. cit*., n° 310, p. 421.

donné à une société. En effet, ni le dirigeant social, ni son conjoint – éventuellement engagé comme caution des dettes sociales – ne sont commerçants[745]. Ils sont tous les deux des *penitus extranei* du monde des affaires. Certes, il ne s'agit pas de dire que le dirigeant social ne peut en aucun cas être commerçant ; les cas de reconnaissance de la qualité de commerçant au dirigeant social *lato sensu* sont à cet égard nombreux[746]. Il reste que la nature commerciale du cautionnement ne peut être rattachée à une quelconque qualité de commerçant de la caution, puisqu'elle fait précisément défaut.

Certes, il est possible de penser que le dirigeant social – pour ne prendre que son exemple –, en se portant caution, fait un acte de commerce qui correspond à un élargissement de la théorie de l'accessoire classique et concerne tout acte en rapport avec une activité commerciale à laquelle son auteur participe. Cependant, il se contente de participer à l'activité sociale, laquelle est exercée par la personne morale. Par conséquent, la qualité de commerçant ne saurait lui être reconnue par son seul engagement. La jurisprudence est d'ailleurs en ce sens, puisqu'elle juge que même lorsque le dirigeant social (caution) renouvelle la garantie des engagements financiers de la société, accomplissant de la sorte plusieurs actes de commerce, il ne devient pas pour autant commerçant[747].

---

745 Selon le Code de commerce, le commerçant est celui qui exerce des actes de commerce et en fait une profession habituelle. Le vocable « *acte* » de commerce masque en réalité celui de l' « *activité* » commerciale. Cette activité se ramène à la conclusion répétée d'actes de commerce. Or, si le dirigeant social – pour ne se limiter qu'à lui – détient un pouvoir, celui précisément d'accomplir des actes de commerce, ce pouvoir lui est délégué par l'organe de direction qui décide en toute hypothèse et en dernier ressort. Le pouvoir du dirigeant est simplement de mettre en œuvre la mission qui lui est confiée par l'organe de direction. Il est donc clair que *le dirigeant n'accomplit aucun acte de commerce, puisqu'il ne fait que représenter la société dans l'exercice de son activité*. Il devient dès lors aisé de constater qu'il manque en plus au dirigeant social le critère de l'indépendance.

746 Partant du propriétaire du fonds de commerce qui y installe un gérant salarié en se contentant de définir les grandes orientations à suivre, en passant par le maître de l'affaire (celui qui assume des responsabilités de direction et de gestion en toute indépendance en contrepartie de profits), jusqu'au dirigeant qui accomplit des actes de commerce à titre habituelle et de manière indépendante ou qui exploite personnellement une entreprise commerciale, les exemples ne manquent pas. V. F.-X. VINCENSINI, *op. cit*., n° 547 à 550.

747 Cass. com., 10 février 1981 : *Bull. civ. IV*, n° 75.- Trib. Com. Paris, 22 septembre 1982 : *Rev. jurispr. com*. 1983, note, CH. MOULY.- Paris, 18 mars 1986 : *D*. 1986, *IR*, p. 271. En l'espèce, un actionnaire et président du conseil d'administration d'une société s'était porté caution à plusieurs reprises caution des engagements de celle-ci. La banque bénéficiaire de ces différents cautionnements pour se prévaloir à l'encontre du dirigeant de la liberté de preuve des actes de commerce a soutenu, à la suite d'un litige, que le dirigeant avait accompli des actes de commerce. Mais les juges parisiens ont répondu que « *l'accomplissement d'actes de commerce isolés ne confère pas à leur auteur la qualité de commerçant* ». Faute donc d'être enchaînés les uns aux autres, les cautionnements répétés ne forment qu'une somme d'engagements ponctuels, inaptes à constituer une activité. En ce sens, Cass. com., 1er octobre 1997 : *RTD. com*. 1998, p. 132, obs. J. DERRUPPE. En l'espèce, le dirigeant avait cautionné les engagements de sa société vingt cinq fois. La Cour juge cependant qu'il « *n'effectuait pas à titre de profession habituelle des actes de commerce et en conséquence n'était pas devenu commerçant* ».

221. – Hésitations possibles. Dans deux cas, cependant, des hésitations sont possibles. Le premier cas concerne la caution personne physique ayant la qualité de commerçant (associé en nom ou commandité). *A priori*, la nature commerciale d'un cautionnement donné par cette personne peut être retenue dès lors qu'elle a la qualité de commerçant. Ce raccourci devrait toutefois être écarté puisque cette qualité de commerçant lui est reconnue, non pas parce qu'elle exerce une activité commerciale, mais en raison des responsabilités inhérentes à son statut[748]. Ce faisant, la condition posée par la jurisprudence d'un engagement pris par le commerçant à l'occasion de son commerce ne peut être remplie, ce qui permet d'écarter une qualification commerciale. A cet égard, il est possible de relever que ce fondement de la commercialité n'a pas été retenu en jurisprudence pour retenir la nature commerciale du cautionnement donné par un associé ayant la qualité de commerçant.

Le second cas d'hésitation concerne l'engagement d'une société comme caution dans le cadre d'un groupe de sociétés. En raison de l'existence d'un intérêt du groupe, l'intérêt pécuniaire de la société qui s'engage comme caution paraît incontestable, la société agissant pour les besoins de son commerce à travers l'intérêt du groupe. Toutefois, ce ne sera pas l'existence de cet intérêt qui va justifier la nature commerciale de l'engagement, le critère de l'intérêt ayant été rejeté[749]. L'engagement sera commercial ici en raison simplement de la nature commerciale de l'activité de la société cautionnée et de la société caution.

---

748 Les associés en nom et les commandités ont en effet la qualité de commerçant (art. L. 221-1. et L. 222-1.C.com.). Le fondement de la reconnaissance de cette qualité se trouve moins dans la responsabilité indéfinie et solidaire à laquelle ils sont tenus, moins encore dans l'accomplissement par eux d'actes de commerce, puisque l'organe de direction agit au mon de la société. La reconnaissance de cette qualité de commerçant est plus à rechercher dans le fonctionnement des sociétés auxquelles ils appartiennent. En effet, l'associé en nom et le commandité tiennent dans leurs sociétés un rôle important dans la gestion de la société que souligne d'ailleurs la différence de traitement entre le commandité et le commanditaire dans la SCS. Dès lors, la responsabilité indéfinie et solidaire à laquelle ils sont tenus (même si la loi de sauvegarde des entreprises a supprimé l'extension de la procédure aux associés) les confère un véritable pouvoir de contrôle de la société et de son activité. Par conséquent, même s'ils n'accomplissent pas personnellement d'actes de commerce, c'est le pouvoir inhérent à leur statut qui explique la qualité de commerçant de ces deux catégories d'associés.

Une autre explication de cette qualité de commerçant est la notion de transparence : les associés en nom et les commandités sont en effet indéfiniment et solidairement tenus sur leur patrimoine en raison de l'absence de l'écran social.

Enfin, en agissant pour la société, les associés en nom et les commandités s'enrichissent eux-mêmes. Un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation rendu le 12 mai 1982 (*Juris-Data n° 001085*), pour reconnaître aux commandités et associés en nom le statut de travailleurs indépendants suivant l'article R. 241-2 C.S.S, a jugé que leur importance ne se limitait pas à une contribution financière mais qu'ils exerçaient effectivement, même à titre accessoire, une activité non salariée.

749 *Supra*, n° 209.

222. – Rejet définitif de « l'accessoire subjectif ». Cette présentation montre en définitive l'insuffisance de la conception subjective de la règle de l'accessoire à fonder une qualification commerciale du cautionnement donné à une société. Si rapport d'accessoire à principal il y a, ce rapport *« est assurément très particulier : il unit un acte à une activité, c'est-à-dire à un ensemble d'actes »*[750]. L'acte que constitue le cautionnement est fondamentalement attaché à l'activité, le cautionnement donné est mis au service de l'activité de la société, ce qui assure la primauté et la fiabilité de l'accessoire objectif. Cette idée est, *en substance*, contenue dans la formule « *pas de sûreté en l'absence de crédit* »[751].

C. – LA FIABILITE DE LA CONCEPTION OBJECTIVE DE LA REGLE DE L'ACCESSOIRE

223. – Subdivision. La conception objective de la règle de l'accessoire permet de rattacher la nature de l'acte accessoire à celle de l'acte principal, indépendamment de la qualité de son auteur. L'acte emprunte la nature de celui dont il est l'accessoire. Le cautionnement est ainsi commercial parce qu'il est l'accessoire d'un acte ayant lui-même une nature commerciale (le crédit)[752]. Certes, cette conception cadre avec la règle de l'accessoire, l'acte étant l'accessoire d'un autre acte ; toutefois, l'acte ne portant en lui-même aucune charge commerciale, c'est au regard de l'activité qui constitue le critère de la commercialité qu'il convient d'établir la nature commerciale de l'acte en cause. C'est, en effet, dans l'activité que l'intention spéculative se retrouve et il suffit que l'obligation se rattache au commerce et en soit un accessoire pour qu'elle affecte un caractère commercial[753]. C'est donc la fonction utilitaire du cautionnement qui permet de déterminer sa nature. Le cautionnement est commercial parce qu'il sert une activité commerciale, parce que telle est sa finalité (***1***). Or, la spécificité de la règle de l'accessoire étant d'être ambivalente, il n'est pas à exclure que, dans certains cas, la nature civile du cautionnement soit reconnue (***2***).

---

[750] G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 310, p. 421 *in fine*. C'est nous qui soulignons.
[751] *Supra*, n° 27 et 30.
[752] R. ROBLOT, *op. cit.*, n° 8.
[753] Civ. 24, janvier 1865 : *S.* 1865, *I*, 53.

1. – Nature commerciale du cautionnement

224. – Explications théoriques. En posant que l'activité est le critère de la commercialité, il faut admettre que tout acte en relation avec une activité commerciale emprunte cette nature, nonobstant tout autre élément ou caractère à même d'influencer sa qualification. Certes, l'activité commerciale suppose l'exercice répété d'actes – de commerce –, à titre de profession habituelle et en toute indépendance dans le dessein d'en tirer un profit[754]. Mais, à la vérité, ces caractères ne sont pas d'un grand secours dans la détermination de la nature du cautionnement. En effet, l'objet n'est pas d'établir que le cautionnement est un acte de commerce, mais de déterminer sa nature commerciale à partir d'une activité ayant cette nature. Aussi, la répétition permet-elle simplement de dévoiler l'activité sans en conditionner la nature commerciale. C'est une fois la commercialité de l'activité avérée que tout acte qui s'y rattache va emprunter la même nature. Le cautionnement des engagements sociaux, plusieurs fois renouvelé, est commercial ; mais il ne fait pas de la caution un commerçant[755], puisque le rattachement se fait au regard de l'activité. C'est d'ailleurs dans ce sens que la jurisprudence qualifie de commerciales certaines locations d'immeubles telles les locations (de boxes automobiles) assorties d'un service de nettoyage et gardiennage[756], ou les activités des établissements de crédit agricole mutuel[757].

225. – Affirmation de la commercialité par le critère de l'activité. Le cautionnement donné à une société, aussi bien par le dirigeant social, son conjoint ou un associé de celle-ci, a une nature commerciale dès lors que l'opération est en rapport avec une activité commerciale : c'est de la commercialité de l'activité que le cautionnement tire la sienne. Le rapport d'accessoire unit ici un acte à une activité[758]. Le cautionnement, acte accessoire, est alors contaminé par le caractère commercial de l'obligation garantie[759].

---

754 G. RIPERT et R. ROBLOT, par L. VOGEL, T. 1, Vol. 1, *op. cit.*, n° 118.

755 Cass. com., 1er octobre 1997, *préc.*

756 V. J. DERRUPPE, *RTD. com* 1985, *Chron. de Jurispr.* p. 505.

757 Sur la reconnaissance progressive du caractère commercial de ces établissements, Cass. com., 11, décembre 1973 : *Bull. civ. IV*, n° 357 ; *RTD. com* 1974, 317, obs. M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE.- Cass. 1ère civ., 16 décembre 1980 : *Bull. civ. I*, n° 330 ; *D*. 1981, 112, 493, obs. M. Vasseur.- Cass. 3ème civ., 26 janvier 1982 : *D*. 1983, 112, 185, *Gaz. Pal*. 1982, 2, *somm*. 207 ; *RTD. com*. 1982, 397.- Cass. com., 24 janvier 1984 : *D*. 1994, *somm*, p. 322.

758 G. GOUBEAUX, *op. cit*., n° 310, p. 421 *in fine*.

759 R. COTIN et H. HOVASSE, note sous Cass. com., 10 février 1971, *préc*.

Ainsi, sans le dire, la jurisprudence utilise le critère de l'activité pour qualifier de commercial le cautionnement donné à une société commerciale par une société civile. Certes, la validité d'un tel cautionnement est conditionnée par son rattachement, même indirect, à l'objet social de la société civile ; mais c'est surtout sa destination qui justifie sa qualification commerciale[760]. Le raisonnement ne doit pas surprendre dès lors que le rapport entre l'acte et l'exploitation ne souffre d'aucune ambiguïté. Le cautionnement donné permet l'octroi de fonds nécessaires au développement de l'activité. La commercialité de cette opération de crédit s'étend, par osmose, au cautionnement qui en est l'indispensable accessoire. C'est de ce rattachement à l'activité commerciale que découle sa commercialité. Un raisonnement analogue est tenu en droit positif à propos du gage[761], spécialement du gage constitué comme sûreté d'exécution d'une créance commerciale.

226. – L'exemple de la constitution d'un gage au profit d'une activité commerciale. Convention par laquelle est reconnu à un créancier le droit de se faire payer par préférence à d'autres créanciers sur un bien ou un ensemble de biens mobiliers corporels (gage) ou incorporels (nantissement), l'utilité du gage[762] dans la pratique des affaires est incontestable[763]. Il n'est qu'à se rappeler les diverses lois visant à organiser les gages portant sur certains biens[764]. De la lecture des articles L. 521-1 et L. 110-3 du Code de commerce, il ressort que le gage constitué par un commerçant ou par un individu non commerçant, pour un acte de commerce, est de nature commerciale. Sur le fondement de

---

760 Cass. 1ère civ. 15 mars 1988 : *Bull. civ. I*, n° 75 ; *D*. 198, *Somm*., p. 273, obs. L. AYNES ; *JCP. G*. 1988, *IV*, 190 ; *Rev. Sociétés* 1988, p. 415, note, Y. GUYON ; *RTD. com*., 1988, p. 459, obs. JEANTIN et ALFANDARI. En l'espèce, la Cour n'établit d'ailleurs pas directement le lien entre le cautionnement donné et sa commercialité. C'est plutôt par l'appréciation de sa validité au regard de l'objet social de la SCI caution qu'est affirmée la nature commerciale du cautionnement en cause : *« … à supposer que les juges du second degré aient inexactement attribué à ce cautionnement un caractère civil, cette qualification erronée serait sans influence sur la solution du litige dès lors que la nature commerciale d'un cautionnement n'a pas pour effet nécessaire de modifier le caractère civil de la société qui s'est portée caution* ». Sur la validité du cautionnement et l'objet social, *infra*, n° 304 et s.

761 Sur les innovations de la réforme de 2006, M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 723 & s ; L. AYNES, « Le nouveau droit du gage », *Dr. & Patr*. 2007, n° 161, p. 48 et s. ; R. DAMMANN, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D*. 2006, p.1298 et s.

762 La réforme de 2006 distingue le gage du nantissement au regard de leurs assiettes (art. 2333 et 2355 C.civ.). On peut sérieusement douter de l'intérêt de cette subtile distinction d'un point de vue pratique car pour le créancier, l'important est la possibilité de réaliser rapidement sa sûreté et de se faire payer, que l'assiette soit un bien corporel ou incorporel. Par souci de clarté de notre exposé, nous utiliserons le terme gage.

763 V. « *Le gage commercial* », *RJC*, n° spécial, novembre 1994.

764 Ainsi, la loi du 17 mars 1909 portant sur le nantissement du fonds ce commerce, la loi du 18 janvier 1951 portant sur le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, le décret n° 53-968 du 30 septembre 1953 portant sur le gage de véhicule automobile, pour ne citer que ces textes.

ces textes, la jurisprudence retient que la nature civile ou commerciale de la constitution du gage s'apprécie selon la nature civile ou commerciale de la dette garantie, quelle que soit par ailleurs la qualité du constituant[765].

Certes, les textes posent comme condition de la qualification commerciale du gage sa constitution pour un acte de commerce. La doctrine explique alors que cette qualification commerciale s'infère de la nature commerciale de la dette garantie, le gage n'en constituant qu'un accessoire[766]. M. G. PETIT-DUTAILLIS[767] écrit ainsi : « *Le critérium de distinction pour savoir si le gage est civil ou commercial, c'est la nature de la créance garantie : le débiteur doit donc poursuivre une opération commerciale pour que la garantie suive les règles de droit commercial*. »

227. – Néanmoins, si l'engagement garanti constitue bien un acte de commerce, il n'est commercial que parce qu'il s'intègre dans une activité qui est elle-même commerciale et que la constitution du gage vient soutenir. C'est cette destination du gage à l'activité commerciale qui justifie sa qualification commerciale. Précisément, parce que le gage – en ce qu'il affecte un ou un ensemble de biens à travers leur valeur marchande au paiement du créancier – s'insère dans l'activité, il permet la réalisation de l'opération à l'origine de sa constitution. Ce faisant, il s'inscrit dans l'activité commerciale du débiteur à laquelle il se rattache inéluctablement[768]. Certes, la commercialité du gage est légalement consacrée ; il n'empêche que sa fonction utilitaire paraît en tout point identique à celle du cautionnement donné à une société. Comme le gage, le rattachement du cautionnement à l'activité commerciale justifie amplement la même qualification[769], que la société débitrice

---

765 Cass. civ., 9 janvier 1905 : *S.* 1907, *I*, 115.- Req. 10 mars 1915 : *S.* 1916, I, 5.- Cass. com., 5 février 1962 : *Bull. civ. III*, n° 72 ; *Banque* 1962, 704, *obs. Marin*.- Cass. com., 11 juin 1974 : *Bull. civ. IV*, n° 190 ; Banque 1975, 92, obs. L. Martin.- Cass. com., 23 octobre 1984 : *Bull. civ. IV*, n° 278.- Lyon, 3ème ch., 17 novembre 1995 : *Juris-Data* n° 049840.- Cass. com., 9 mai 2001 : *JCP.E* 2001, 1858, n° 16, obs. PH. DELEBECQUE.

766 MARTY, RAYNAUD ET PH. JESTAZ, *op. cit*., n° 81 ; PH. MALAURIE, L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit*., n° 503.

767 *Op. cit*., n° 306, p. 232.

768 Pour un gage constitué par un non commerçant pour garantir une facilité de caisse accordée à une société commerciale, Lyon, 3ème ch., 17 novembre 1995, *préc*. ; ou encore la constitution d'un gage par une caution réelle non commerçante pour garantir une dette contractée par le débiteur principal dans l'exercice de son commerce, Cass. com., 8 février 1962, *préc*.

769 La commercialité de la stipulation pour autrui, autre construction juridique à trois personnes, n'est-t-elle pas reconnue lorsque l'engagement principal dont la stipulation est l'accessoire a un caractère commercial ? La Cour de cassation juge, en effet, qu'une opération commerciale à l'égard du stipulant l'est aussi à l'égard du bénéficiaire (Cass. com., 1er février 1955 : *D*. 1956, p. 338, note P. DURAND ; *JCP*. 1955. *II*, 8772, note J. HEMARD). De même, c'est de son affectation au service de la location d'un fonds de commerce que la commercialité du bail d'un immeuble a été tirée (Montpellier, 10 octobre 1951, cité par

principale soit commerciale par la forme ou par l'objet[770], ainsi que le plaident MARTY, RAYNAUD et PH. JESTAZ[771].

228. – Commercialité du cautionnement donné par une société civile. Au demeurant, la qualification commerciale du cautionnement donné par une société civile ne devrait pas heurter, dans la mesure où la jurisprudence a depuis admis que la qualification commerciale d'un cautionnement donné par une société civile ne modifie pas le caractère civil de la société[772]. Cette jurisprudence repose certes sur le critère de l'intérêt personnel, puisque cette qualification commerciale est retenue en marge d'un courant jurisprudentiel plus vaste relatif aux actes non-conformes à l'objet social des sociétés à risque illimité, spécialement les sociétés civiles[773]. Toutefois, l'usage du critère de l'activité par l'accessoire objectif permet d'aboutir au même résultat.

229. – Admission définitive de l'activité comme critère de qualification commerciale. Le critère de l'activité permet en définitive une qualification commerciale du cautionnement donné à une société par la mise en œuvre de la règle de l'accessoire. Les commerçants ne sont pas les seuls acteurs du monde des affaires, loin s'en faut. Certaines personnes, bien que n'exerçant pas le commerce, y interviennent directement ou indirectement. Leurs actes, aussi rares soient-ils, ne servent pas moins l'activité commerciale dans son ensemble. Et, « *tout comme les actes du commerçant sont commerciaux sauf lorsqu'ils sont étrangers à l'activité commerciale ; les actes du non commerçant sont civils sauf lorsqu'ils sont en rapport avec une activité commerciale* »[774].

G. GOUBEAUX, *op. cit*., n° 308.). Dans ces arrêts, nonobstant leur motivation, c'est toujours *la finalité de l'engagement et son rattachement à l'activité commerciale* qui justifient *in fine* la qualification commerciale.

[770] Même lorsqu'une société est commerciale par sa forme et civile par son objet, son exploitation n'est pas pour autant moins commerciale. En ce sens, G. RIPERT et R. ROBLOT, par L. VOGEL, T. 1, Vol. 1, *op. cit.*, n° 351. D'importantes exceptions subsistent cependant lorsque notamment l'activité en cause est civile par nature, telles les opérations immobilières ou agricoles ou lorsque la société en cause est une SEL. V. PH. MERLE, *op. cit*., n° 10, 11 et 89.

[771] *Op. cit*., n° 574.

[772] Cass. com., 10 février 1971 : *D*. 1971, p. 605.- Cass. 1ère civ. 15 mars 1988 : *D*. 1988, *Somm*., p. 273, note L. AYNES ; *Rev. sociétés* 1988, p. 415, note Y. GUYON ; *RTD. com*. 1988, p. 459, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN.

[773] *Infra*, n° 304 et s. Il est aussi à relever que les sociétés civiles – immobilières – ont souvent donné l'occasion à la Cour de cassation de faire usage du critère de « *l'activité effective* » exercée pour déterminer justement la nature civile ou commerciale de la société, en vue de l'application des règles de droit civil ou commerciale. *Cf* : Cass. 3ème civ., 18 févier 2009, n° 08-12490 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 566, note B. SAINTOURENS.

[774] F.-X. VINCENSINI, *op. cit*., n° 788.

Le cautionnement « *emprunte alors la nature d'acte de commerce de son contexte* »[775], ce qui est en parfaite cohérence avec la règle de l'accessoire suivant laquelle il n'y a d'actes de nature commerciale ou civile qu'à raison de l'activité civile ou commerciale dans laquelle ils s'insèrent[776].

230. – Cette analyse de la nature commerciale du cautionnement n'est nullement incompatible avec la gratuité de l'engagement de la caution. En effet, ainsi que l'écrit M. F. GRUA[777], « *si un acte gratuit n'est pas spéculatif, cela n'empêche pas qu'il soit éventuellement un acte de commerce par le jeu de la théorie de l'accessoire. Car, ces actes sont des accessoires d'une activité principale qui est spéculative ; ils conditionnent le profit, mais ne l'engendre directement* ». C'est pourquoi, allant au bout de cette démonstration, la nature civile du cautionnement doit être reconnue lorsque celui-ci ne sert pas une activité civile, puisque, à côté des activités commerciales, il y a des activités civiles.

2. – Nature civile du cautionnement

231. – Activité civile et « théorie de l'accessoire civil ». La qualification civile d'un cautionnement donné à une société civile ne devrait, *a priori*, pas surprendre. En effet, si l'activité exercée par la société débitrice n'est pas commerciale, elle est nécessairement civile. Une application machinale de la règle de l'accessoire objectif conduit logiquement à déduire la nature civile du cautionnement donné à une société civile. Pourtant, autant la théorie des actes accessoires est élaborée en droit commercial en partant de la présomption générale de commercialité des actes faits par le commerçant, autant pareilles construction et présomption n'existent s'agissant de l'accessoire civil[778]. Plus généralement d'ailleurs – et ce n'est pas un moindre paradoxe –, les activités civiles émergent mieux, *négativement*, du Code de commerce, soit par des exclusions directes[779], soit par des éliminations indirectes à partir des activités expressément visées comme étant commerciales[780]. C'est à cette recherche que s'est attachée la jurisprudence pour la détermination des actes civils par

[775] PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit*., n° 92.
[776] P. DIDIER, *op. cit*., p. 223.
[777] *L'acte gratuit en droit commercial*, *Thèse préc*. n° 39.
[778] En ce sens, G. RIPERT et R. ROBLOT, par L. VOGEL, T. 1, Vol. 1, *op. cit*., n° 347 et 348.
[779] Ainsi, en va-t-il de l'article L. 411-7, al. 1. COJ.
[780] Articles L.1110-1, 2, 3 et 4 C. com. ; art. L 411- 4. COJ, entre autres.

accessoire. Dans ce sens, la qualification civile de l'accomplissement, même répété, d'actes de commerce est justifiée dès lors que les actes ne se rattachent pas à une activité civile et qu'ils sont nécessaires à cette activité.

L'accessoire civil reçoit du reste une éclatante consécration légale dans le Code de la santé publique en son article L. 4211-3. Cet article permet, en effet, aux médecins de vendre à leurs patients, sur autorisation du préfet, des médicaments qu'ils leurs prescrivent dans les localités où il n'y a pas de pharmacie[781]. Adoptée par la jurisprudence depuis[782], l'application de cette solution n'est plus conditionnée aujourd'hui que par la simple démonstration de l'utilité ou l'apport favorable de l'acte au bon fonctionnement de l'activité de la société concernée pour emporter une qualification civile[783].

232. – Inutilité du critère de l'activité pour la qualification civile du cautionnement. En réalité, l'usage du critère de l'activité n'est nullement nécessaire lorsque la question de la commercialité ne se pose pas. En ce sens, l'absence ou l'inexistence de toute activité commerciale doit entraîner une qualification civile du cautionnement donné. En effet, la fonction du critère de l'activité est d'établir la commercialité d'un acte et l'accessoire civil ne se justifie que pour donner « l'habit civil » à des actes *légalement* répertoriés comme commerciaux[784].

A posteriori donc, la qualification civile du cautionnement ne devrait pas susciter trop de difficultés en l'absence de tout rattachement du cautionnement à une activité commerciale[785]. Ainsi, le cautionnement donné à une société civile immobilière (SCI) en garantie du paiement du bail de son siège social est civil. Dans cette optique, l'objet de la société sera amplement suffisant et, en tout état de cause, l'appréciation du rapport de

---

781 « *Les médecins établis dans une commune dépourvue d'officine de pharmacie peuvent être autorisés par le représentant de l'Etat dans le département, après avis du directeur régional des affaires sanitaires et sociales, à avoir chez eux un dépôt de médicaments, et à délivrer aux personnes auxquelles ils donnent leurs soins, les médicaments remboursables et non remboursables, ainsi que les dispositifs médicaux nécessaires à la poursuite du traitement qu'ils ont prescrit, selon une liste établie par le ministre chargé de la santé, après avis du Conseil national de l'ordre des médecins, et du Conseil national de l'ordre des pharmaciens. Cette autorisation ne doit être accordée que lorsque l'intérêt de la santé publique l'exige* ».

782 Soc. 27 octobre 1938, *Gaz. Pal*. 1938, 2. 277. Il est jugé en l'espèce que la profession de dentiste est une profession libérale et « *qu'il ne suffit pas pour reconnaître à celui qui l'exerce la qualité de commerçant de relever qu'il achète certaines matières pour les utiliser même avec bénéfice dans la pratique de son art, si de telles opérations ne sont réalisées qu'à titre d'accessoire nécessaire de sa profession libérale* ».

783 En ce sens, F.-X. VINCENSINI, n° 272 et 273.

784 TH. DUBAELE, *op. cit*., n° 577 à 580.

785 Cass. com., 19 janvier 1993 : *Bull. civ. IV*, n° 21 ; *LPA*, 31 mars 1993, note VIDAL.

destination se fera au regard de l'objet civil de la société. En dehors d'une appréciation par l'objet social, il sera difficile de déterminer la nature du cautionnement par la preuve de l'extranéité du cautionnement à l'activité – civile – d'une société commerciale, les actes de la société étant supposés être conformes à son objet social. Le principe de spécialité conforte cette analyse.

233. – Pour se résumer, la simple constatation du rapport d'accessoire à principal justifie que l'on ne dissocie pas les deux termes du rapport[786], car la commercialité objective accessoire a pour effet de soumettre à un régime juridique unitaire, non plus des actes accomplis par une même personne dans l'exercice de sa profession mais des actes soudés entre eux par un lien de nécessité[787]. Une application, même nuancée, du droit commercial semble, par conséquent, s'imposer lorsque l'activité à laquelle se rattache le cautionnement est commerciale[788]. Cette application du droit commercial sera toutefois distributive, puisque les règles dont l'application dépend de la qualification commerciale lui seront appliquées ; en revanche, il sera soustrait aux règles dont l'application est liée à la qualité de commerçant de son auteur.

SECTION 2

L'INFLUENCE VARIABLE DE LA NATURE DU CAUTIONNEMENT SUR SON REGIME

234. – Position du problème. Plan. De la nature commerciale ou civile du cautionnement, suivant l'activité à laquelle il s'intègre, dépendent les règles qui lui seront applicables. En effet, « *dans les rapports entre la nature juridique et le régime juridique d'une notion ou d'une catégorie, c'est la nature qui est l'élément premier et le régime juridique, l'élément*

786 En ce sens, G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 308, p. 418.
787 R. COTIN et H. HOVASSE, note *préc*.
788 R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *op. cit.,* n° 9.

déduit »[789]. Or, si les actes appartenant à une même catégorie juridique et ayant la même qualification sont soumis à un régime juridique identique, « *toute différence de nature implique une différence de régime* »[790]. Partant, il y a tout lieu de penser que lorsque le cautionnement est de nature commerciale, il sera soumis à un régime de droit commercial ; le droit commun restant applicable au cautionnement de nature civile. Si le propos reste vrai pour le cautionnement de nature civile – ce qui ne nécessite pas de développements particuliers –, plus complexe en revanche reste le cas du cautionnement de nature commerciale. Dans ce dernier cas, en effet, la caution (dirigeant social, associé ou conjoint) n'a en général pas la qualité de commerçant ; mais en raison de la nature commerciale du cautionnement, elle accomplit un acte de commerce.

De cette situation particulière, le droit français détermine les règles applicables au cautionnement de nature commerciale en procédant à une unification des règles applicables tantôt au profit du droit commercial lorsque leur application est subordonnée à la nature commerciale de l'acte, tantôt au profit du droit civil lorsque les règles applicables dépendent de la qualité de commerçant de leur auteur, qualité qui fait défaut à la caution. Il y a alors une double unification du régime du cautionnement (**§ 1**). Cette « unification distributive » qui s'apparente à une application de la théorie de l'acte mixte, sans toutefois en être une[791], se fait sous l'autel de la cohérence de l'évolution du droit des affaires (**§ 2**).

§ 1. – « L'UNIFICATION DISTRIBUTIVE » DU REGIME DU CAUTIONNEMENT

235. – Division. L'unification du régime des règles applicables au cautionnement se fait de manière distributive : certaines règles vont s'appliquer au contrat en raison de sa nature commerciale et l'unification se fera au profit du droit commercial (**A**) ; l'application d'autres règles commerciales sera exclue en raison du défaut de la qualité de commerçant de la caution et, dans ce cas, l'unification se fera au profit du droit civil (**B**).

---

789 J.-L. BERGEL, *op. cit.*, n° 10.

790 *Ibid.*, n° 3.

791 La théorie de l'acte mixte ne joue pas ici, puisque le cautionnement n'a pas une double nature selon que l'on se place du côté de la caution non-commerçante, ou du côté du créancier. De l'examen de la règle de l'accessoire et son application au cautionnement, il a été démontré que le cautionnement ne peut avoir qu'une seule nature, civile ou commerciale, indépendamment de la partie considérée. Sur cette question, v. J.-P. LEGROS, « La prescription du cautionnement du dirigeant », *JCP. N.* 1992, 2168, n° 8.

A. – L'UNIFICATION AU PROFIT DU DROIT COMMERCIAL

236. – Subdivision. La reconnaissance de la nature commerciale du cautionnement a pour effet de déclencher l'application d'une série de règles propres au droit commercial. La première de ces règles est de réputer le cautionnement solidaire (***1***). A cette présomption de solidarité s'ajoute certaines incidences processuelles (***2***).

1. – La présomption de solidarité

237. – Explication de la solidarité. Lorsque le cautionnement est de nature commerciale, il est réputé solidaire. Par opposition au cautionnement simple, le cautionnement solidaire signifie que le créancier peut contraindre la caution au paiement de la totalité de la dette sans qu'elle puisse se prévaloir du bénéfice de discussion ou de division de la dette[792] et le paiement effectué par la caution éteint la dette à l'égard des autres coobligés[793]. Le cautionnement solidaire suppose donc une pluralité de débiteurs *lato sensu*. A cet égard, et plusieurs hypothèses peuvent être distinguées.

En premier lieu, la caution peut s'engager solidairement envers le débiteur principal. Dans ce cas, la stipulation de la solidarité fait perdre à la caution uniquement le bénéfice de discussion, puisque le bénéfice de division ne joue qu'en cas de pluralité de cautions[794]. Même si ce cas peut laisser penser à une identité d'objet de l'obligation de la caution et du débiteur principal, il n'en est rien en réalité. En effet, l'objet de l'engagement de la caution qui est de garantir l'exécution par le débiteur de ses obligations est bien différent de celui du débiteur principal qui est de payer à échéance.

En deuxième lieu, plusieurs cautions peuvent être solidairement engagées avec le débiteur principal et entre elles. Dans cette hypothèse, l'article 2302 du Code civil s'applique normalement et le créancier peut poursuivre l'une quelconque des cautions,

[792] Art. 2298 C. civ.
[793] Art. 1200 C. civ.
[794] Art. 1200 et 1203 C. civ. sur renvoi de l'article 2298 du même Code.

généralement la plus solvable, pour l'intégralité de la dette[795] ; à moins qu'elles aient limité leurs engagement à hauteur d'une certaine somme.

En troisième lieu, il peut arriver que plusieurs cautions s'engagent à garantir une même dette, sans manifester leur volonté d'être liées solidairement[796]. La jurisprudence analyse ce cas de pluralité de cautions en un cautionnement solidaire en refusant aux cautions ainsi engagées le bénéfice de division. En clair, si plusieurs cautions sont chacune solidaires avec le débiteur principal, elles ne sont pas pour autant solidaires entre elles, de surcroît lorsqu'elles se sont engagées par plusieurs actes séparés[797]. Cette solution peut surprendre dans la mesure où la solidarité doit être expressément stipulée et ne peut être présumée[798]. Elle peut, néanmoins, s'expliquer : d'une part, la jurisprudence a admis qu'il n'était pas nécessaire que la stipulation de solidarité soit expressément mentionnée dès lors qu'elle peut ressortir de l'*instrumentum*[799] ; d'autre part, la nature commerciale du cautionnement qui entraîne un assouplissement des exigences formelles peut conduire à présumer cette solidarité[800].

Enfin, un autre cas de solidarité relevé par la doctrine concerne l'engagement solidaire de plusieurs cautions avec le créancier et non plus envers le débiteur. Dans cette hypothèse, rare en pratique, les cautions sont traitées à l'égard du débiteur principal comme des cautions simples. En revanche, la solidarité de leur engagement avec le créancier les prive uniquement du bénéfice de division et non de discussion[801].

238. – Distinction de la caution solidaire d'avec le codébiteur solidaire. En résumé, l'admission de la solidarité dans le cautionnement de nature commerciale a pour conséquence de faire perdre à la caution le bénéfice de discussion préalable des biens du débiteur principal avant toute poursuite engagée contre elle, ainsi que le bénéfice de division des recours ; elle n'atteint toutefois pas le caractère accessoire du

---

795 Cass. com., 7 janvier 1992 : *Bull. civ. IV*, n° 1.- Cass. com., 11 décembre 2001*, JCP. E* 2002, 1602.

796 C'est l'hypothèse prévue par l'article 2302 C. civ.

797 Par exemple : Cass. com., 11 décembre 2001 : *Bull. civ. IV*, n° 195 ; *D.* 2002, p. 483, obs. V. AVENA-ROBARDET.

798 Art. 1202 C. civ.

799 Cass. 1ère civ., 31 janvier 1989 : *Bull. civ. I,* n° 45.

800 J. MESTRE, « Les cofidéjusseurs », *op. cit*., p. 72.

801 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 552 ; J. GHESTIN, M. BILIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J. 2005, n° 262.

cautionnement[802]. A ce propos, la caution solidaire se distingue du codébiteur solidaire. En effet, « *la caution, même solidaire, n'est toujours qu'une obligée accessoire, à la différence du codébiteur solidaire, qui est, lui, un débiteur principal, et le texte qui en ferait un codébiteur solidaire serait une dérogation à toute la théorie du cautionnement. D'un autre côté, la caution s'oblige pour autrui et s'engage à payer la dette d'un autre, tandis que le codébiteur solidaire est réputé, au moins au regard du créancier, s'engager pour sa propre dette ; et à ce point de vue encore, l'assimilation de la caution solidaire au codébiteur solidaire serait une anomalie* »[803]. La caution solidaire peut, par conséquent, opposer au créancier toutes les exceptions que pourrait lui opposer la caution simple, notamment l'exception de compensation prévue par l'article 1294 du Code civil, puisque cet article prive les débiteurs solidaires – et non les cautions solidaires – du bénéfice de cette exception[804].

De ce point de vue, le cautionnement solidaire constitue un cautionnement renforcé, mais qui conserve largement le caractère accessoire[805]. Au demeurant, l'article 2313 du Code civil (anciennement article 2036 du même Code) ne prévoit-il pas que la caution (sans distinction !) peut opposer toutes les exceptions qui appartiennent au débiteur principal et qui sont inhérentes à la dette ?

239. – Fondement de la solidarité dans le cautionnement commercial. Pourtant, si la solidarité est affirmée dans le cautionnement, en raison de sa nature commerciale, il reste que cette solution n'est posée par aucun texte. Les quelques dispositions prévoyant la solidarité des obligations commerciales sont relatives aux effets de commerce[806] ou au droit des sociétés[807]. Il est toutefois tentant d'y voir la survivance d'une présomption

---

802 *Supra*, n° 56 et 116.

803 L. GUILLOUARD, *Traités du cautionnement et des transactions, op. cit.,* n° 125. C'est nous qui soulignons.

804 Cass. com., 7 janvier 1992 : *Bull. civ. IV*, n° 1.- Cass. com., 26 octobre 1999 : *Bull. civ. IV*, n° 181 ; *JCP. G* 2000, *I,* 209, n° 6, obs. PH. SIMLER ; *Banque et Droit*, mars-avril 2000, p. 43, obs. F. JACOB. Pour une remise en cause de cette distinction à la lumière de la remise en cause du caractère accessoire du cautionnement par la jurisprudence de la Cour de cassation, V. PH. SIMLER, « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », *op. cit*., p. 500 et s.

805 P. SPITERI, note sous Cass. 1ère civ., 16 novembre 1971 : *JCP. G* 1972, *II*, 17035.

806 Article L. 131-51, al. 1 C. mon. fin. relatif au chèque ; article L. 511-44, al. 1. C. mon. fin. pour la lettre de change.

807 Par exemple : l'obligation au passif pour les associés des sociétés commerciales de personnes (art. L. 221-1 C. com. pour la SNC ; art. L. 222-1 C. com. pour la SCS) ; la responsabilité solidaire des associés de SARL pour la valeur donnée aux apports en l'absence d'un commissaire aux apports (art. L. 223-9, al. 4).

coutumière de solidarité dans les obligations commerciales[808], reposant sur la communauté d'intérêts des débiteurs[809]. C'est la motivation retenue par la chambre des requêtes de la Cour de cassation dans un arrêt du 20 octobre 1920[810]. Du reste, l'article 1107, al. 3. du Code civil qui prévoie que les règles particulières aux transactions commerciales sont établies par les lois relatives au commerce peut être invoqué à l'appui de cette idée.

En effet, d'un point de vue strictement commercial, la solidarité dans le cautionnement commercial s'explique. Le droit commercial « baigne » dans la solidarité et les opérations commerciales doivent être menées avec célérité[811]. La prise en compte de cette double réalité conduit à se contenter du crédit personnel de la caution, lequel crédit est démultiplié par la pluralité de cautions. La solidarité a alors pour fonction de neutraliser le mécanisme protecteur et dilatoire que constitue le bénéfice de discussion et de division, tout en confortant la confiance du créancier. La solidarité constitue donc un renforcement de la garantie et « *son automatisme* [pallie] *l'insécurité inhérente à la rapidité des affaires* »[812]. La confiance qu'en tire le créancier est d'autant plus accrue qu'il peut se retourner contre l'une quelconque des cautions solidaires pour en réclamer le paiement du tout, à défaut de les poursuivre toutes ensemble. Or, si le créancier dispose de plusieurs cautions, c'est dans le but évident d'augmenter les garanties de paiement et d'arriver à ce que la solvabilité de l'une réponde de l'insolvabilité des autres[813]. La solidarité dans le cautionnement se présente donc comme une coutume *praeter legem*, donc à valeur nécessairement supplétive[814]. Rien n'interdit par conséquent les parties de l'écarter, même

---

808 PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés et la publicité foncière, op. cit.,* n° 133-3° ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit.,* n° 375. Selon un arrêt de la Chambre des requêtes constamment cité (20 octobre 1920, *S.* 1922. 1.201, note J. HAMEL.), « *l'article 1202 du Code civil n'est pas applicable en matière commerciale, où, selon un usage antérieur au Code de commerce et maintenu depuis, la solidarité entre débiteur se justifie par l'intérêt commun des parties en cause* ».

809 Partant de l'*intuitus personae* qui détermine l'engagement de toutes les cautions, on peut retenir leur intérêt commun à ce que le débiteur obtienne le crédit sollicité et conséquemment leur solidarité au paiement.

810 Req., 20 octobre 1920, DP 1920. I. 161 : « *Attendu que selon un usage antérieur à la rédaction du Code de commerce et maintenu depuis, les tribunaux de commerce sont conduits à considérer que la solidarité entre débiteurs se justifie par l'intérêt commun du créancier qui l'incite à contracter, et des débiteurs dont il augmente le crédit* ».

811 F. DERRIDA, « De la solidarité commerciale », *RTD. com.* 1953, p. 329 à 372.

812 *Ibid.*, n° 4 et 42.

813 L. GUILLOUARD, *Traités du cautionnement et des transactions, op. cit.,* n° 146, p. 166.

814 Sur la valeur de l'usage commercial, V. Y. REINHARD et S. THOMASSET-PIERRE, *Droit commercial*, *op. cit.,* n° 57 et s.

si cela est difficile en pratique dans la mesure où la stipulation de la solidarité tend à devenir la règle[815].

240. – Tout ceci montre bien l'importance de la solidarité dans un cautionnement de nature commerciale. C'est, du reste, cette logique qui est retenue par le Groupe de travail de Hambourg, chargé de l'élaboration de règles européennes relatives aux sûretés personnelles[816]. En effet, suivant la pratique contractuelle répandue dans la plupart des Etats membres, ce groupe de travail propose de retenir un régime de responsabilité solidaire systématique de la caution, exception faite du consommateur qui a contracté un cautionnement au profit d'un professionnel[817]. C'est aussi cette logique qui a été retenue en droit uniforme OHADA. L'article 10 de l'Acte uniforme portant organisation de sûretés répute la caution solidairement tenue avec le débiteur principal, sauf clause contraire expresse ou disposition spéciale de la loi ou convention expresse.

241. – Recours de la caution solidaire contre les autres cofidéjusseurs. L'admission de la solidarité, avons-nous dit, permet au créancier de se retourner contre l'une quelconque des cautions. Aussi, la caution qui a payé dispose d'un recours en contribution contre les autres cautions solidaires, chacune pour sa part et portion[818]. Cette solution est étendue à la transaction conclue entre le créancier et l'une des cautions solidaires. En effet, la transaction entre la caution et le créancier met fin à un litige portant sur l'obligation principale[819]. Et, en dépit de la lettre de l'article 2051 du Code civil[820], si en exécution de cette transaction la dette se trouve éteinte, il est logique d'en faire bénéficier les autres cautions, faute de quoi l'extinction de la dette serait sans portée véritable[821]. Or, si la

---

815 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 85.

816 U. DROBNIG, *op. cit*., p. 318.

817 *Ibid*.

818 Art. 2310 C. civ. Pour une application : Cass. 1ère civ. 3 octobre 1995 : *JCP. N* 1995, *II*. 1631, note S. PIEDELIEVRE.

819 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 744.

820 « *La transaction faite par l'un des intéressés ne lie point les autres intéressés et ne peut être opposée par eux* ».

821 Il faut toutefois réserver l'hypothèse d'une remise de dette faite à la caution, qui ne libère ni le débiteur principal, ni les autres cofidéjusseurs (art. 1287, al. 2 et 3). En effet, explique le Doyen SIMLER (*Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 741), la renonciation à une seule sûreté ne signifie pas renonciation à la créance en elle-même ; même si l'on ne peut exclure que par la remise faite à la caution de sa sûreté le créancier veuille faire remise de la dette elle-même. Dans le même sens, M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit.,* n° 297.

transaction éteint la dette, cette transaction bénéficie à chaque caution à mesure de sa part contributive, et ouvre un recours en contribution au profit de la caution qui a transigé[822].

242. – Explications. En toute hypothèse, le recours dont dispose la caution à l'encontre de ses cofidéjusseurs ne naît pas du cautionnement qu'ils ont donné ensemble dans la mesure où, par ce cautionnement, ils ne contractent aucun engagement les uns vis-à-vis des autres. Simplement, parce que, d'une part, le paiement est effectué par l'une et que, d'autre part, les autres coobligés étaient tenus au même titre qu'elle, l'équité commande que ces dernières ne profitent pas du paiement effectué par l'autre. C'est la raison pour laquelle une action en remboursement a été instituée au profit de celle qui aura payé[823]. Cette action ne peut toutefois prospérer que si les exigences processuelles sont respectées.

2. – Les incidences processuelles

243. – Subdivision. Jusqu'à un passé récent, deux incidences processuelles étaient généralement déduites de la nature commerciale du cautionnement donné à une société. Il s'agissait du délai de la prescription extinctive et de la compétence des juridictions commerciales (***b***). L'uniformisation de la prescription extinctive par cinq ans ne ruine toutefois pas l'intérêt à l'analyser, dès lors qu'il importe de connaître le point de départ de cette prescription (***a***).

a) Le point de départ de la prescription quinquennale

244. – La réforme de la prescription en matière civile par la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008. Avant la Loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile[824], deux incidences processuelles étaient généralement déduites de la nature

---

822 Cass. 1ère civ. 12 juillet 2007, pourvoi n° 05-20314 ; *JCP. G* 2007, *II*, 10195, note D. GALLOIS-COCHET ; *Defrénois* 2008, n° 4, 38726, note PH. THERY.

823 L. GUILLOUARD, *Traités du cautionnement et des transactions, op. cit.,* n° 210, p. 238.

824 JO. 18 avril 2008, p. 9856. Sur cette réforme, V. notamment : PH. MALAURIE, « La réforme de la prescription civile – commentaire de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », *Defrénois* 2008, p. 2029 ; X. LAGARDE, « Réforme de la prescription en matière civile : entre simplifications et incertitudes », *Gaz. Pal*., 11 avril 2009, n° 101, p. 2 & s. ; M. MIGNOT, « Réforme de la prescription : le point de départ », *Defrénois* 2009, Art. 38896, p. 393 ; CL. BRENNER, « De quelques aspects procéduraux de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 1431 & s. ; D. Legeais, « Portée des réformes législatives sur le contrat de crédit (L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ; L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie), *RTD. com*., 2008, p. 827.

commerciale d'un cautionnement garantissant des engagements d'une société. A côté de la compétence des juridictions commerciales était relevée la prescription décennale des obligations commerciales[825]. Depuis la réforme du droit de la prescription par la loi du 17 juin précitée, cette seconde conséquence de la nature commerciale du cautionnement a disparu. En effet, la loi suscitée a uniformisé le délai de prescription, tant en matière civile que commerciale, à cinq ans[826] et a rendu obsolète le contentieux de la prescription des actes de commerce accomplis par de non commerçants[827]. Ainsi, alors que dans le système antérieur c'est une prescription décennale qui s'appliquait au cautionnement donné à une société[828], dans le nouveau système, la perte d'un droit ou de toute action relative à ce droit par suite d'une inaction de son titulaire se prescrit dorénavant par cinq ans[829].

245. – L'appréciation du point de départ de la prescription et interruption de la prescription. Toutefois, pour que cette prescription quinquennale puisse efficacement jouer, il faut encore pouvoir en situer le point de départ. La règle générale posée par l'article 2224 du Code civil est que la prescription commence à courir du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Toutefois, il faut encore distinguer selon que l'action est engagée par le créancier ou qu'elle est menée par la caution. Les actions engagées par le créancier contre la caution sont en général des actions en paiement de sommes, suite à la défaillance du débiteur principal. Dans ce cas précis, le délai de prescription de cette action commence à courir au jour où l'obligation principale peut être mise en œuvre, c'est-à-dire au jour de la défaillance du débiteur[830]. La

---

825 Sur la prescription commerciale avant cette réforme : V. notamment : R. HOUIN, *RTD. com.*1977. 518 ; CL. BRENNER, « La prescription commerciale », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, éd. Dalloz 2007, p. 501 et s ; J.-P. LEGROS, « La prescription du cautionnement du dirigeant », *JCP. N.* 1992, 2168.

826 Art. 2224 C. civ. et L. 110-4 I C. com.

827 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n° 94 et 569. Dans le système antérieur, les juges se livraient à une interprétation extensive de l'article L. 110-4. du Code de commerce. C'est ainsi que, s'agissant du cautionnement donné par le dirigeant de société (commerciale) à un créancier non-commerçant, c'est *la commercialité d'ambiance à laquelle est soumis le dirigeant dans le cadre de son activité* qui était avancée pour justifier l'application de la prescription commerciale. La Cour de cassation (Cass. 2ème civ., 04 janvier 2006 : *Bull. civ. II*, n° 6) a ainsi appliqué la prescription décennale à la dette d'honoraire d'une société commerciale découlant des prestations d'un avocat exécutées pour son compte. V. aussi CL. BRENNER, *op. cit.*, n° 13 et arrêts cités.

828 P. ANCEL, *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, *op. cit.*, n° 30 ; PH. THERY, *op. cit.*, n° 24 ; M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit.,* n° 343 ; G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ*, op. cit.,* n° 574.

829 PH. MALAURIE, « La réforme de la prescription civile (commentaire de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008) », *op. cit.*, n° 22 (*Tableau de comparaison entre la loi de 2008 et le droit antérieur*).

830 Cass. 1ère civ., 20 juillet 1981, *préc.*- Cass. com., 12 mai 2004, *Bull. civ. IV*, n° 92.

solution s'explique par le caractère accessoire du cautionnement[831]. Par ailleurs, cette prescription peut être conventionnellement abrégée[832] et toute interpellation faite au débiteur principal interrompt la prescription contre la caution. L'article 2246 du Code civil le pose assez nettement.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'une action engagée par la caution contre le créancier, le délai de prescription de cette action court à compter du jour où la caution a connaissance de la mise en œuvre, par le créancier, des obligations résultant de son engagement[833]. Certes, c'est après la défaillance du débiteur principal que sont mises en exécution les obligations découlant de l'engagement de la caution, ce qui ramène théoriquement le point de départ de ce délai au jour de la défaillance du débiteur principal. Sous cet angle, le point de départ de la prescription, que l'action soit engagée par le créancier ou par la caution, est le même. En pratique, cependant, alors même que la défaillance du débiteur principal serait établie, les obligations de la caution ne pourront être mises en œuvre qu'après une mise en demeure préalable à elle adressée par le créancier. En effet, « *l'exigence de mise en demeure concerne d'ailleurs aussi bien l'hypothèse où le payement peut avoir lieu immédiatement, dès la naissance de la créance, que celle d'un payement à terme* [ou éventuel] *puisque l'arrivée du terme* [ou la survenance de l'éventualité] *n'opère pas de plein droit mise en demeure* »[834]. Le point de départ de la prescription de l'action de la caution contre le créancier est alors décalé dans le temps, comparativement à l'action du créancier contre la caution. Sa fixité dépend, en définitive, de la diligence du créancier.

246. – L'application de la prescription quinquennale au cautionnement donné à une société ne devrait, en définitive, pas modifier dans un sens défavorable à la caution ou au créancier l'équilibre qui existait jusqu'alors. D'un côté, en effet, l'activité commerciale s'organise globalement en cycle plus courts que l'activité civile. D'un autre côté, le défaut de preuve préconstitué qui est admis dans les relations commerciales rend l'épuisement rapide des contestations plus souhaitable, voire impérieux. En uniformisant le délai de prescription, le

---

831 Certains auteurs critiquent cette application, estimant qu'elle n'est pas en harmonie avec l'article 2311du Code civil, aux termes duquel l'obligation qui résulte de la caution peut s'éteindre par elle-même, ce qui implique virtuellement la prescription. V. L. GUILLOUARD, *op. cit.,* n° 221, p. 250.

832 *Supra*, n° 157.

833 Cass. com., 12 mai 2004, *Bull. civ. IV*, n° 93. Sur la question particulière du point de départ du délai de prescription de l'action en nullité du TEG, *Cf.* D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 10 juin 2008, *RTD. com*. 2008, p. 604.

834 J. GHESTIN, M. BILIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes, op. cit,* n° 585.

législateur semble avoir aussi répondu à cette exigence. A ces deux raisons, il faut ajouter que les commerçants sont tenus de conserver leurs livres comptables pour une durée de dix ans, délai au-delà duquel la production d'une preuve écrite devient pour eux aléatoire[835]. Le maintien de ce délai de conservation des pièces comptables, à côté d'une prescription raccourcie est plutôt dans leur intérêt même si, en réalité, l'influence est moindre en raison de la compétence des tribunaux de commerce.

b) La compétence des tribunaux de commerce

247. – Admission de la compétence des tribunaux de commerce. « *La compétence commerciale est déterminée par la qualification de l'acte litigieux, et la qualification dépend de la nature de l'activité à laquelle il s'intègre*[836]. » En raison de sa nature commerciale, les contestations relatives au cautionnement donné sont de la compétence des tribunaux de commerce. La règle est posée par l'article L. 411-4. 3° COJ (art. 631 C. com. anc.) qui affirme la compétence des tribunaux de commerce pour les contestations relatives aux actes de commerce entre toutes personnes. L'article L. 721-3 du Code commerce prévoit du reste la même disposition. La jurisprudence applique cette règle avec constance[837] ; mais elle s'appuie sur le critère de l'intérêt personnel de la caution, sans d'ailleurs motiver davantage ses arrêts[838], ce qui ne va pas sans susciter quelques hésitations en cas de pluralité de cautions n'ayant pas toute la qualité de commerçant.

248. – Fondement contesté de la compétence commerciale : le fantôme de « l'intérêt personnel ». Ainsi, dans une espèce où deux cautions (l'une président du conseil d'administration de la société débitrice, l'autre conjointe de ce dernier) étaient engagées comme garantes des dettes d'une société, la Cour de cassation[839] casse un arrêt de la Cour d'appel de Versailles qui avait reconnu la compétence exclusive du Tribunal de grande

---

835 Art. L. 123-22, al. 2 C. com.

836 P. DIDIER, « *La compétence législative du droit commercial* », *op. cit.*, 535.

837 Par exemple : Cass. com., 07 juillet 1969 : *D.* 1970, 14.- Cass. 1ère civ., 20 juillet 1981 : *Bull. civ. I*, n° 266.- Cass. com., 2 février 1993 : *LPA* 9 juillet 1993, n° 82, p. 29 ; *JCP. E* 1993, *I*, 300, n° 2, obs. PH. SIMLER.- Cass. com., 12 mai 2004 : *Bull. civ. IV*, n° 93.

838 De façon générale, la Cour de cassation se contente simplement d'affirmer le caractère commercial du cautionnement et renvoie au pouvoir souverain des juges du fond pour admettre la compétence commerciale.

839 Cass. com., 16 mars 1993 : *Bull. Joly* 1993, § 154, p.559, note PH. DELEBECQUE. L'arrêt de la Cour d'appel de Versailles cassé a été rendu le 28 juin 1990.

instance pour statuer sur la validité des engagements pris par les deux cautions. Pour les juges de Versailles, « *seul un acte de cautionnement passé par un commerçant peut avoir un caractère commercial et la circonstance d'un intérêt patrimonial personnel dans la société cautionnée ne pouvait conférer un tel caractère à l'engagement* ». Ils sont censurés par la Cour de cassation, car même n'ayant pas la qualité de commerçant, la caution est justiciable des juridictions commerciales dès lors qu'elle a un intérêt personnel à la dette cautionnée. En cassant l'arrêt d'appel pour n'avoir pas reconnu la compétence du tribunal de commerce en raison de l'intérêt personnel des deux cautions et d'avoir ainsi suggéré une distinction entre intérêt personnel et affection, la Cour reste fidèle à sa doctrine de l'intérêt personnel en s'appuyant sur elle pour déterminer la juridiction compétente[840].

249. – Nécessité d'une compétence commerciale fondée sur « l'activité » par la commercialité accessoire objective. La solution ne convainc pourtant pas, car « *si la compétence ne peut être déterminée au regard de la personne, elle peut l'être au regard de l'acte et de sa destination* »[841]. En écartant le critère de l'intérêt personnel et en retenant la commercialité de l'acte par application de l'accessoire objectif, la compétence commerciale est affirmée et le recours au statut de la caution devient inutile. La prise en compte du statut de la caution permet cependant une unification de certaines règles au profit du droit civil.

B. – L'UNIFICATION AU PROFIT DU DROIT CIVIL

250. – Subdivision. A côté d'une unification des règles au profit du droit commercial, une autre unification se fait au profit du droit civil, traditionnellement jugé plus protecteur des cautions. Le cautionnement donné par des personnes intégrées, en dépit de sa nature commerciale, ne peut – *en principe* - comporter une clause attributive de juridiction ou une clause d'arbitrage (***1***), pas plus qu'il ne peut directement se prouver par tous moyens (***2***).

840 Par exemple, Cass. com. 23 juin 1992 : *Bull. Joly* 1992, § 296, p. 933.
841 P. DIDIER, « Remarques pour servir une définition du droit commercial », *op. cit*., p. 221 *in fine*.

1. – De l'inefficacité des clauses attributives de juridiction à l'admission « relative » des clauses compromissoires

251. – Enoncé de la solution. En dépit de la compétence des tribunaux de commerce sur les contestations relatives au cautionnement donné, l'insertion d'une clause attributive de juridiction dans un cautionnement donné par une caution non-commerçante n'a aucun effet. En effet, selon l'article 48 NCPC, la clause qui déroge aux règles de compétence territoriale est réputée non-écrite, *à moins qu'elle ait été convenue entre personnes ayant toutes contracté en qualité de commerçant*. La Cour de cassation fait une interprétation littérale de ce texte en écartant l'efficacité des clauses attributives de juridiction dans le cautionnement donné par des non-commerçants, car si le cautionnement est bien un acte de commerce, la qualité de commerçant ne saurait pour autant être reconnue à la caution[842]. Elle sanctionne ainsi les juges du fond qui attribuent faussement la qualité de commerçant à une personne accomplissant un acte isolé ayant un caractère commercial[843] tout en mettant en avant le défaut de cette qualité[844].

Cette solution est à rapprocher de celle qu'adopte la jurisprudence sur l'application de l'article 1442 NCPC qui autorise les parties à régler leur différend par voie d'arbitrage[845]. La jurisprudence refuse ainsi d'admettre la validité des clauses compromissoires dans les contrats ne liant pas deux commerçants, une telle clause étant nulle à l'égard des deux parties[846] et la renonciation par l'une des parties, la non commerçante, en l'occurrence, ne peut purger la clause de sa nullité[847]. Par cette solution, la jurisprudence entend limiter la validité de ces clauses aux seuls contrats liant deux commerçants. Dans ce sens, la clause compromissoire insérée dans un cautionnement envisagé dans notre cadre d'étude serait nulle.

---

842 Cass. com., 10 février 1981 : *Bull. civ. IV*, n° 75 ; *Gaz. Pal*. 1981, 2, 475, note J. DUBARRY ; *D*. 1982, *I.R*. 156, obs. P. Julien.- Cass. com., 1er avril 1981 : *Bull. civ. IV*, n° 172. Et de façon générale : Cass. com., 10 juin 1997 : *D*. 1998, *Jurispr*., p. 2, note, F. LABARTHE et F. JAULT-SESEKE.

843 Cass. com., 10 février 1981, *préc*.

844 Cass. com., 1er avril 1981, *préc.*

845 « *La clause compromissoire est la convention par laquelle les parties à un contrat s'engagent à soumettre à l'arbitrage les litiges qui pourraient naître relativement à ce contrat* ».

846 Cass. com., 2 avril 1964 : *D*. 1965, p. 412.- Paris, 11 mars 1994 : *RTD. com*. 1994, p. 700, obs. E. LOQUIN.

847 Cass. 2ème civ., 05 mai 1982 : *Bull. civ. II*, n° 69.

Toutefois, le législateur, à la faveur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 (loi NRE), a admis la possibilité pour de non commerçants de stipuler une clause compromissoire dans les contrats conclus « *à raison d'une activité professionnelle* »[848]. Dans ce sens, la clause compromissoire doit être conclue dans le cadre de l'activité professionnelle des deux contractants qui ne sont plus nécessairement des commerçants[849]. Ainsi, si la stipulation d'une clause compromissoire dans un contrat civil est désormais admise[850], il n'est pas sûr, à notre sens, que la question soit tranchée s'agissant du cautionnement donné à une société, en raison du critère retenu par le législateur et de la diversité des personnes susceptibles de donner un tel cautionnement.

252. – Incertitude quant au critère retenu ou mis en œuvre. En effet, il n'est pas certain que les personnes qui s'engagent en qualité de caution des engagements d'une société contractent à raison de leur activité professionnelle. Si le dirigeant social peut s'engager comme caution dans le cadre de son activité professionnelle, tel n'est manifestement pas le cas d'un associé, nonobstant son statut de commerçant – lorsque c'est le cas –, moins encore du conjoint caution. Il faut alors convenir que le législateur a adopté une solution en demi-teinte dans la loi NRE, puisqu'il a visé certaines catégories de cautions (dirigeants de sociétés, artisans et plus généralement tous les professionnels, y compris les professionnels libéraux), ce qui ne manquera, sans doute, pas d'entretenir un certain contentieux. Dans le régime antérieur déjà, la jurisprudence n'était pas claire sur le critère mis alors en avant. L'efficacité de la clause compromissoire était écartée lorsque le cautionnement était donné par un non commerçant au profit d'un commerçant, en dépit du caractère commercial du cautionnement en cause ; parallèlement, la clause compromissoire était déclarée valable lorsqu'elle était stipulée par des cautions solidaires, mais individuellement non commerçantes[851]. La solution était alors justifiée par la nature commerciale de ce cautionnement au regard de la solidarité existant entre les cautions[852]. Autant reconnaître

---

848 Art. 2061 C. civ.

849 E. JEULAND, *Droit processuel*, L.G.D.J. – 2007, n° 389, p. 340.

850 Cass. 1er civ., 07 juin 2006, pourvoi n° 04-20.350. La Cour reconnaît dans cette affaire la validité d'une clause compromissoire stipulée dans un contrat de collaboration entre avocats.

851 Cass. com., 28 avril 1987 : *Bull. civ. IV*, n° 103 ; *D.* 1987, *Somm*. 391, obs. BOUSQUET. En l'espèce, il s'agissait de cautionnements garantissant le passif fiscal d'une cession de parts sociales entrainant un changement de majorité.

852 Il y aurait ainsi une différence entre la commercialité liée à la solidarité des cautions qui seule autoriserait l'insertion d'une clause compromissoire et la commercialité accessoire objective découlant du rattachement du cautionnement à une activité commerciale, laquelle ne permettrait pas de prévoir une clause compromissoire.

qu'entre la nécessité de protéger la caution non commerçante et l'application des règles du droit commercial, la jurisprudence hésite et opte généralement pour la protection de la caution. Il en est ainsi de la preuve du cautionnement.

2. – L'importance limitée d'une preuve écrite

253. – Position du problème. Comme les autres questions envisagées, la question de la preuve se pose en termes identiques : entre la nature commerciale du cautionnement qui commande l'application de règles commerciales et l'absence de qualité de commerçant de la caution qui conduit à l'application de règles civiles, quelles règles appliquer ? Car, d'une part, si la preuve des obligations commerciales est libre, ainsi que l'énonce l'article L. 110-3 C. com. (art. 109 C. com. anc.), encore faut-il que le contentieux oppose deux commerçants relativement à leur activité[853]. D'autre part, le défaut de qualité du commerçant de la caution commande, en principe, le respect de l'article 1326 C. civ. lors de la formation du contrat, et par conséquent une preuve littérale de son engagement en cas de contentieux (art.1341 C. civ.). Ainsi qu'il apparaît, la question de la preuve du cautionnement cristallise deux problèmes dont l'un découle de l'autre : du respect de l'article 1326 du Code civil dépend la nature de la preuve de l'étendue de l'engagement de la caution, principal et accessoires y compris. Il ne faut donc pas s'étonner que cette question ait donné lieu à l'une des controverses jurisprudentielles les plus tourmentées et tumultueuses de ces trente dernières années, sur laquelle il n'est point besoin de revenir[854].

254. – Effet minoré de l'article 1326 du Code civil. Dépassant cette controverse, la jurisprudence admet aujourd'hui que la nature commerciale du cautionnement limite l'effet de l'article 1326 du Code civil, en raison de la liberté de preuve qui en découle (art. L. 110-3 C. com.). Elle admet donc la preuve de l'étendue de l'engagement par des éléments extrinsèques lorsque la mention manuscrite exigée par l'article 1326 C. civ. est irrégulière ou insuffisante[855]. Cependant, l'énoncé de cette solution ne doit pas masquer sa fragilité, non pas en elle-même, mais au regard du critère de détermination de la nature commerciale de l'engagement de la caution. Parce que le critère de l'intérêt personnel utilisé est inefficient et que s'y ajoute l'absence de qualité de commerçant de la caution, la

853 PH. DELEBECQUE, « Forme et preuve du cautionnement », *Cah. dr. entr* 1992, n° 2, p. 5 et s, n° 6 à 11.
854 *Supra*, n° 127 et s.
855 Cass. com., 11 juin 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, § 216, p. 1017, note A. CONSTANTINI.

jurisprudence, à défaut de rappeler la nature commerciale du cautionnement par des motivations sommaires[856], établit une différence entre les cautions professionnelles ou initiés et les cautions profanes[857] pour moduler l'effet de l'article 1326 C. civ.

255. – Fragilité de la solution par la distinction « caution initiée » et « caution profane ». Ainsi, délaissant le critère de l'intérêt personnel du dirigeant caution, la jurisprudence s'appuie sur son statut pour admettre à son encontre la liberté de preuve de son engagement, ou plus précisément que l'étendue de son engagement soit complétée par des éléments extrinsèques à l'*instrumentum* portant une mention insuffisante. Dans ce sens, elle juge par exemple que la qualité de dirigeant social de la caution lui donne une connaissance suffisante de la portée de son engagement, ce qui justifie l'efficacité de son engagement. Par conséquent, son engagement peut se prouver par tous moyens, dès lors que la mention manuscrite figurant dans l'*instrumentum* est insuffisante, « *la fonction de dirigeant* [pouvant]*, par elle seule, constituer un élément extrinsèque de nature à compléter le commencement de preuve par écrit* »[858].

Dans d'autres arrêts, c'est la concomitance de l'engagement du dirigeant comme caution et la signature d'engagements au nom de la société telle qu'une ouverture de crédit qui est relevée pour atténuer l'effet de l'article 1326 C. civ[859]. Il est même jugé que l'omission de la mention manuscrite au bas de l'acte de cautionnement ne saurait libérer le dirigeant caution de son engagement[860]. C'est parce qu'en raison de ses fonctions, le dirigeant peut contrôler l'activité du débiteur principal. Mieux encore que la simple connaissance de l'existence des dettes garanties, il en maîtrise la naissance et l'évolution[861]. L'application de ce raisonnement à la personne morale caution (société mère ou participante) ne fait pas de doute, car celle-ci est représentée par son dirigeant social,

---

856 Cass. 1ère civ., 13 octobre 1999, *JCP. G* 2000, *II*, n° 10307, note J. CASEY ; *D*. 1999, *IR*, p. 259. En l'espèce, deux dirigeants cautions voient leur pourvoi contestant leur condamnation au paiement des intérêts contractuels non visés dans la mention manuscrite rejeté. La Cour s'appuie sur la nature commerciale de leurs engagements. Dans le même sens, Cass. 1ère civ., 29 février 2000, *D*. 2000, *Somm*. 242, obs. V. BREMOND.

857 D. VILLANI, « Les cautions informés sont-elles soumises à un régime particulier ? », *RTD. com*. 1995, p. 291 et s.

858 Cass. com., 1er juin 1993, *JCP. E*. 1993, *II*, 488, note D. LEGEAIS ; *Rev. Sociétés* 1993, 783, note CH. GAVALDA ; *D*. 1993, *Somm.* 311, obs. L. AYNES. Dans le même sens, Cass. com., 05 juillet 1993, *JCP.G* 1993, *IV*, 2304.- CH. MOULY, « La grand-mère et le cautionnement omnibus », *RJDA* 10/93, 679.

859 Par exemple, Cass. com., 26 juin 1990, *Bull. civ. IV*, n°188.

860 Cass. com., 26 juin 1990 : *Bull. civ. IV*, n° 188. - V. aussi PH. DELEBECQUE, « Forme et preuve du cautionnement », *op. cit*., n° 8, note 9.

861 CH. MOULY, « La grand-mère et le cautionnement omnibus », *op. cit*., n° 12.

sans oublier qu'un tel engagement doit être autorisé par les organes de direction dans les SA ou être conforme à l'objet social[862].

256. – Dans le même temps, la jurisprudence refuse que la mention insuffisante soit complétée par des éléments extrinsèques, s'en tenant de fait à une interprétation littérale de l'article L. 110-3 C. com., lorsque la caution est jugée profane, c'est-à-dire non rompue aux affaires et qu'elle n'ait pas été dans les conditions lui permettant de disposer des mêmes informations que le dirigeant social[863]. Elle juge ainsi que la qualité d'associé de la caution ne saurait faire d'elle un professionnel ; la qualité d'associé est par conséquent impropre à compléter un commencement de preuve par écrit[864]. Dans d'autres cas, c'est plutôt le défaut de la qualité de commerçant de l'associé caution qui est avancé par la jurisprudence pour refuser d'admettre des compléments de preuve par des éléments extrinsèques[865]. Dans d'autres hypothèses enfin, le défaut de la qualité de commerçant de la caution est rappelé avec vigueur pour écarter des moyens de preuve extrinsèques[866].

257. – Absence de lisibilité. La distinction des cautions initiées d'avec des cautions profanes n'est pas toujours d'une grande lisibilité et les solutions qui en découlent quant au régime de la preuve peuvent parfois surprendre. Ainsi, la Cour d'appel de Saint Denis de la Réunion a récemment jugé que « *l'article 1326 C. civ. s'applique à un souscripteur de cautionnement qui n'a pas la qualité de commerçant, aurait-il en tant que dirigeant et associé de la société cautionnée un intérêt patrimonial dans la société qu'il dirige* » et « *l'aveu formé* [par la caution] *de sa dette à l'égard de l'établissement de crédit ne saurait*

---

862 Sur ces deux aspects, *infra*, n° 297 et s.

863 Cass. com., 11 juin 2003, *préc.* La Cour juge que la qualité d'associé majoritaire de la société de la caution, jointe à la fourniture par elle des documents nécessaires pour l'inscription de l'hypothèque légale du Trésor, constituait des éléments extrinsèques rendant parfaite la preuve du cautionnement. *Rappr.* : *Bull. Joly Sociétés* 2003, § 215, p. 1017, note A. CONSTANTINI. La Cour juge dans cet arrêt que la qualité d'associé majoritaire, ajoutée aux fonctions de secrétaire comptable, sont assimilables à la qualité de dirigeant en ce qui concerne la connaissance financière et économique de la société débitrice, en vue d'une appréciation des risques d'un cautionnement.

864 Cass. com., 31 mai 1994 : *Bull. civ. IV*, n° 193.

865 Cass. com., 2 avril 1996 : *Bull. Joly* 1996, § 236-237, p. 665, note PH. DELEBECQUE. En l'espèce, il s'agissait d'un associé détenant 50% du capital de la SARL qui s'était porté caution des dettes sociales. La Cour écarte la liberté de preuve à son encontre, estimant qu'il n'était pas prouvé qu'il accomplisse à titre professionnel et habituel des actes de commerce.

866 Cass. com., 21 juin 1988 : *Bull. civ. IV*, n° 212 ; *D.* 1988. IR. 195 ; *JCP. G*. 1990, *II*, 13, note PH. DELEBECQUE ; *Rev. Sociétés* 1988, p. 540, note L. FAUGEROLAS ; *RTD. com*. 1989, 254, obs. Y. Reinhard.- Cass. com., 26 nov. 1990 : *Bull. civ. IV*, n° 301. V. aussi Cass. 1ère civ., 18 mai 2004 : *D*. 2004, p. 1665 ; *JCP. E* 2005, n° 24, p. 1005, obs. PH. SIMLER ; *RTD. com*. 2004, 693, note B. SAINTOURENS ; *LPA* 21 mars 2005, p. 14, note FAVARIO.

s'y substituer »[867]. Les juges réunionnais écartent ainsi la nature commerciale de l'engagement de la caution sur le fondement de l'intérêt personnel pour admettre d'autres moyens de preuve – en l'espèce, l'aveu –, tout comme ils négligent la qualité de dirigeant, qui, selon la jurisprudence, suffit à entraîner l'admission d'éléments extrinsèques.

Certes, l'originalité de l'espèce tenait au fait que l'*instrumentum* du contrat ne portait ni la mention manuscrite, ni la signature de la caution. Mais, il était possible d'admettre l'aveu de la caution en considérant non seulement sa qualité de dirigeant, mais aussi les relations suivies entre la banque créancière et la société débitrice pour admettre une liberté de la preuve. Cet arrêt montre que la notion de caution avertie est diversement perçue par les juges ; on peut alors à juste titre se demander qui sont les cautions averties[868]. Plus généralement, c'est la démarche subjective de la commercialité de la jurisprudence qui est ainsi mise à mal. La solution est alors d'adopter l'analyse objective de la commercialité.

258. – Nécessité d'abandonner l'interprétation subjective de la commercialité. En résumant la démarche jurisprudentielle, il ressort que la nature commerciale du cautionnement donné à une société est retenue en raison de l'intérêt patrimonial de la caution. En outre, la preuve de l'engagement par des éléments extrinsèques est admise à l'encontre du dirigeant caution eu égard uniquement à sa qualité de professionnel. En revanche, cette « quasi-liberté » de preuve est écartée lorsque c'est un associé (ou le conjoint) qui s'engage comme caution des dettes sociales faute d'avoir la qualité de commerçant, alors même qu'il peut apprécier les dangers de la garantie consentie par son droit à l'information et au contrôle de gestion.

Manifestement, la démarche de la jurisprudence fondée sur une interprétation subjective de la commercialité pèche par manque de cohérence. Le moins qui puisse être dit est que cette analyse subjective et casuistique confine au sophisme. En effet, non seulement la qualité de professionnel du dirigeant social n'est pas toujours avérée et devrait être simplement présumée[869], celui-ci pouvant n'être qu'un « homme de paille » ou un

---

867 Saint Denis de la Réunion, 7 avril 2008, n° 05-01855 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, § 122, p. 573, note J.-F. BARBIERI.

868 D. HOUTCIEFF, note sous Cass. com., 6 février 2007, 04-15362 : *RDC* 2008, p. 423.

869 J. PAILLUSSEAU, « Les vissicitudes de la loi du 25 janvier 1985 », *op. cit*., n° 6.

dirigeant de complaisance[870]. De plus, rien n'exclut que la caution dite profane – en raison de son manque de connaissance et de maîtrise de la situation réelle du débiteur principal – soit personnellement aguerrie aux affaires et qu'elle soit par conséquent consciente de la portée de son engagement. Or, en admettant la nature commerciale du cautionnement donné par son rattachement à une activité commerciale, des moyens de preuve extrinsèques à l'*instrumentum* doivent être admis, au cas où la mention écrite par la caution serait insuffisante, sans distinguer cautions professionnelles et cautions profanes. La jurisprudence n'admettait-elle pas la liberté de la preuve d'un cautionnement de nature commerciale, même si la caution n'avait pas la qualité de commerçant, avant la réforme de la preuve en matière commerciale en 1980 par la Loi n° 80-525 du 12 juillet 1980[871] ? La nature commerciale du cautionnement, sa finalité à servir une activité commerciale et le rapprochement des cautions avec le milieu des affaires, fut-ce à des degrés divers, devraient autoriser à pallier les lacunes de l'*instrumentum* par l'admission systématique d'éléments extrinsèques[872] ou d'autres moyens de preuve.

259. – Certes, il n'est pas aisé d'admettre l'éviction de l'article 1326 C. civ. en sachant que l'une des parties n'est pas commerçante. Néanmoins, la nature commerciale du cautionnement et la prise en compte de la dynamique économique de l'opération conduisent à accepter cette dérogation. Le rattachement du cautionnement à une activité commerciale, en ce qu'il en constitue l'accessoire, doit par conséquent entraîner l'admission de la preuve par tous moyens[873]. Il ne faut pas enfin oublier que la caution s'engage en considération de la personne du débiteur principal et, de manière un peu plus lâche, en considération de la personne du créancier. A ce titre, les sentiments de confiance et d'affection qui président à la naissance de cet engagement devraient entrainer plus de souplesse de la part de la caution dans la contestation de son engagement. Ceci met clairement en évidence la nécessité d'une interprétation jurisprudentielle uniforme.

---

870 CH. MOULY, « La grand-mère et le cautionnement omnibus », *op. cit.,* n° 1.

871 ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *op. cit*., n° 11.

872 B. LEGROS, « La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution », *Rev. sociétés* 1998, p. 281 et s, p. 282.

873 Cass. com., 19 janvier 1993 : *Bull. civ. IV*, n° 21.

§ 2. – LA NECESSITE D'UNE INTERPRETATION UNIFORME

260. – Prise en compte de la nécessaire souplesse dans les affaires. L'examen du régime applicable au cautionnement donné à une société permet de mettre en lumière le manque de lisibilité dans l'interprétation jurisprudentielle des règles applicables au cautionnement, en raison essentiellement d'une volonté inavouée de protéger la caution. Ce faisant, la jurisprudence ne tire pas pleinement les conséquences qui s'attachent à la nature commerciale du cautionnement à travers son rattachement à une activité commerciale. La distinction des cautions professionnelles des cautions profanes et, plus généralement, l'interprétation subjective de la commercialité du cautionnement doivent ainsi être abandonnées afin d'admettre la liberté de la preuve indépendamment de la personne caution. En effet, « *la vie des affaires s'accommode mal des règles de protection du consentement. Elle requiert de la souplesse mais en même temps de la sécurité. Il faut donc éviter que des personnes impliquées dans cette vie des affaires ne puissent remettre en cause trop facilement leur parole* »[874]. Les vertus dynamiques cultivées par le droit commercial portées vers la célérité et la sécurité des transactions, auxquelles il faut ajouter l'importance du crédit pour la société, exigent un traitement indifférencié des cautions. Car, que la caution soit dirigeant social, associé ou conjoint, la finalité visée par son engagement est toujours la même : assurer l'exécution par la société débitrice de ses obligations. Pourquoi alors être souple dans un cas, au motif qu'il s'agirait d'un initié – ce qui n'est pas toujours avéré –, et plus rigoureux dans l'autre, au motif qu'il s'agit d'un profane[875] – ce qui peut sembler arbitraire[876] ? L'évolution générale du droit des affaires et son caractère expansionniste ne militent pas en faveur d'une telle distinction.

261. – Mouvement général d'extension du domaine du doit des affaires. Au cours du XXème en effet, on a pu faire le constat de cette expansion, les mécanismes du droit commercial et son esprit ayant tendance à se diffuser dans les autres secteurs[877]. Et si l'interprétation subjective de la commercialité se justifiait encore dans un passé récent,

---

874 PH. DELEBECQUE, « Forme et preuve du cautionnement », *op. cit*., n° 6.

875 P. GRIMALDI, « La preuve du cautionnement illimité », *op. cit*., n° I.

876 Rien n'exclut que la caution profane, parce que n'étant pas dirigeant social, soit personnellement plus rompue aux affaires que le dirigeant social, au regard par exemple de son statut personnel.

877 J.-J. DAIGRE, « De l'existence et de l'avenir du droit commercial », in *Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges JEAN PAILLUSSEAU,* éd. Dalloz, 2003, p. 265 et s., spéc., p. 670.

notamment parce que les dirigeant sociaux n'étaient pas exposés à l'ouverture d'une procédure collective[878], elle se justifie moins aujourd'hui. La Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005 étend, en effet, l'application des procédures collectives aux personnes physiques, dirigeants de droit ou de fait de personnes morales et même aux personnes physiques exerçant une activité indépendante, y compris une profession libérale soumis à un statut législatif ou réglementaire ou dont le titre est protégé[879]. Certes, il peut être relevé dans cette extension une survivance de la prise en compte de la nature civile des activités, à travers notamment la dualité des juridictions compétentes pour connaître des procédures collectives *lato sensu*[880] ; mais cette survivance n'édulcore pas outre mesure la tendance générale de l'extension du domaine du droit des affaires. Soumettre les personnes engagées en qualité de caution des dettes sociales à un régime uniforme se présente alors comme un prolongement logique. Comment, dans ce sens, ne pas uniformiser au profit du droit commercial le régime du cautionnement donné à une société, tant la commercialité de certaines activités civiles est reconnue[881] ?

Au demeurant, l'activité commerciale du XIXème siècle, où de pareilles distinctions étaient justifiées, n'ayant plus grand-chose à avoir avec celle du XXIème siècle, les préoccupations actuelles consistant plutôt à adapter les règles aux techniques nouvelles qui permettent des échanges massifs et instantanés[882], le temps n'est-il peut-être pas venu de laisser aux affaires toute la souplesse qu'elles requièrent et d'abandonner la protection à toute opération qui s'en éloigne[883] ?

---

878 La défaillance des dirigeants sociaux à exécuter les cautionnements par eux souscrits ne les exposait nullement à une procédure collective, faute d'avoir la qualité de commerçant. En ce sens, Paris, 16 janvier 1986 et Besançon, 26 mars 1986 *: Rev. Sociétés* 1986, 445.

879 C. com., art. L. -611-5, pour la procédure de conciliation ; L. 620-2, al. 1er pour la procédure de sauvegarde ; L. 631-2, al. 1er pour la procédure de redressement judiciaire et L. 640-2 pour la procédure de liquidation judiciaire.

880 PH.-ROUSSEL GALLE*, Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Litec 2005, coll. Carré droit, Préf. D. TRICOT, n° 24.

881 La Cour de cassation (com., 05 décembre 2006, n° 04-20.039 : *Juris-data* n° 2006-036343 ; *JCP. E* 2008, 1011, note B. GRIMONPREZ) a, en effet, reconnu la commercialité de l'activité de l'expertise immobilière, alors même que dans la conception civiliste du droit français, l'application du droit commercial à l'activité immobilière parait peu admise (depuis la Loi n° 67-563 du 13 juillet 1967, les activités de marchant de biens, d'agents ou de courtier immobilier sont considérées comme des actes de commerce). Le caractère civil des sociétés de construction immobilière en atteste (V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op.cit.*, n° 1208).

882 J.-J. DAIGRE, « De l'existence et de l'avenir du droit commercial », *op. cit*., p 267.

883 J. THERET, « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP. G* 1987, *Doctr.* 3295, n° 12.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

262. – La jurisprudence retient la nature commerciale du cautionnement donné sur le fondement de l'intérêt personnel, alors même que ce critère ne se rattache à aucun des grands critères proposés par la doctrine française pour systématiser la qualification de l'acte de commerce : ni le critère de la spéculation, ni celui de la circulation des richesses, ni l'idée d'entreprise[884]. L'application de ce fondement par son assimilation à la cause de l'engagement de la caution ne suffit pas à masquer son manque de lisibilité, puisque la cause de l'engagement de la caution a son siège dans sa relation avec le débiteur principal. Comment comprendre, en effet, que l'intérêt personnel du dirigeant caution soit mis en avant parce qu'il espère tirer de son engagement un profit personnel et que, dans le même temps, il soit souvent demandé d'établir cet intérêt personnel lorsque c'est un associé qui s'engage comme caution des engagements de la société, de sa société[885] ? L'intérêt patrimonial de l'associé ne doit-il pas être présumé dès lors que l'activité de la société devrait être plus florissante grâce au crédit à elle octroyé ? Et *quid* du conjoint ? Le profit espéré par son époux ne se répercute-t-il pas sur le ménage ? Le manque de cohérence des réponses données par la jurisprudence à ces questions témoigne d'une construction jurisprudentielle laborieuse. Et, en lui-même, le critère de l'intérêt personnel reste redondant, puisque tout agissement est, au fond, intéressé.

263. – Pour sortir de cette impasse, *la solution est tout simplement d'abandonner les critères traditionnels de la commercialité pour s'appuyer sur le critère de l'activité, critère dont la fiabilité est établie et reconnue à travers diverses applications. La combinaison de ce critère avec la règle de l'accessoire permet de dévoiler, sans heurts, la nature commerciale du cautionnement donné à une société, quelle que soit la personne caution – dirigeant social, associé, conjoint ou une autre société*. A cet égard, c'est le caractère commercial de l'obligation principale garantie qui se transmet avec automatisme au cautionnement. Il devient alors possible de tirer toutes les conséquences qui en découlent, particulièrement en matière processuelle.

---

884 R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *op. cit*., n° 8.
885 *Supra*, n° 45.

264. – Sur ce terrain, le critère de l'activité exercée par la société débitrice principale cautionnée préserve l'impératif de sécurité juridique qui sous-tend tout le droit des garanties et le droit des affaires en garantissant un régime uniforme. En effet, en admettant la nature commerciale du cautionnement donné par son rattachement à une activité commerciale, le critère de l'activité permet d'assouplir les exigences formelles que requiert un cautionnement des engagements civils *stricto sensu*, par l'admission de moyens de preuve extrinsèques à l'*instrumentum*. *Cela permet aussi d'abandonner au droit civil et au droit de la consommation l'approche subjective qui distingue des* « cautions averties ou initiées » *des cautions dites* « profanes »[886] *pour ne plus retenir que l'approche objective de la caution des engagements d'une société*[887]. Il en résultera plus de lisibilité et de cohérence dans les solutions de la jurisprudence ; tel n'est pas le cas actuellement. Certaines des incohérences de cette jurisprudence sont du reste perceptibles à l'examen de l'exigence des conditions de validité de l'engagement de la caution.

[886] En dehors de ces deux domaines, cette distinction devient immédiatement inopérante. Ainsi, dans le domaine du droit commercial, explique M. B. SAINTOURENS, « *la notion de professionnelle n'a pas réussi à s'implanter dans le paysage juridique du monde des affaires* ». *Cf.* : « Des commerçants aux professionnels, de la justice commerciale à la justice économique », *in D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, Ouvrage collectif sous la direction de P. LE CANNU, Bibliothèque de l'Institut André Tunc – L.G.D.J. 2008, p. 129 et s.

[887] Sous quelques réserves des règles spécifiques au droit des sociétés s'agissant des personnes morales cautions des engagements d'une société.

CHAPITRE 2

LA VALIDITE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

265. – Plan. Le cautionnement, pour produire pleinement ses effets, doit être valable. Cette validité passe par le respect des conditions de fond nécessaires à tout contrat, ainsi que certaines règles spécifiques au cautionnement (**section 1**). Car, à la différence du cautionnement civil, le cautionnement donné à une société tempère les effets attachés au non respect des conditions de forme de l'engagement, en raison de sa nature commerciale (**section 2**).

SECTION 1

LES CONDITIONS DE FOND

266. – Division. Relevant de la théorie générale des contrats, le cautionnement est soumis aux conditions de validité du droit commun des contrats prévues par les articles 1101 et suivants du Code civil, spécialement à celles posées par l'article 1108 du Code civil. A ces conditions s'ajoutent d'autres conditions particulières résultant des dispositions propres au cautionnement. Si, de manière générale, tout cautionnement doit respecter ces conditions

de fond pour produire pleinement ses effets, il reste que dans certaines hypothèses, notamment lorsque c'est une société qui s'engage comme sûreté d'exécution des engagements d'une autre société, le droit des sociétés ajoute d'autres conditions qui lui sont propres. Il convient donc d'envisager distinctement et successivement les conditions générales de validité du cautionnement (**§ 1**) et les règles particulières au droit des sociétés (**§ 2**).

§ 1. – LES CONDITIONS GENERALES

267. – Division. Dans le cautionnement, comme tout contrat du reste, le consentement de la partie qui s'oblige – ici la caution – doit être libre et éclairé en plus d'avoir la capacité de contracter. En outre, son engagement doit avoir un objet et une cause licite. Ces deux dernières conditions ayant déjà donné lieu à des développements importants ne seront plus examinées dans le présent paragraphe[888]. Reste donc à étudier le consentement de la caution (**A**), puis sa capacité juridique à contracter (**B**). Après quoi, il conviendra de s'interroger sur l'application au cautionnement d'une autre condition de fond posée par la Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique : l'exigence de proportionnalité (**C**).

A. – LE CONSENTEMENT DE LA CAUTION

268. – Subdivision. Les personnes qui s'engagent souvent en garantie des dettes sociales sont, avons-nous dit, des personnes comprises dans le cercle de la société. Qu'il s'agisse du dirigeant social, de son conjoint ou de l'associé personne physique ou morale de la société, il est nécessaire que le consentement de la caution ne soit pas vicié pour ne pas affecter la validité de l'engagement (***1***). Ce souci de fournir une garantie valable doit aussi conduire la caution mariée à prendre en compte les exigences du droit matrimonial (***2***).

888 V. pour l'objet, *supra*, n° 93 et s. ; pour la cause, *supra*, n° 209 et s.

1. – Les vices du consentement

269. – Délimitation. « *Le consentement donné à un cautionnement n'engage pas plus que pour un autre contrat*[889]. » Le consentement doit y être libre et éclairé, ce qui suppose une parfaite lucidité de la caution. C'est ainsi qu'un consentement donné par une caution sous l'empire d'un trouble mental n'est pas valable, même si elle n'a pas été placée sous un régime de protection[890]. Il ne faut néanmoins pas considérer que le consentement dans le cautionnement est une simple transposition du droit commun des contrats. Parce que le cautionnement est un engagement personnel de la caution, il convient de bien s'assurer de son consentement à s'engager comme telle. Dans ce sens, les juges du fond prennent quelquefois en compte une série d'éléments, allant de l'état physique et intellectuel de la caution[891] à son niveau d'alphabétisation[892], pour apprécier la validité du consentement de la caution. Ces éléments ne sont pas spécifiques au cautionnement donné à une société dans lequel les problèmes de l'erreur – déjà envisagé[893]–, du dol (***a***) ou de la violence (***b***) cristallisent le contentieux.

a) Le dol

270. – Admission de la nullité du cautionnement pour dol. Le dol est un comportement malhonnête se traduisant par des manœuvres pratiquées par un contractant en vue d'amener l'autre partie à contracter[894]. L'article 1116 du Code civil précise que pour être une cause de nullité de la convention, les manœuvres pratiquées par l'une des parties doivent être telles, « *qu'il est évident que, sans ces maneouvres, l'autre partie n'aurait pas contracté* ». Il faut donc que le créancier ait usé de manœuvres frauduleuses pour amener la caution à s'engager pour que la nullité du contrat pour dol soit admise. Car, même si l'engagement de la caution est déterminé par la considération de la personne du débiteur, celle du créancier n'en est pas moins importante. De surcroît, le dol ne peut émaner que de l'autre

---

889 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 88.

890 J. DEVEZE, A. COURET, G. HIRIGOYEN, *Lamy droit du financement* 2009, n° 3584, p. 1678. Par exemple, Bordeaux, 28 novembre 1994 : *JCP. N* 1996, *II*, p. 1095.

891 Aix-en-Provence, 1ère ch., 24 septembre 1992 : *JCP. G* 1993, *IV*, n° 281.- Grenoble, 31 janvier 1995 : *JCP. G* 1996, *IV*, n° 710.

892 Colmar, 5 février 1996 : *JCP. G* 1997, *II*, n° 22793, obs. VRAY.

893 *Supra*, n° 65 et s.

894 G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit., v° « Dol ».*

cocontractant qui n'est autre que le créancier[895]. En effet, la confiance de la caution en la personne du créancier est fondamentale dans son engagement. Et lorsque ce créancier est par ailleurs le banquier du débiteur, il dispose nécessairement d'informations sur la solvabilité du débiteur parfois plus que lui-même[896]. En n'informant pas la caution de la situation financière réelle du débiteur qui est, sinon irrémédiablement compromise, à tout le moins passablement obérée, le créancier manque à son obligation de contracter de bonne foi et commet ainsi un dol par réticence[897] ; le cautionnement donné dans ce contexte est obtenu dans des conditions préjudiciables aux droits de la caution[898]. Même lorsque le dol n'est pas établi, la responsabilité civile du créancier reste néanmoins engagée[899]. La jurisprudence a néanmoins retenu dans certains cas que le dol pouvait résulter de manœuvres à la fois du créancier et du débiteur, notamment en cas de concert frauduleux visant à amener la caution à s'engager[900].

L'application du dol au cautionnement revêt donc un intérêt pratique évident, dans la mesure où il n'est pas nécessaire que la méprise provoquée par les manœuvres du créancier soit substantielle au sens de l'article 1110 du Code civil[901], comme dans l'erreur sur la personne. Ceci explique que les plaideurs s'engouffrent généralement dans cette brèche dans l'optique d'obtenir la nullité du contrat[902].

271. – Restrictions jurisprudentielles. Au demeurant, la jurisprudence semble poser certaines conditions à l'admission de la nullité du cautionnement donné à une société pour

---

895 Cass. 1ère civ., 26 janvier 1977 : *Bull. cass*. n° 52, p. 40. La Cour juge en l'espèce que « *le cautionnement étant un contrat qui se forme par l'échange des consentements de la caution et du créancier, le dol ne peut entrainer la nullité que s'il émane du cocontractant* ».- Cass. com., 13 novembre 2002 : *Bull. civ. IV*, n° 161 ; *RTD. civ*. 2003, p. 322, obs. P. CROCQ.

896 Sur cette question, v. P. CHAUVEL, « Cautionnement et réticence du banquier », *op. cit.*

897 La réticence du banquier consiste ici pour lui à garder le silence sur la situation de la société débitrice ou emprunteuse dont il aurait dû informer la caution, suivant l'exigence de la bonne foi dans les contrats, afin qu'elle consente à s'engager en pleine connaissance de cause. Pour quelques applications : Rennes, 1ère Ch. B, 30 mars 2007 : *Juris-Data* n° 2007-338534.- Cass. com., 25 février 2004, n° 01-13.332 : *RJDA* 2005, n° 455.- Cass. 1ère civ., 18 février 1997 : *JCP. E* 1997, *II*, n° 944, obs. D. LEGEAIS ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 411, note PH. DELEBECQUE ; *RD bancaire et bourse* 1997, p. 113, obs. CREDOT et GERARD.

898 Cass. 1ère civ., 14 février 2008, n°06-14.072 : *RJDA* 2008, n° 749.

899 Cass. 1ère civ. 8 juillet 2003, n° 01-00.880 : *D*. 2003, p. 2308, obs. AVENA-ROBARDET ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, obs. SCHOLER.

900 Cass. com., 10 juillet 1978 : *D*. 1979, *I.R.,* p. 149, obs. LANDRAUD.

901 J. DEVEZE, A. COURET, G. HIRIGOYEN, *op. cit*., n° 3592.

902 Cette démarche procède d'une position procédurale qui, plus que l'action fondée sur l'article 1110, al. 2 C. civ., reçoit la faveur de la Cour de cassation. Néanmoins, une place pour l'erreur sur la personne doit être réservée à coté du dol, ainsi que le souligne M. D. HOUTCIEFF (*Cf* : « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* – remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *op. cit.*, n° 17.

dol. Elle exige ainsi de la caution qu'elle démontre que le créancier avait effectivement connaissance de l'état réel de la situation financière de la société débitrice frauduleusement éludée[903] et qu'il ait résulté de cette manœuvre une réelle tromperie[904]. Sur ce point, la jurisprudence reste fidèle à sa doctrine qui distingue les cautions professionnelles des cautions profanes. En effet, la nullité du cautionnement pour dol à la requête du dirigeant caution est difficilement admise[905]. Sa qualité de dirigeant lui permet d'obtenir toutes les informations relatives à la situation du débiteur, la société qu'il dirige[906]. A l'appui de cette position, il est expliqué que « *considérer que le dirigeant social est victime d'une erreur revient à remettre en cause ses capacités de gestion de l'entreprise* »[907].

Pourtant, déduire de la qualité de dirigeant une connaissance parfaite de la situation du débiteur exclusive de dol semble être une autre extrémité, la qualité de dirigeant ne constituant qu'une simple présomption de connaissance de la situation réelle de l'entreprise. En revanche, lorsqu'il s'agit du conjoint du dirigeant, les juges semblent plus enclins à admettre la nullité du cautionnement[908], à moins qu'il ne soit établi que ce dernier avait une parfaite connaissance de la situation du débiteur[909].

272. – Pourtant, en dehors de cette hypothèse de dol par réticence du créancier sur la situation du débiteur, il n'est pas impossible de rechercher le dol dans la réticence du créancier sur sa propre situation au moment de la conclusion du contrat principal. Certes, la jurisprudence, aussi bien la première chambre civile que la chambre commerciale de la Cour de cassation, repousse les demandes des cautions tendant à obtenir la nullité pour dol de l'obligation principale afin de se dégager de leur engagement sur le fondement des articles 1116, 2289 et 2313 du Code civil[910]. Et la motivation de la Cour de cassation est

---

903 Cass. com., 28 mai 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1039, note J. DEVEZE. - Cass. com., 29 octobre 2002, n° 98-21.056 : *RTD. com*. 2003, p. 152, obs. D. LEGEAIS .- Cass. com., 3 mai 2000 : *Dr. & Patr*. 2001, p. 92, obs. SAINT ALARY. – Cass. 1ère civ., 10 juin 1987 : *D*. 1987, *Somm*., p. 445, note, L. AYNES.

904 Cass. com., 29 octobre 2002, *préc*.- Cass. 1ère civ., 1er juin 1999, n° 97-14.385 : *RJDA* 1999, n° 1003.

905 J. DEVEZE, note sous Cass. com., 28 mai 2002, *préc*, n° 3 et 4.

906 Par exemple, Cass. com., 1er avril 2003, n° 99-19.072 : *BRDA* 2003, n° 8, p. 7.

907 B. VIGNERON, « Cautionnement du dirigeant de société : les conditions de validité et d'exécution », *op. cit.,* p. 44 & s. Dans le même sens, B. LEGROS, « La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution », *op. cit.,* p. 283.

908 Cass. 1ère civ. 28 novembre 1995, n° 93-15.609 : *Dr. & Patr*. 1996, n° 36, p. 83, obs. SAINT ALARY.

909 Dijon, 6 mai 1997, *RD. bancaire et bourse* 1997, p. 241, obs. M. CONTAMINE RAYNAUD.

910 *Rapport* de Mme le conseiller rapporteur PINOT sous Cass. ch. mixte, 08 juin 2007, n° 03-15.602 : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence.chambresmixtes.arrêtsetravauxpreparatoires. Sur cet arrêt : *D*. 2007, *Act*., p. 2, obs. AVENAT-ROBARDET ; *JCP. E* 2007, 1861, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP. G* 2007,

que « *la caution* [n'étant pas partie au contrat principal]*, n'est pas recevable à invoquer la nullité relative tirée du dol affectant le consentement du débiteur principal et qui, destiné à protéger ce dernier, constitue une exception purement personnelle* »[911].

273. – A vrai dire, dans le cas spécifique du cautionnement donné à une société par son dirigeant, il est possible de retenir le dol si le dirigeant caution agit en ces doubles qualités de dirigeant et de caution. L'hypothèse concernerait par exemple l'engagement du dirigeant comme caution solidaire du paiement du solde du prix de l'acquisition, par sa société, d'un fonds de commerce et qu'il en résulte par la suite que la situation réelle du fonds acquis a été masquée par le vendeur. La caution, en sa qualité de dirigeant social et donc de représentant de la société, serait fondée à demander la nullité du contrat principal ainsi que son engagement de caution pour réticence dolosive du créancier vendeur, sans que l'irrecevabilité de sa requête ne lui soit opposée. Cette démarche s'infère du reste de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière de crédit-bail, puisqu'il est reconnu à la caution la possibilité de demander la résolution du contrat de crédit-bail. La Cour de cassation juge que si la caution – qui peut opposer au créancier toutes les exceptions inhérentes à la dette – peut demander la résolution judiciaire du contrat de crédit-bail[912], c'est à la condition que le débiteur principal puisse lui-même le demander[913].

274. – Somme toute, il reste assez difficile pour la caution d'obtenir la nullité du cautionnement pour dol au regard des conditions posées par la jurisprudence, et encore plus difficile d'obtenir la nullité du contrat principal pour dol afin de se libérer de son engagement. C'est à la même difficulté que sont confrontées les cautions lorsqu'elles invoquent la violence pour obtenir la nullité de leur engagement.

b) La violence

275. – Existence de la violence. La violence est une contrainte exercée sur l'un des contractants en vue de l'amener à contracter. Elle constitue une cause de nullité du contrat,

---

Act., 274, obs. J. CASEY ; *RDC* 2007, p. 1226, note D. HOUTCHIEFF ; *LPA* 2007, n°156, note D. HOUTCHIEFF, et n° 148, note S. PRIGENT.

[911] Cass. ch. mixte, 08 juin 2007, *préc*.

[912] Cass. 1ère civ., 20 décembre 1988 : *Bull. cass*. 1988, n° 368, p. 249 ; *D*. 1989, *Jurispr*., 166, note L. AYNES.

[913] Cass. com., 14 mars 1995, n° 93-11.047, disponible sur http://www.courdecassation.fr

qu'elle émane du cocontractant ou d'un tiers, dès lors qu'elle inspire la crainte d'exposer le contractant ou ses proches à un mal considérable et présent[914] : la violence doit être à la fois déterminante du consentement et illégitime pour constituer un vice du consentement. En cela, la violence diffère des autres vices : parce que le consentement du contractant est extorqué, « [il] *est atteint non dans sa dimension réflexive, mais dans sa dimension volitive : tout en sachant que le contrat proposé est mauvais pour elle, la victime de la violence n'en donne pas moins son consentement, car elle est menacée d'un mal plus grave au cas où elle refuserait de s'engager* »[915]. La violence peut par conséquent être physique ou morale. Cette large ouverture du vice de la violence devrait tolérer, en principe, son admission à des conditions moins contraignantes dans le cautionnement donné à une société. Il n'en est pourtant rien. La lecture des arrêts laisse transparaître une application rigoureuse des conditions de droit commun lorsqu'il s'agit du cautionnement garantissant des dettes sociales.

276. – Applications restrictives de la jurisprudence. Si les juges reconnaissent dans la majorité de leurs décisions l'existence de pressions liées à l'environnement des affaires et aux circonstances économiques qui président à la conclusion d'un cautionnement, ils ne les assimilent cependant pas à de la violence morale exercée par le créancier sur la caution. Dans ce sens, menacer le dirigeant social d'engager une procédure de redressement judiciaire de la société faute par lui de s'engager comme caution ne constitue pas une violence morale[916]. Ainsi encore, le fait pour le créancier d'exiger la constitution à son profit d'un cautionnement par le dirigeant social en vue de maintenir le crédit accordé à la société ne constitue pas une violence morale[917]. La jurisprudence ne retient la domination économique comme constitutive de violence que si elle s'accompagne de menaces ou pressions intolérables[918].

277. – Explications. La question qu'il convient alors de se poser est de savoir s'il y a véritablement une différence entre la pression exercée sur la caution de s'engager en vue de

---

914 Art. 1111 et s. C. civ.

915 F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit*., n° 241.

916 Cass. com., 16 mai 2006 : *RD. Bancaire et financier* 2006, p. 16, obs. D. LEGEAIS.

917 Cass. com., 3 mars 1987: *Bull. civ. IV*, n° 58, p. 45.

918 Cass. com., 28 mai 1991 : *D*. 1992, 166, note MORVAN ; *D*. 1991. *Somm.* 385, obs. L. AYNES ; *RTD. civ*. 1991, 773, obs. BANDRAC. Dans cet arrêt, la violence était exercée sur l'épouse du dirigeant social d'une entreprise en redressement de se porter caution en vue de favoriser la reprise de l'entreprise. - Paris, 15ème ch., sect. B, 4 décembre 1998 : *D. Aff*. 1999, p. 553.

favoriser la reprise de la société et celle qui découle d'une menace de rupture de crédit. Car, dans le premier cas, la violence économique est retenue ; dans le second cas, elle est écartée. La menace de l'arrêt du crédit ne devrait-elle pas être constitutive de violence économique ? Certains l'on suggéré[919]. Toutefois, il ne faut pas occulter le fait que la jurisprudence est toujours partagée entre la nécessaire protection de la caution et l'impératif de sécurité juridique nécessaire à toute garantie. Faisant prévaloir ce dernier impératif au détriment du premier, elle admet difficilement la violence économique : n'est-il pas normal que le créancier puisse se prémunir contre la défaillance du débiteur en conditionnant le maintien du crédit à une garantie qui lui assure l'exécution des obligations du débiteur ?

278. – Difficulté à admettre la violence économique. Cette réalité conduit à reconnaître la difficulté qu'il y a à admettre l'existence d'une violence économique. Et quand bien même cette violence serait exercée sur la caution, elle ne pourrait être, semble-t-il, qu'une violence induite ou tacite, plus difficile à caractériser, et moins une violence manifeste. *L'admission difficile de la violence comme vice de consentement de la caution paraît donc être une solution empreinte de prudence ; mais cette situation marque aussi le décalage existant entre les principes juridiques et la réalité des affaire*s. C'est sans doute pour coller à cette réalité que le législateur a modifié l'article 1415 du Code civil en 1985 à travers la Loi n° 85-1372 du 23 décembre de la même année (Loi pour l'Egalité des époux dans les régimes matrimoniaux et des parents dans la gestion des biens des enfants mineurs), prenant ainsi en compte les exigences du droit matrimonial.

2. – Le consentement du conjoint pour l'époux caution, commun en biens

279. – Exposé de la règle. La nécessité de protéger le patrimoine commun d'un couple des dettes contractées par l'un des époux par emprunt ou cautionnement et la souscription systématique des cautionnements solidaires ont poussé le législateur en 1985 à exiger du créancier bénéficiaire du cautionnement l'obtention du consentement de l'autre conjoint pour avoir une meilleure garantie. Car jusque-là, aucune loi ne régissait les emprunts ou les cautionnements, alors considérés comme des dettes ordinaires[920]. Le créancier pouvait par

[919] B. LEGROS, *op. cit.,* p. 284.

[920] R. CABRILLAC, « L'emprunt ou le cautionnement dans la communauté légale », *Dr. & Patr*. 2003, n° 155, p. 72 et s ; J.-L. PUYGAUTHIER, « Cautionnement ou emprunt souscrit par un époux commun en biens : une jurisprudence bienveillante », *Defrénois* 2005, art. 38229 ; Y. FLOUR, « Le cautionnement et le patrimoine

conséquent se faire payer à la fois sur les propres du conjoint caution et les biens communs[921]. Depuis la loi n° 85-1372 du 23 décembre 1985 précitée, l'article 1415 du Code civil[922] n'ouvre plus cette possibilité au créancier que si la caution a obtenu le consentement de son conjoint[923], qu'il s'agisse d'une communauté universelle[924] ou de la séparation avec société acquêts[925]. En effet, *« lorsque les époux sont communs en biens, le patrimoine se présente comme l'émanation juridique du couple, bien plus que comme celui de la personne »*[926]. La nécessité du consentement de l'autre époux apparaît alors inévitable, car il faut éviter que la mauvaise fortune de l'un entraîne le couple dans la ruine[927]. Ce consentement peut avoir une double signification : l'époux peut simplement se contenter d'autoriser son conjoint à engager les biens de la communauté sans engager ses biens propres ; il peut aussi s'engager solidairement avec son conjoint, ce qui semble plus conforme à la nature commerciale du cautionnement donné à une société. Dans cette dernière hypothèse, le créancier exercera son gage sur l'ensemble des biens des conjoints et sur tous les biens de la communauté, puisque le consentement de l'autre époux a pour effet de faire entrer le cautionnement souscrit par son conjoint dans la communauté.

---

des couples », *Dr. & Patr*. 2001, n° 92, p. 80 à 83 ; CH. MOULY, « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Defrénois* 1988, art. 34163, p. 227 et s.

921 L'article 1414 C. civ. issu de cette loi a exclu de l'assiette de la garantie offerte au créancier les gains et salaires du conjoint, à moins que la dette ait été contractée pour l'entretien du ménage ou l'éducation des enfants, ce qui est loin d'être le cas d'un cautionnement donné à une société ou pour les besoins de l'activité. En ce sens, Versailles, 4 décembre 1991 : *JCP. G* 1992, *IV*, n° 812. Il est jugé en l'espèce que le cautionnement de l'achat d'un véhicule destiné à la société gérée par l'époux n'est pas une dette ménagère.

922 « *Chacun des époux ne peut engager que ses biens propres et ses revenus, par un cautionnement ou un emprunt, à moins que ceux-ci n'aient été contractés avec le consentement exprès de l'autre conjoint, qui dans ce cas, n'engage pas ses biens propres* ».

923 Les conjoints des cautions recherchent parfois en vain cette protection dans certaines dispositions du Code civil, notamment les articles 215, al. 3 C. civ. relatif à la protection du logement de la famille et 1424 relatif à l'aliénation ou à la possibilité de grever de droits réels certains biens de la communauté. Ces actions sont généralement repoussées par la jurisprudence, sauf cas de concert frauduleux entre l'époux caution et le créancier (*Cf* : J. DEVEZE, A. COURET, G. HIRIGOYEN, *op. cit.,* n° 3570 et 3571). Cependant, depuis l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006, qui a ajouté un second alinéa à l'article 1422 C. civ., ils peuvent logiquement se prévaloir de cette protection. Ce second alinéa prévoit en effet que « *[les époux] ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens [de la communauté] à la garantie de la dette d'un tiers* ».

924 Cass. 1ère civ., 3 mai 2000 : *Bull. civ. I*, n° 125, p. 85 ; *Defrénois* 2000, art. 37242, obs. G. CHAMPENOIS ; *D*. 2000, p. 546, note J. THIERY ; *JCP. G* 2000, *I*, 257, obs. PH. SIMLER ; *JCP. N* 2001, p. 26, obs. J. CASEY ; *JCP. N* 2000, 1615, note S. PIEDELIEVRE. La Cour juge en l'espèce que « *les dispositions de l'article 1415 sont impératives et applicables aux époux mariés sous le régime de la communauté universelle* ».

925 Cass. 1 ère civ. 25 novembre 2003, *Dr. famille*, janvier 2004, *Comm*. n° 8, p. 26, obs. B. BEIGNIER.

926 Y. FLOUR, « Le cautionnement et le patrimoine des couples », *op. cit*., p. 80.

927 F. TERRE et PH. SIMLER, *Droit civil – Les régimes matrimoniaux*, Précis, 5ème éd. Dalloz – 2008, n° 420.

280. – Nécessité d'un consentement exprès. Interprétant restrictivement l'article 1415 précité, la jurisprudence exige que le consentement du conjoint soit sinon exprès, à tout le moins exprimé de manière non équivoque[928]. Elle refuse ainsi de déduire ce consentement des éléments de fait ayant entouré la naissance de la garantie. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation en date du 17 février 1998[929] permet de le constater. De même, l'engagement des deux époux comme cautions d'une même dette, chacun dans un acte différent, ne vaut pas consentement de l'un à l'engagement de l'autre. La jurisprudence considère, dans ce cas, que chacun des actes n'établit que le consentement de celui qui s'engage et non le consentement de l'autre[930]. Cette interprétation limite l'action du créancier aux biens propres de chaque époux, à l'exception des acquêts qui tombent dans la communauté. Cette situation met à mal le droit de poursuite du créancier qui pouvait légitimement penser bénéficier d'un droit à agir sur tous les biens du couple, dès lors que l'engagement de chaque époux porte sur la même dette.

Parallèlement, l'engagement des époux comme cautions des engagements d'une société à hauteur d'un montant déterminé n'implique nullement engagement personnel de chacun des époux à hauteur du montant figurant dans l'*instrumentum*. En effet, en l'absence de toute précision sur le caractère cumulatif des deux engagements, ces engagements sont simplement alternatifs[931].

---

928 Selon MM F. TERRE et PH. SIMLER (*Droit civil – Les régimes matrimoniaux, op. cit*., n° 422), dans le cas où ce consentement vise simplement à engager les biens de la communauté sans que le conjoint n'engage ses propres, il n'est pas nécessaire qu'il respecte les formalités de l'article 1326 C. civ. : « *Il vaut seulement, en quelque sorte, autorisation d'engager la communauté* ». Ces propos doivent être appréciés à la lumière de la nature commerciale du cautionnement donné à une société.

929 Cass. 1ère civ., 17 février 1998 : *D. Aff*. 1998, p. 533 ; *Gaz. Pal*. 1998, 2, *Somm*., p. 28, note S. PIEDELIEVRE ; *RTD. civ*. 1998, p. 967, obs. VAREILLE. En l'espèce, dans le cadre d'un montage contractuel classique, deux époux communs en biens constituent une société en vue d'acquérir les parts d'une autre société exploitant un fonds de commerce. La société constituée bénéficie d'un prêt garanti par le cautionnement donné par l'un des époux, ainsi qu'une hypothèque sur un immeuble dépendant de la communauté, sans l'accord de son conjoint. L'opposition de ce dernier à la réalisation de ces sûretés a été repoussée par les juges du fond, estimant qu'en raison de la parfaite connaissance des opérations en cause, le conjoint avait consenti aux engagements pris par son époux. A la suite du pourvoi contestant le bien fondé de cette solution, l'arrêt d'appel est cassé par la première chambre civile. Cette cassation s'appuie sur l'absence de consentement exprès du conjoint.

930 Cass. 1ère civ., 8 mars 2005, n° 01-12. 734 : *Bull. civ. I*, n° 115 ; *Gaz. Pal*. 2005, *Jurispr*., p. 3440, note GAONACH ; *RD. bancaire et financier* 2005, p. 14, obs. D. LEGEAIS.- Cass. 1ère civ., 13 octobre 1999 : *JCP. G* 2000, *II*, n° 10307, note J. CASEY ; *RTD. civ*. 2000, p. 393, obs. B. VAREILLE ; *Defrénois* 2000, art. 37196, p. 784, obs. CHAMPENOIS.

931 Cass. 1er civ., 3 juillet 2008, n° 07-14.950 : *Juris-Data* n° 2008-044679 ; *RD bancaire et financier* 2008, septembre-octobre 2008, n° 135, note, D. LEGEAIS.

281. – Portée de la règle. Ces solutions peuvent paraître rigoureuses pour le créancier ; elles se justifient cependant amplement par la finalité protectrice des dispositions de l'article 1415 précité. Cette finalité protectrice impose une interprétation restrictive au juge qui en limite les effets au seul engagement de caution et non aux autres hypothèses de responsabilité, fussent-elles « semblables » à celles d'une caution ou d'un emprunteur[932]. Les effets de cette disposition ne s'étendent pas davantage à la garantie consentie par un époux commun en biens et portant sur un seul bien de la communauté. En effet, la nature réelle d'une telle garantie est affirmée par la jurisprudence, dans la mesure où « *une sûreté réelle consentie pour garantir la dette d'un tiers n'implique aucun engagement personnel à satisfaire l'obligation d'autrui et n'est pas dès lors un cautionnement, lequel ne se présume pas* »[933].

Cependant, un mécanisme tout autant protecteur existe dorénavant pour les sûretés portant sur un ou plusieurs biens de la communauté. C'est le second alinéa à l'article 1422 du Code civil, issu de l'Ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés, qui constitue le siège de cette protection. Ce texte prévoit expressément que « [les époux] *ne peuvent non plus, l'un sans l'autre, affecter l'un de ces biens* [de la communauté] *à la garantie de la dette d'un tiers* ». Cet alinéa traduit, semble-t-il, le souci du législateur d'assurer la même protection de la communauté, eu égard à l'orientation de la jurisprudence.

282. – Limitation du droit de poursuite du créancier. Toutefois, la finalité protectrice poursuivie par le législateur est contrebalancée. Soucieux de préserver les intérêts du crédit, ce dernier n'a pas souhaité remettre en cause les engagements souscrits par un époux sans le consentement de l'autre. Aussi, a-t-il limité, dans ce cas, le droit de poursuite des créanciers aux seuls propres et revenus du conjoint caution, à l'exclusion des autres biens

---

932 L'associé d'une société à responsabilité illimitée, marié sous le régime de la communauté et condamnée à payer une dette sociale, ne peut ainsi prétendre bénéficier de la protection de l'article 1415 C. civ. *Cf* : Cass. 1ère civ., 17 janvier 2006, *préc*. Annotant cet arrêt, M. F.-X. LUCAS souligne que « *la garantie de la dette d'autrui est l'objet même du cautionnement, là où elle n'est qu'en effet parmi d'autres attaché à l'acquisition de la qualité d'associé d'une société à risque illimité* […]. *Si les poursuites des créanciers sociaux impayés constituent une perspective malheureuse que les associés doivent envisagés, un risque qu'ils acceptent de courir, on ne peut déduire l'objet de leur société à cette obligation subsidiaire de répondre indéfiniment des dettes sociales* […] ».

933 Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *préc*. – Cass. 1ère civ., 7 février 2006 : *RD bancaire et financier*, mars-avril 2006, p. 20, n° 66, obs. D. LEGEAIS. – Cass. 3ème civ. 15 février 2006 : *RD bancaire et financier*, mars-avril 2006, p. 19, n° 63, obs. D. LEGEAIS. – Cass. com. 21 mars 2006 : D. 2006, p. 913, obs. AVENA-ROBARDET ; LPA 2006, n° 108, p. 17, note S. PRIGENT.

communs. C'est dans ce sens qu'est interprété l'article 1415 précité par la jurisprudence[934]. Cette limitation qui sanctionne l'absence de consentement s'analyse en une inopposabilité dans la mesure où le cautionnement n'est pas nul, mais ses effets sont simplement écartés sur la communauté par le conjoint, tiers au cautionnement parfaitement valable et efficace *inter partes*[935]. Cette inopposabilité peut tout aussi bien être invoquée par l'époux qui a contracté seul le cautionnement quant aux biens dépendant de la communauté[936]. La sanction de l'inopposabilité apparaît en définitive appropriée à la coexistence des règles du cautionnement et des régimes matrimoniaux[937], dans la mesure où, normalement, le non respect d'une des conditions de validité de tout contrat est sanctionné par la nullité. Il en va ainsi en cas d'incapacité de la caution.

B. – LA CAPACITE DE CONTRACTER

283. – Capacité de la caution à s'engager : le débat doctrinal sur la nature de l'engagement de la caution. A côté de l'exigence d'un consentement libre et éclairé de la partie qui s'oblige, de l'objet de l'engagement ainsi que sa cause, la capacité juridique constitue une autre condition de validité des contrats. L'article 1123 du Code civil dispose à cet effet que « *toute personne peut contracter, si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi* ». Cette condition du droit commun des contrats est expressément reprise par l'article 2295 du Code civil relatif au cautionnement qui prévoit que la caution fournie par le débiteur doit avoir la capacité juridique. L'importance de la capacité juridique de la caution au regard de la lourdeur de son engagement n'a pas manqué de susciter une discussion en doctrine.

Certains auteurs expliquent que la capacité juridique requise pour s'engager comme caution doit être celle exigée pour faire une donation dans le cas où la caution réalise une

---

934 Cass. 1ère civ. 14 janvier 2003 : *Bull. civ. I*, n° 2 ; *D.* 2003, 2792, note BARABE-BOUCHARD ; *RTD. civ*. 2003, p. 534, obs. B. VAREILLE ; *JCP. G* 2003, *II*, 10019, concl. J. SAINTE-ROSE ; et *I,* 124, n° 4, et 158, n° 9, obs. PH. SIMLER ; JCP. N 2003, 1605, obs. J. CASEY.- Cass. 1ère civ., 2 juillet 1991 *: JCP. G* 1992, *II*, 21830, note LE GUIDEC ; *Defrénois* 1991, 1326, obs. CHAMPENOIS ; *RTD. civ.* 1991, p. 771, obs. BANDRAC.

935 Il convient de relever que la sanction du dépassement de pouvoir d'un des conjoints en matière de cogestion est la nullité (art. 1427 C. civ.) et que seul le conjoint victime de ce dépassement de pouvoir peut s'en prévaloir. En ce sens, Cass. 1ère civ. 20 janvier 1998 : *JCP. G* 1999, *I*, 154, n° 10, obs. PH. SIMLER.

936 J.-L. PUYGAUTHIER, *op. cit*., (note 13).

937 *Comp*. « L'autorisation des organes sociaux », *infra*, n° 298 et s.

donation indirecte, spécialement lorsque c'est l'intention libérale qui l'anime[938]. Pour d'autres auteurs, il suffit simplement que la caution ait la capacité de s'obliger, car la loi ne pose de règles spéciales de capacité que pour les donations, ce que ne constitue pas le cautionnement[939]. D'autres encore soulignent la vanité de cette controverse, puisque le cautionnement n'est pas une libéralité[940].

284. – L'engagement de la caution est un acte de bienfaisance et non une donation. En réalité, s'il est vrai que l'engagement de la caution est motivé par une intention libérale, la caution ne réalise pas pour autant une donation par son engagement ; son acte est un acte de bienfaisance et non une donation[941] et le recours dont elle dispose lui permet de retrouver la maîtrise des biens dont elle se dessaisit momentanément en payant le créancier. En clair, le cautionnement emporte obligation de la caution et non dessaisissement immédiat et définitif d'un élément définitif du patrimoine. L'exercice de son recours contre le débiteur principal exclut de fait son appauvrissement, condition essentielle de la donation[942]. De plus, quand bien même le cautionnement constituerait une donation, cette qualification ne se révèlerait qu'*a posteriori*, c'est-à-dire longtemps après la formation du contrat. Et, en cette hypothèse, cette qualification serait retenue à partir de la renonciation du recours contre le débiteur.

Or, la renonciation par la caution à son recours se présente en pratique comme une sanction, en ce sens que cette renonciation lui est imposée, et non comme une manifestation libre de volonté. C'est, en effet, généralement à la suite d'une rupture de relations adultères que les juges parviennent à requalifier le cautionnement en donation indirecte[943]. La finalité sanctionnatrice de cette qualification est incontestable dans la mesure où, en empêchant la caution d'exercer son recours et par là d'être remboursée des sommes versées, c'est l'immoralité de son comportement qui est directement visée. Ainsi, même dans cette hypothèse, il n'est guère possible de respecter l'exigence d'une capacité juridique spéciale aux donations. Le droit commun des incapacités a donc pleinement

---

938 G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ*, op. cit*., n° 580 ; S. PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, *op. cit*., n° 81 ; J. DEVEZE, A. COURET, G. HIRIGOYEN, *op. cit.,* n° 3568.

939 H, L & J. MAZEAUD, F. CHABAS, par Y. PICOD, *op. cit*., n° 26 ; PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE, *op. cit*., n° 60 ; F.-X. TESTU, « Le cautionnement libéralité », *op. cit.*

940 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 149.

941 Cass. 1ère civ., 21 novembre 1973, *préc*.

942 CH. MOULY, « Le cautionnement donné par une personne mariée », *op. cit*., p. 229.

943 F.-X. TESTU, *op. cit*., notes 7 et 8.

vocation à s'appliquer[944], même si le cadre théorique de cette étude limite les hypothèses de cautionnements donnés par des incapables.

285. – Capacité juridique des personnes morales. Cependant, la capacité présente un intérêt évident pour des personnes morales lorsqu'il s'agit d'apprécier leur capacité à s'engager comme caution des dettes d'une autre société. L'on sait en effet qu'en dehors de l'exception de la théorie de la réalité technique[945], les personnes morales de droit privé acquièrent la personnalité juridique au jour de leur immatriculation au registre du commerce et des sociétés (pour les sociétés) ou au jour de la déclaration en préfecture (pour les associations)[946]. De la personnalité juridique qui leur est ainsi reconnue découle leur capacité juridique, et par conséquent la possibilité pour elles de s'engager comme caution. Cependant, la jouissance de cette capacité doit être combinée avec le principe de spécialité gouvernant toute personne morale. C'est au regard de ce principe que la jurisprudence apprécie la capacité juridique des associations à donner un cautionnement à une société. La Cour d'appel de Paris[947] a ainsi annulé un cautionnement donné par une association à une société commerciale comme sûreté d'exécution de ses engagements. Elle juge en l'espèce que « *la capacité juridique de toute personne morale est limitée par le principe de la spécialité* ».

286. – Prise en compte des règles du commerce international. Par ailleurs, la capacité juridique d'une société revêt une importance particulière dans le commerce international. Dans ce cas, c'est une lapalissade que de dire que la société caution doit être régulièrement constituée et être reconnue par le droit étranger si le cautionnement est consenti au profit d'un créancier étranger. Cette exigence est du reste valable pour la société créancière[948].

---

944 Sur les différentes hypothèses d'incapacité appliquées au cautionnement, V. PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 150 à 155.

945 Cette exception permet de reconnaître une personnalité juridique à une entité en dehors du cadre légal. Cass. 2ème civ., 28 janvier 1954 : *D*. 1954, 2, 217, note G. LEVASSEUR. La Cour juge en l'espèce que *la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, digne, par la suite, d'être juridiquement reconnus et protégés*. L'espèce portait sur un comité d'établissement.

946 M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit*., n° 182 et s.

947 25 octobre 1994 : *D*. 1995, *I.R*, p. 8 ; *JCP. E* 1995, *I*, chron., 482.

948 Lorsque la société est étrangère, il faut vérifier dans ce pays si elle a la pleine capacité juridique. En France, les sociétés étrangères ne sont pas automatiquement reconnues, à la différence des sociétés de personnes. Cette discrimination en faveur de ces dernières s'explique par leur transparence. En revanche, les sociétés de capitaux ne bénéficient pas d'une reconnaissance de plein droit. Pour ces dernières, il faut un décret collectif de reconnaissance ou une convention bilatérale liant la France à l'Etat où est immatriculée

Certes, une société non reconnue en France, par exemple, et qui s'est engagée comme caution d'une autre société française peut toujours être poursuivie en paiement sur le fondement d'une société créée de fait. En revanche, lorsque c'est la société étrangère non reconnue qui est créancière, il semblerait qu'il soit difficile pour elle de recouvrer sa créance. C'est ce qui ressort de la jurisprudence *Grégori international* de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 08 juillet 2003[949]. En l'espèce, la Cour de cassation reconnaît à « *toute personne morale, quelle que soit sa nationalité le droit au respect de ses biens et à ce que sa cause soit entendue par un tribunal indépendant et impartial* ». Si cet arrêt rappelle un droit fondamental reconnu à toute personne, ce droit n'est reconnu à une société qu'autant qu'elle aura une existence, c'est-à-dire sa reconnaissance préalable par son droit et éventuellement le droit étranger. C'est à cette condition que le cautionnement donné par une société étrangère sera efficace.

Toutefois, cette efficacité se trouve passablement affectée par les dernières évolutions légales et jurisprudentielles qui exigent que la garantie donnée par une personne physique (dirigeant social, conjoint ou associé) soit proportionnée à ses revenus au moment où il y consent. Cette solution semble contrarier l'efficacité de la garantie tout en omettant une autre réalité, celle de risques inhérents à la vie des affaires.

C. – L'ANALYSE DE L'EXIGENCE DE PROPORTIONNALITE

287. – Définition et émergence progressive de l'exigence de proportionnalité. La proportionnalité ne fait pas l'objet d'une définition légale précise[950]. Elle correspond à « *une juste mesure à observer dans l'application à un litige de deux principes antinomiques d'égale valeur qui ont l'un et l'autre vocation à gouverner la solution* »[951] ;

---

ladite société. La question pourrait se poser pour les nouveaux Etats. Une telle éventualité est exclue dans le cadre de l'Union européenne au regard de l'article 43 CE qui interdit les restrictions à la liberté d'établissement pour les ressortissants, personnes physiques ou morales, des Etats membres.

949 Cass. com., 8 juillet 2003, *Sté Grégori international c / Sté BICIGUI : Juris-Data* n°2003-019940 ; *Défrénois* 2003, art 37800, p.1058.

950 C. MAURY, « Observations sur les récentes évolutions du principe de proportionnalité dans le cautionnement », *L.P.A*. 2006, n°150, n° 1.

951 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit*., *v° « Proportionnalité »*.

elle se ramène par conséquent à l'adéquation ou la modération[952]. Plus largement, la proportionnalité renvoie à une idée d'équilibre et elle tend à sanctionner la démesure[953]. Appliquée au cautionnement, la proportionnalité signifie que l'engagement de la caution doit correspondre à ses facultés de remboursement, un peu à l'image de l'impôt qui doit correspondre aux facultés contributives de l'assujetti. Sa première illustration dans le droit du cautionnement peut être découverte dans l'article 2290 du Code civil (ancien article 2013) qui interdit au créancier de solliciter une caution qui dépasse le montant de la dette principale et permet au juge de réduire le cautionnement s'il est disproportionné[954].

D'abord consacrée en matière de crédits immobiliers et de prêts à la consommation, et à ce titre cantonnée au droit de la consommation[955], la jurisprudence a par la suite conféré à l'exigence de proportionnalité des effets de droit commun en élargissant son domaine d'application dans la jurisprudence « *Macron* »[956], avant de se raviser en y excluant les dirigeants sociaux dans la jurisprudence « *Nahoum* »[957]. De cette jurisprudence, il ressortait que la conclusion d'un cautionnement disproportionné est sanctionnée, car le créancier professionnel manquait à son obligation de conseil en ne dissuadant pas la caution de souscrire un engagement disproportionné à ses facultés financières. Lorsqu'il s'agissait d'un dirigeant caution, la responsabilité du banquier était écartée, le dirigeant ne pouvant se prévaloir de la disproportion de son engagement, sauf si le créancier est plus informé que le dirigeant et qu'il ne lui communique pas ces informations[958]. Cette jurisprudence a été largement confirmée par la suite[959].

---

952 P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *in Etudes offertes au Doyen Simler*, *op. cit*., p. 291 et s., spéc. n° 3.

953 C. MAURY, *op. cit*, n° 2.

954 *Ibid*., n° 6.

955 Article L. 313-10 C. cons., issu de la Loi sur le surendettement du 31décembre 1989.

956 Cass. com., 17 juin 1997 : *JCP. E* 1997, II, 1007, obs. D. LEGEAIS ; *JCP* 1998. I. 103, obs. PH. SIMLER ; *RTD. Civ* 1998, p. 157, obs. P. CROCQ ; *RTD.com* 1998, p. 662, obs. M. CABRILLAC ; *RD bancaire et financier* 1997, p. 221, obs. CONTAMINE-RAYNAUD. Dans cet arrêt, la Cour de cassation avance en effet que dans la cas particulier d'un cautionnement donné par un dirigeant social, une banque commet une faute en acceptant un engagement de cautionnement disproportionné par rapport au patrimoine et aux revenus de la caution et que cette faute peut avoir pour conséquence une condamnation de la banque à payer des dommages et intérêts d'un montant équivalent à la part du cautionnement excédant les facultés de paiement de la caution.

957 Cass. com., 08 octobre 2002 : *Bull. civ.* IV, n°136 ; *RTD. Civ* 2003, p. 125, obs. P. CROCQ ; *D*. 2003, p.414, note KOERING ; *Defrénois* 2003, art. 37698, p. 456, note S. PIEDELIEVRE ; *JCP. G*, 2003, I, 124, n°6, obs. PH. SIMLER.

958 P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *op. cit*., n° 40.

959 V. notamment : Cass. com., 25 mars 2003 : *RD bancaire et financier* 2003, p. 207, obs. D. LEGEAIS ; *JCP.G* 2003, I, 176, n° 4, obs. PH. SIMLER. – Cass. com., 11juin 2003 : *D.* 2003, p. 2094 ; *Banque et droit* 2003, n° 90, p. 61, obs F. JACOB. – Cass. com., 17 décembre 2003 : *Bull. civ*. IV, n° 206.

288. – Extension légale de la proportionnalité. Cette construction jurisprudentielle a été mise à mal par la Loi n° 2003-721 sur l'initiative économique du 1er août 2003[960]. Souhaitant protéger les acteurs de l'initiative économique, spécialement les dirigeants sociaux, le législateur a généralisé l'exigence de proportionnalité en élargissant son domaine d'application. L'article 11 de cette loi, devenu article L. 341-4 du Code la consommation, dispose :

> *« Un créancier professionnel ne peut se prévaloir d'un contrat de cautionnement conclu par une personne physique dont l'engagement était lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus à moins que le patrimoine de la caution, au moment où celle-ci est sollicitée, ne lui permette de faire face à son obligation. »*

289. – Par cette disposition, le législateur a généralisé la règle interdisant la souscription de cautionnements disproportionnés[961]. Ce faisant, la jurisprudence antérieurement construite s'est trouvée « abrogée » revenant ainsi à la situation de la jurisprudence « *Macron* ». Cette extension du domaine de la proportionnalité a été poursuivie avec la Loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, dite Loi de sauvegarde des entreprises[962]. La volonté d'encadrement du législateur est attestée par les sanctions frappant les engagements disproportionnés. Ces sanctions consistent en une impossibilité pour le créancier professionnel de se prévaloir du cautionnement disproportionné aux biens et revenus de la caution, ce qui est une forme de déchéance[963]. Et, lorsque les garanties sont disproportionnées aux concours consentis, la sanction est la nullité[964].

290. – Justifications doctrinales. L'extension de l'exigence de proportionnalité aux cautionnements donnés par toute personne physique suscite des interrogations quant à son fondement. A la suite de la jurisprudence « *Macron* », certains auteurs y ont vu un nouveau cas de responsabilité pour faute[965] et expliquent l'extension actuelle par la recherche constante de l'équilibre dans les relations contractuelles[966]. La vitalité du droit des obligations dans le droit des affaires, illustrée notamment par les compléments qu'il

---

960 *Supra*, n° 139.

961 CH. ATIAS, « Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation », *D*. 2003, *Doctr*., p. 2620.

962 L'article 126 de cette loi, devenu L. 650-1 C.com., rend en effet le créancier professionnel responsable des préjudices subis par le débiteur défaillance lorsque les garanties prises par lui en contrepartie des concours financiers qu'ils accordent au débiteur défaillant sont disproportionnées à ces concours.

963 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit*., n° 171, p. 140.

964 Art. L. 650, al. 2. C.com.

965 D. LEGEAIS, note sous Cass. com. 17 juin 1997 : *JCP. E* 1998, 1007.

966 D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit*., n° 170.

apporte lorsque les lacunes du droit des affaires se font jour ainsi que ses vertus explicatives ou fondatrices, conforte un tel fondement[967]. D'autres auteurs y voient la sanction d'un manquement à l'obligation générale de bonne foi en période précontractuelle[968], à défaut d'être la sanction implicite de la violence par pression morale dont serait victime la caution[969].

291. – Appréciation de l'extension. Toutefois, l'extension de la proportionnalité à toute caution personne physique, telle qu'il ressort des dernières évolutions législatives, suscite d'importantes réserves. M. J.-F. BARBIERI qualifie par exemple l'insertion des dispositions issues de la Loi Dutreil de « *maladroit complément* »[970] des dispositions du Code de la consommation et juge l'extension de la proportionnalité « *malheureuse* »[971] ; et à M. P. CROCQ d'écrire que cette réforme est le « *fruit d'un amateurisme législatif trop fréquent* »[972]. De façon générale, la solution issue de la jurisprudence « *Nahoum* » est jugée plus équilibrée et moins drastique que les dispositions de la loi pour l'initiative économique[973]. Cette solution se résumait en la non-application de l'exigence de proportionnalité à un cautionnement donné par un dirigeant social au motif que ce dernier est un initié, la définition de la caution initiée se faisant selon trois critères *: « L'aptitude de l'individu à analyser la portée de ses actes, le rôle qui lui a été dévolu, la relation qu'il a pu entretenir avec le créancier et le débiteur principal*[974]. » Cumulant ces trois critères, la caution apparaissait comme parfaitement informée de la portée de son engagement ; elle ne pouvait donc, après coup, se prévaloir d'une disproportion entre son engagement et l'assiette de la garantie constituée par son patrimoine. Toute autre hypothèse étant le cas d'une caution non-initiée.

---

967 F. POLLAND-DULIAN, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD. com*. 1997, p.349 & s.

968 P. LE CANNU, note sous Cass. com., 17 juin 1997, *Bull. Joly* 1997, p. 870 ; J. MESTRE, obs. in *RTD. civ*. 1998, p.100, n° 5.

969 B. LEGROS, *op. cit*., p. 299.

970 Note sous Cass. com., 13 février 2007, n° 04-19727 et Cass. com., 6 février 2007, n° 04-15362 : *Bull. Joly. Sociétés* 2007, § 193 et 194.

971 *Ibid.*

972 « Sûretés et proportionnalité », *op. cit*., n° 40.

973 C. MAURY, *op. cit*, n° 22, *in fine*.

974 D. VILLANI, « Les cautions informés sont-elles soumises à un régime particulier ? », *RTD. com*. 1995, p. 291 et s, n° 16.

La jurisprudence postérieure à la loi pour l'initiative économique semble restée fidèle à cette position. Elle semble reconnaître à la seule caution profane – et pas au dirigeant caution – le droit de se prévaloir d'une disproportion de son engagement[975].

292. – A vrai dire, pour louable que soit cette jurisprudence, elle ne semble pas satisfaisante et l'extension opérée par la loi pour l'initiative économique l'est encore moins. En effet, non seulement la qualité de dirigeant social ne fait pas nécessairement présumer la connaissance de ses engagements[976], mais en outre la réunion des trois critères déterminant la qualité de caution initiée reste difficile, dans la mesure où chacun de ces critères se décompose en multitude d'obligations mineures pour la caution, le créancier et le débiteur principal[977]. De plus, le fait de discriminer les cautions entre elles tend à accréditer l'idée selon laquelle le cautionnement donné à une société ne serait pas régi par des règles spéciales ou uniformes, puisque le respect de la règle dépend du statut de la personne.

293. – Prise en compte de l'utilité sociale du contrat. Or, *à un régime basé sur la connaissance des affaires, il faut privilégier un régime fondé sur la nature objective des obligations en cause*, eu égard à la finalité économique de l'opération. A cet égard, il est possible de s'appuyer sur l'utilité sociale du contrat, laquelle conduit à neutraliser toute intervention, tant au regard de la sécurité juridique et du principe de la liberté que de la responsabilité qui laisse, en principe, chaque partie maîtresse de son intérêt dans le contrat[978].

Faut-il rappeler que les obligations d'une société représentent logiquement une valeur plus importante par rapport aux avoirs ou au patrimoine d'une personne physique ? En effet, outre ses diverses charges, la société déploie, selon les cas, une activité plus ou moins importante. Ses engagements envers de créanciers professionnels sont généralement plus importants que la surface financière d'une personne physique, fût-elle son dirigeant social. *C'est donc normal que le cautionnement, par une personne physique, de tels engagements, soit disproportionné par rapport à sa surface financière*. Est-ce pour autant qu'il ne faille plus que des personnes physiques donnent des cautionnements garantissant

975 Cass. com., 13 février 2007, n° 04-19727 et Cass. com., 6 février 2007, n° 04-15362, *préc*.
976 Cass. 1ère civ., 29 octobre 1992 : *JCP. G* 1992. 21874, note D. LEGEAIS.
977 D. VILLANI, *ibid*.
978 En ce sens, J. GHESTION, *Traité de droit civil, La formation du contrat*, *op. cit*., n° 762 (au sujet de la lésion).

des dettes sociales ? Car s'il est vrai que la caution s'engage à payer à la place du débiteur défaillant, il est tout autant vrai qu'elle ne le peut que si elle dispose des possibilités financières en rapport avec la dette. Cette réalité ne s'érige pourtant pas en condition de validité de son engagement[979].

294. – En outre, il ne faudrait pas omettre, d'une part, la complexité alchimique qui opère entre le débiteur, la caution et le créancier – et le législateur de 2003 l'a manifestement oublié – ; et, d'autre part, que certaines cautions ne sont pas toujours de bonne foi, ce que le législateur a, semble-t-il, aussi omis. Certes, « *une bonne sûreté est une sûreté suffisante, c'est-à-dire proportionnée au risque pris par le créancier* »[980]. Mais il est parfois dans l'intérêt du créancier d'exiger une garantie d'une valeur économique plus importante que le crédit consenti. Dans ce sens, la disproportion répond à une anticipation légitime de l'accroissement éventuel du crédit consenti à la société. Et si la sûreté s'avère finalement excessive au moment de sa réalisation, le créancier ne pourrait guère recevoir plus que ce qui lui est dû, en application du principe de l'accessoire[981].

295. – La nécessité d'un régime fondé sur la nature objective des obligations et la finalité économique du cautionnement, ainsi que son insertion dans un cadre économique et commercial incite donc à « *faire sauter les verrous* » susceptibles de freiner la dynamique économique. L'exigence de proportionnalité en constitue assurément un. Et quand bien même l'exigence jurisprudentielle d'une disproportion particulièrement caractérisée serait maintenue[982], cela ne serait pas suffisant à la préservation de la finalité économique de l'opération.

296. – En définitive, le cautionnement donné à une société ne déroge pas aux règles générales de validité des contrats. Le défaut d'une de ces conditions est sanctionné par la nullité de l'engagement de la caution, même si la jurisprudence admet difficilement des cas de vices du consentement. Dans ce contexte, l'inopposabilité à la communauté et au

---

979 En ce sens, CH. ATIAS, « Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation », *op. cit.* n° 10.

980 P. CROCQ, « Sûretés et proportionnalité », *op. cit*., n° 5.

981 *Ibid*., n° 16 et 24.

982 Cass. com. 17 juin 1997, *préc*. La Cour, après avoir relevé dans son premier attendu que les seuls intérêts de la dette cautionnée étaient cinq fois supérieurs à ses revenus mensuels, s'appuie dans le dernier attendu sur « *l'énormité des sommes garanties par une personne physique, dans des circonstances exclusives de toute bonne foi de la part de la banque* ».

conjoint qui sanctionne le cautionnement donné par un conjoint commun en biens se présente comme une spécificité du droit des régimes matrimoniaux. C'est cette même sanction qui est généralement évoquée lorsqu'un cautionnement a été donné par une société sans que le dirigeant social ait été autorisé par les organes sociaux à engager la société. Il se pose alors la question du pouvoir.

§ 2. – LES REGLES SPECIFIQUES AU DROIT DES SOCIETES

297. – Division. A côté des personnes physiques (dirigeant social, associé ou conjoint), certains cautionnements donnés aux sociétés le sont par d'autres sociétés, qu'elles soient commerciales ou civiles. Ainsi, dans le cadre des relations au sein d'un groupe de sociétés, les sociétés viennent au secours de certaines entreprises dans le besoin en se portant caution de leurs dettes sociales. De même, des sociétés civiles immobilières créées pour l'acquisition ou la gestion du patrimoine immobilier d'autres sociétés, mais rattachées à elles par des dirigeants ou associés communs, peuvent être conduites à donner des cautionnements garantissant l'exécution des obligations de ces dernières. Or, l'usage de son crédit social par la société garante peut s'avérer dangereux pour elle[983]. Aussi, le législateur a-t-il posé une condition de fond et de solennité à de tels engagements afin d'inciter à une réflexion collective sur leur opportunité et de préserver la société d'engagements inconsidérés de son dirigeant[984]. Le dirigeant social qui engage sa société comme caution doit par conséquent en avoir le pouvoir (**A**).

Par ailleurs, l'activité des sociétés est guidée par le principe de la spécialité. Ce principe se décline, d'une part, par la poursuite par la société de la réalisation d'un bénéfice ou d'une économie et, d'autre part, par l'exercice d'une activité précise définie dans les statuts de la société à travers son objet social. De ce principe, il en résulte que les sociétés ne peuvent accomplir que des actes nécessaires à leur activité. De fait, les sociétés ne peuvent employer leurs ressources qu'à la satisfaction des intérêts qu'elles se proposent de

---

983 P. BOUTEILLER, « Cautionnement donné par une société », *JCP. N* 2001, p. 258 ; M. DAGOT et CH. MOULY, « L'usage du crédit social et son abus », *op. cit*.

984 B. DONDERO, « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », *D*. 2004, *Doctr*., p. 405 à 413 et 485 à 490, n° 1.

réaliser. Il se pose dès lors la question de la conformité de l'engagement comme caution à l'objet et à l'intérêt social dans la mesure où cet engagement est sans contrepartie (**B**).

A. – LE POUVOIR D'ENGAGER LA SOCIETE : L'AUTORISATION DES ORGANES SOCIAUX

298. – Domaine et procédure de l'autorisation. A l'exception des établissements de crédit et des entreprises régies par le Code des assurances[985], il existe des règles précises pour l'émission des engagements de garantie par les autres sociétés. S'agissant spécialement les *sociétés anonymes*[986], les organes sociaux doivent autoriser leurs dirigeants à les engager comme caution[987]. Aux termes des articles L. 225-35, al. 4 et L.

---

985 L'article 11 de la Loi n° 84-46 du 24 janvier 1984 permet aux établissements régies par le Code des assurances de faire des opérations de crédit à titre habituel, y compris des cautionnements et autres garanties. Mais assez curieusement, un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 24 mars 2004 (n° 00-13.447 : *RD. Bancaire et financier* 2004, p. 248, obs. A. CERLES ; *Banque et droit* 2004, n° 96, p. 55, obs. N. RONTCHEVSKY) a jugé que les sociétés anonymes régies par le Code des assurances, parce qu'elles ne sont pas des établissements de crédit, doivent respecter la procédure d'autorisation des cautionnements. L'illogisme de cette solution est patent dans la mesure où ces établissements peuvent faire des opérations de crédit à titre habituel. On peut du reste s'interroger sur l'opportunité de cette solution dans la mesure où les compagnies d'assurance sont soumises, comme les banques, aux mêmes règles prudentielles. Selon l'article L. 511-41C. mon. fin. : « *Les établissements de crédit sont tenus de respecter des normes de gestion destinées à garantir leur liquidité et leur solvabilité à l'égard des déposants et, plus généralement, des tiers, ainsi que l'équilibre de leur structure financière. Ils doivent en particulier respecter des ratios de couverture et de division de risques. Pour le respect des normes relatives à la solvabilité, ils peuvent être autorisés à utiliser leurs approches internes d'évaluation des risques. Les établissements de crédit doivent également disposer d'un système adéquat de contrôle interne leur permettant notamment de mesurer les risques et la rentabilité de leurs activités* […]. »

Précisons néanmoins que l'article L. 322-2-2 C. ass. limite la part des activités de crédit des sociétés d'assurance, en raison du principe de spécialité de ces sociétés.

986 S'agissant de la société par actions simplifiées (SAS), on sait que l'essentiel des règles qui régissent le fonctionnement de cette société est prévu dans les statuts, en raison de sa particulière souplesse. En effet, aux termes de l'article L. 227-5 C. com., « *les statuts fixent les conditions dans lesquelles la société est dirigée* ». L'article L. 227-1, al. 2 C. com. précise que « *dans la mesure où elles sont compatibles* […], *les règles concernant les sociétés anonymes* […] *sont applicables à la société par action simplifiées* […] ». Deux hypothèses peuvent donc être envisagées concernant l'émission d'un cautionnement par une SAS comme sûreté d'exécution des engagements d'une autre société :

Première hypothèse : les statuts ont prévu une disposition particulière, par exemple l'unanimité (hormis le cas d'un associé unique), le cautionnement ne sera valable que s'il a été donné à l'unanimité des associés.

Seconde hypothèse : les statuts n'ont rien prévu ; il est alors possible de faire application des dispositions qui régissent l'émission des garanties par les sociétés anonymes, moniste ou duale.

987 Cette règle se présente ici comme une dérogation au pouvoir du dirigeant d'engager la société, même par les actes qui ne relèvent pas de l'objet social que pose l'article L. 225-56 C. com. ; cette dérogation est justifiée par la gravité d'un engagement de caution. *Cf* : PH. SIMLER, « Histoire d'une impasse : la sanction

225-68, al. 2 du Code de commerce, cette autorisation est donnée au dirigeant social par le conseil d'administration ou de surveillance selon des conditions bien définies[988]. Le conseil d'administration (ou de surveillance) a le choix entre une autorisation au cas par cas et une délégation plus large dont la durée ne peut excéder une année. Le conseil fixe également par délibération spéciale le plafond des engagements qu'il autorise le dirigeant à signer au nom de la société. Dans cette autorisation, le ou les administrateurs ne devront pas prendre part au vote, leur voix n'étant prise en compte ni pour le calcul du quorum, ni pour le calcul de la majorité. De surcroît, un rapport spécial du conseil doit être fait par les commissaires à l'assemblée générale. Le dirigeant social peut, à son tour, déléguer ce pouvoir. La Cour de cassation rappelle que cette autorisation doit bien être antérieure à la souscription du cautionnement[989] et qu'une autorisation donnée par l'assemblée générale ne dispense en aucune mesure de l'accord du conseil d'administration[990]. Plus généralement, la Cour de cassation rappelle que l'appréciation des pouvoirs des dirigeants sociaux relève de la loi nationale de cette société[991].

299. – Vérification de l'autorisation par le créancier. Le respect de cette procédure, ainsi que le mandat donné au dirigeant social, doivent être vérifiés par le créancier bénéficiaire du cautionnement. A cet égard, il peut exiger du représentant de la société la production de d'une copie certifiée conforme du procès verbal de la délibération de l'organe de direction. Cette démarche est particulièrement conseillée, dans la mesure où le créancier ne peut se réfugier derrière la théorie de l'apparence, celle-ci étant impuissante à sauver le cautionnement irrégulier en raison du caractère strict des dispositions légales[992]. Les juges en déduisent donc « *qu'il appartient au bénéficiaire de la garantie de s'assurer que le signataire de l'engagement pris en son nom a été autorisé par le conseil d'administration à*

---

du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions », *in Mélanges D. SCHMIDT*, Joly éditions 2005, p. 449 et s.

988 L'article 524-31, al. 3 C. rur. pose une règle similaire pour les sociétés coopératives agricoles.

989 Cass. com., 17 octobre 1992 : *Bull. civ. IV*, n° 364.

990 Cass. com., 22 mars 2005, n° 02-15.084 : *RTD. com*. 2005, p. 549, obs. P. LE CANNU ; *RD. bancaire et financier* 2005, p. 19, obs. A. CERLES.

991 Cass. com., 21 décembre 1987, n° 85-12-1987 *: Bull. civ. IV*, n° 281 ; *JCP.G* 1988, *II*, n° 21113, concl. MONTANIER ; *D.* 1989, *Jurispr*., p. 112, note J.-P. BRILL ; *Banque* 1988, p. 361, obs. J.-L. RIVES-LANGE *; RD bancaire et bourse* 1988, p. 101, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *Rev. sociétés* 1988, p. 398, note SYNVET.

992 R. MICHA-GOUDET, « Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable », *JCP. E* 1998, p.843.

engager la société […] *faute de quoi il s'expose à ce que l'engagement souscrit soit en réalité inopposable*»[993].

300. – Exception d'ignorance excusable. Sur ce point, le droit du commerce international apporte une importante exception à cette règle. En effet, l'on sait que c'est la *lex societatis* qui est compétente pour déterminer les pouvoirs des personnes qui contractent au nom de la société. La jurisprudence est bien établie en ce sens[994]. Néanmoins, lorsque les circonstances sont telles qu'il paraît légitime de ne pas faire subir au créancier étranger les conséquences du défaut d'autorisation de la garantie dont il bénéficie, et dans le but de sauver un engagement sur lequel le créancier fondait une croyance légitime, la validité de l'engagement peut être admise sur le fondement de l'exception d'« ignorance excusable de la loi étrangère »[995] consacrée en droit international privé par la jurisprudence *Lizardi*[996]. La solution prendrait ainsi en compte l'exigence de la bonne foi qui règne dans le commerce international ainsi que la rapidité qui caractérise les opérations qui y sont passées, sans avoir à vérifier les pouvoir de celui qui consent la garantie au nom de la société[997].

301. – Sanction du défaut d'autorisation. Sous cette réserve de l'ignorance excusable de la loi étrangère, spécifique au droit du commerce international, l'importance pour le créancier de vérifier la réalité et l'étendue du mandat du dirigeant social reste fondamentale s'il entend bénéficier d'une garantie pleinement efficace. Le législateur n'ayant pas prévu de sanctions aux garanties données sans autorisation ou avec une autorisation non conforme, la jurisprudence, après avoir penché un temps pour la nullité[998], retient l'inopposabilité comme sanction de la garantie ainsi consentie à la société[999]. Cette

---

993 Paris, 09 novembre 2001 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p.217, §45, note H. LE NABASQUE.

994 Cass. com., 8 novembre 1988 : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 371 ; *JCP.G* 1989, *II*, 21230, note J.-F. BARBIERI.- Paris, 26 mars 1966, *Rev. crit. DIP* 1968, p. 58, note Y. LOUSSOUARN ; *JDI* 1966, p. 841, note B. GOLDMAN.

995 H. GAUDEMET-TALLON, « Autorisation des cautionnements, avals et garanties dans les contrats internationaux : pour une ignorance excusable de la lex societatis », in *Le Code de comme 1807-2007, Livre du bicentenaire*, éd. Dalloz 2007, p. 751 & s, spéc. p. 763 et s.

996 Cass. Req. 16 janvier 1861 : *DP* 1861. 1. 193 ; *S.* 1861. 1. 305, note MASSE.

997 La question reste cependant discutée en doctrine, v. H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit*.

998 Paris, 3ème Ch. B, 17septembre 1981 : *D* 1982. *I.R*. 456-7.- Paris, 3ème Ch. A, 16 décembre 1986 : *Bull. Joly Sociétés* 1987, P. 99, obs. P. LE CANNU.

999 Cass. com., 8 décembre 1998 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 535, note P. LE CANNU ; *JCP. E* 1999, p. 668, n° 6, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSAIN ; *RTD. com*. 1999, p. 445, obs. B. PETIT et Y. REINHARD.- Cass. Com, 08 novembre 1988, *préc*. Sur l'ensemble de la question, R. MICHA-GOUDET, « Inopposabilité des

sanction qui repose sur l'idée que le dirigeant social qui souscrit un cautionnement au mépris de la loi détourne les pouvoirs que la société lui a donnés dans le cadre de sa mission fait peu de cas du créancier. Non seulement il ne bénéficie pas de la faculté de se prévaloir de l'acte comme une réalité secourable face à l'insolvabilité de son débiteur ; mais en plus, l'acte ne peut être ni ratifié, ni confirmé par les organes sociaux[1000] et le cautionnement est définitivement inefficace au regard des tiers, lesquels ne peuvent bénéficier d'un droit né de cette garantie. Faut-il alors expliquer l'attachement de la jurisprudence à cette sanction par sa particulière souplesse, le législateur et le juge pouvant « *en faire une application adaptée aux besoins les plus variés de la vie des affaires* » [1001] ?

Toujours est-il que l'inopposabilité comme sanction des engagements non autorisés est dénoncée par la doctrine. On a ainsi écrit que « *l'inopposabilité, loin d'être une sanction raffinée, se présente plutôt comme une sanction bâtarde* »[1002], car il est plus logique de considérer la procédure d'autorisation préalable des organes sociaux comme un mécanisme protecteur des intérêts de la société. Pourtant, telle n'est pas la position de la jurisprudence qui sacrifie littéralement les intérêts du créancier qui ne peut se retourner contre le dirigeant indélicat.

302. – L'impossible recours contre le dirigeant. En effet, les dirigeants sociaux sont responsables envers la société ou envers les tiers, soit des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés anonymes, soit des violations aux dispositions des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion[1003]. Ainsi, la faute reprochée au dirigeant doit correspondre à l'une de ces trois catégories. Si l'on excepte la violation des statuts, le créancier ne pourra s'appuyer que sur la faute de gestion ou sur la violation des dispositions législatives et réglementaires applicables aux sociétés anonymes. Or, s'agissant de la faute de gestion, une jurisprudence constante[1004], inspirée du droit

---

cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable », *op. cit.* .

1000 B. DONDERO, *op. cit*., n° 2, note 7.

1001 R. ROBLOT, « Applications et fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial », *in Mélanges P. VOIRIN*, L.G.D.J. 1976, p. 711 et s., n° 3, p. 712.

1002 J.-F. BARBIERI, note sous Cass. Com 08 novembre 1988, *préc.*

1003 Art. L. 225-251 C. com. ; art. 1850 C. civ.

1004 Cass. com., 28 avril 1998 : *JCP. E* 1998, *II,* n°10117, note OHL.- Cass. Com, 20 octobre 1998 : *Bull. civ. IV*, n° 254 ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 88, note J.-F. BARBIERI.

administratif[1005], affirme qu'elle doit être séparable ou détachable des fonctions de dirigeant et lui être personnellement imputable[1006].

Jusqu'en 1998, la Cour de cassation ne retient que des fautes commises « *pour des mobiles personnels (recherche de son propre intérêt, animosité à l'égard de la victime, vengeance) ou peut-être, encore, d'une exceptionnelle gravité excluant l'exercice normal des fonctions* »[1007]. Ainsi, il appartient au créancier d'apporter la preuve que le dirigeant qui souscrit une garantie sans l'autorisation préalable du conseil d'administration a commis une faute séparable de ses fonctions. C'est finalement en 2003 que la Cour de cassation admet pour la première fois, semble-t-il, l'existence d'une faute détachable. Les faits étaient les suivants : une gérante d'une SARL avait cédé en cette qualité deux créances à un tiers, alors qu'elle les avait antérieurement cédées à une banque. Poursuivie par le second cessionnaire en réparation du préjudice résultant du défaut de paiement des créances cédées, la gérante avança, pour sa défense, que la faute qui lui était reprochée n'était pas détachable de ses fonctions. Condamnée par les juges du fond, le pourvoi en cassation de la gérante est rejeté par la chambre commerciale qui estime que la responsabilité personnelle du dirigeant est engagée si la faute qui lui est reprochée a été commise intentionnellement et qu'elle est d'une gravité particulière, incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales[1008]. La conséquence en est que la mise en cause de la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux est difficile, car la Cour de cassation a fixé des critères précis de cette faute, ce qui rend impossible le recours contre le dirigeant indélicat[1009].

Aussi, certains auteurs proposent-ils de rechercher la responsabilité de la société en elle-même, non pas sur le fondement de l'engagement irrégulièrement émis, puisqu'il lui est inopposable ; mais sur l'existence d'une faute découlant du dysfonctionnement de la

---

1005 T.C, 30 juillet 1873, PELLETIER, *in Les grands arrêts de la jurisprudence administrative,* par M. LONG, P. WEIL ET G. BRAIBANT, P. DELVOLVE et B. GENEVOIS, 16ème éd. Dalloz 2007, p. 8 et s.

1006 Cass. com., 9 juin 2004, 00-19773 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1368, note P. LE CANNU. – Paris, 15ème ch., sect. B., 3 avril 2008 : *Juris-Data* n° 2008-365688 ; *RD bancaire et financier* 2008, septembre-octobre 2008, p. 34, n° 131, note D. LEGEAIS.

1007 J.-P. METIVET, « Les articles 52, alinéa 1 et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité des dirigeants sociaux envers les tiers », *in Rapport de la Cour de cassation 1998*, p. 111.

1008 Cass. com., 20 mai 2003 : *Bull. civ. IV*, n° 84 ; *D*. 2003, p. 1502, obs. A. LIENHARD ; *Rev. Soc*. 2003, p. 479, note J.-F. BARBIERI ; *Bull. Joly* 2003, p. 786, note H. LE NABASQUE ; JCP. E 2003, 1398, note S. HADJI-ARTINIAN ; JCP. G 2003, II, 10178, note S. REIFEGERSTE.

1009 Sur l'ensemble de la question, J. ABRAS, « Responsabilité extra-contractuelle des dirigeants sociaux – L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ? », *JCP. E* 2008, 1912.

société et attestée par l'émission irrégulière de la garantie[1010]. Le Doyen PH. SIMLER propose, quant à lui, de retenir la nullité relative comme sanction de la garantie irrégulièrement émise pour sortir de l'impasse à laquelle aboutit l'inopposabilité[1011].

303. – Somme toute, lorsqu'un créancier bénéficie d'un cautionnement émis par une société anonyme, il lui appartient de vérifier que cette sûreté a été émise dans des conditions régulières, c'est-à-dire qu'elle a été autorisée par le conseil d'administration ou de surveillance. Il est même souhaitable pour lui de demander communication d'une copie du procès verbal de l'assemblée générale autorisant l'émission de cette garantie. Car, il apparaît, d'une part, que la mise en jeu de la responsabilité personnelle du dirigeant fautif est difficile, compte tenu des conditions drastiques posées par la jurisprudence, le caractère détachable de sa faute, en l'occurrence. Il ressort, d'autre part, que le prononcé de l'inopposabilité d'un cautionnement irrégulièrement donné exclut tout recours contre la société. *Or, si le cautionnement est inopposable à la société, le créancier n'a logiquement d'autre recours que le dirigeant signataire de l'engagement*[1012]. *Une corrélation devrait ainsi être établie entre l'inopposabilité du cautionnement irrégulièrement donné à la société et le caractère détachable de la faute commise par le dirigeant*. Telle n'est pas la solution retenue par la jurisprudence.

Dans ces conditions, le créancier se retrouve sans recours possible. Il faut alors en déduire que la société ne peut être contrainte à exécution que dans l'hypothèse d'un cautionnement régulièrement donné. Ceci suppose que ce cautionnement soit conforme à l'objet et à l'intérêt social de la société qui le souscrit.

1010 M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit*., n° 587.

1011 PH. SIMLER, « Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions », *op. cit*., p. 457 et s.

1012 L'article L. 511-5, al. 3 C. com. conforte cette idée. En effet : « *Quiconque appose sa signature sur une lettre de change comme représentant d'une personne pour laquelle il n'avait pas le pouvoir d'agir, est obligé lui-même en vertu de la lettre et, s'il a payé, a les mêmes droits qu'aurait eus le prétendu représenté. Il en est de même du représentant qui a dépassé ses pouvoirs* ». Bien que cette disposition apparaisse comme une dérogation spécifique au droit cambiaire en raison des caractéristiques de ce droit (formalisme rigoureux, négociabilité, inopposabilité des exceptions, engagement pur et simple du signataire etc.), il n'en reste pas moins vrai qu'elle fonde le recours contre le signataire d'un acte dépourvu de pouvoir à cet effet.

B. – LA CONFORMITE DE L'ENGAGEMENT A L'OBJET ET A L'INTERET SOCIAL

304. – Subdivision. Quelle que soit la société considérée, le cautionnement présente toujours le même risque pour celle qui est engagée comme caution : l'abus de son crédit[1013]. C'est la raison pour laquelle de règles spéciales régissent l'émission de cautionnements par les sociétés anonymes. S'agissant des SARL, « [celles-ci] *peuvent, sans restrictions particulièrement, garantir les dettes des tierces personnes* »[1014]. Les dispositions du Code de commerce le permettent, surtout en l'absence d'énonciations spécifique relatives aux engagements de garantie pris par une SARL comme sûreté des engagements d'un tiers[1015]. La jurisprudence est aussi dans ce sens[1016]. Faut-il aussi expliquer cette situation par la limitation de la responsabilité des associés à leurs apports ? Il n'en va toutefois pas ainsi dans les sociétés à risque illimité. Dans ce dernier type de sociétés, en effet, la responsabilité indéfinie et solidaire pour les sociétés commerciales (ou conjointe pour les sociétés civiles[1017]) des associés est contrebalancée par la règle qui limite le pouvoir de leurs dirigeants à les engager aux seuls actes conformes à l'objet social défini dans leurs statuts[1018]. La rigidité de cette règle (***1***), parce qu'insuffisamment adaptée aux exigences du crédit, a conduit la jurisprudence à admettre à titre exceptionnel la validité de cautionnements pourtant non-conformes à l'objet social (***2***).

1013 M. DAGOT et CH. MOULY, « L'usage du crédit social et son abus », *op. cit.*

1014 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 176, p. 189 et arrêts cités (spéc. note 271).

1015 Cette absence de disposition spécifique pour la SARL, à la différence de la SA, est d'autant plus à souligner que les articles L. 223-18, al. 5 et 6 C. com. prévoient que dans les rapports avec les tiers, le gérant est investi des pouvoirs les plus étendus pour agir en toute circonstance au nom de la société et que les clauses statutaires qui limitent les pouvoirs du gérant sont inopposables aux tiers, peu important qu'ils en aient ou non connaissance.

1016 Cass. com., 2 juin 1992 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 307, p. 946, note P. LE CANNU. *La Cour, en l'espèce, déclare opposable à une SARL un cautionnement donné par son gérant, au nom de la société, sans que l'assemblée des associés ait donné son accord à cet engagement*. La Cour rappelle, du reste, les énonciations de l'article 49, al. 6, de la loi du 24 juillet 1966, devenu L 233-18, al. 6 C. com. – Cass. com., 15 janvier 2002 : *RJDA* 5/2002, n° 503. – Cass. com., 17 décembre 2003 : *JCP. E* 2004, *Chron*., p. 667 ; *Dr. sociétés*, avril 2004, n° 64, note J. MONNET.

1017 Précisons que lorsqu'une société civile fait appel public à l'épargne, son engagement comme caution doit être autorisé à hauteur d'un certain montant par l'assemblée générale ordinaire des associés (art. L. 214-72 C. mon. fin.).

1018 La question de la conformité d'engagement comme caution d'une société à l'objet social s'est aussi parfois dans les SARL, ce qui n'a pas manqué de susciter l'*étonnement* de certains auteurs, au regard notamment de la différence existant entre ce dernier type de société et les sociétés civiles ou les sociétés commerciales de personnes. *Cf.* : J. MONNET, note sous Cass. com., 17 décembre 2003, *préc*.

1. – La rigidité de l'exigence de cautionnements conformes à l'objet social

305. – De l'objet social à l'intérêt social. Condition de validité de toute société, l'objet social « *est le genre d'activité que la société se propose d'exercer en vue de faire des bénéfices ou de réaliser des économies* »[1019] ; « *c'est l'entreprise commune visée par l'article 1832 du Code civil* »[1020] ; c'est une sorte de programme défini dans les statuts de la société, lequel programme fixe le cadre spécifique de l'activité sociale ainsi que le domaine d'action des dirigeants. L'objet social se distingue par là de l'intérêt social tout en lui servant de source. En effet, l'intérêt social – qui n'est pas défini par la loi – se présente comme un impératif de conduite qui impose aux organes sociaux non seulement le respect de l'objet social, mais leur interdit en outre tout agissement qui tendrait à le contrarier[1021]. L'intérêt social apparaît dès lors comme une notion plus large que l'objet social. En effet, si l'objet social est la traduction des dispositions statutaires, l'intérêt social se dévoile quant à lui en cours d'activité sociale. On a alors écrit que la notion d'intérêt social « *est floue, évolutive, sans contours précis, par conséquent difficile à cerner* »[1022] ou qu'il s'agissait « *d'une notion incontournable mais sans doute introuvable* »[1023], en raison notamment de l'impossible « *consensus sur une version unitaire qui pourrait être transposée avec force dans les textes* »[1024]. L'existence d'une discussion sur ses contours théoriques se trouve donc parfaitement justifiée[1025].

306. – Tantôt présenté comme l'intérêt de la société, tantôt assimilé à l'intérêt commun des associés ou actionnaires[1026], à défaut d'être « *une harmonieuse synthèse temporelle de*

1019 PH. MERLE, *op. cit.*, n° 52.

1020 M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 104.

1021 *Ibid*.

1022 M. PARIENTE, note sous Cass. com., 13 novembre 2007*, Rev. sociétés* 2008, p. 113.

1023 A. PIROVANO, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D.* 1997, *Chron*., p. 189.

1024 A. COURET, « L'intérêt social », *Cah. dr. entr* 1996, n° 4, p. 1 & s, spéc., p. 12.

1025 Sur cette controverse, PH. MERLE, *op. cit.*, n° 52-1 ; M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit.*, n° 369 ; J.-P. BERTREL, « Liberté contractuelle et sociétés – Essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », *RDT. com*. 1996, p. 596 ; A. PIROVANO, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *op. cit.*; A. COURET, « L'intérêt social », *op.cit.* ; M. GERMAIN, « L'intérêt commun des actionnaires », *Cah. dr. entr* 1996, n° 4, p. 13 et s.

1026 M. GERMAIN, *op. cit*., p. 13.

l'intérêt des associés et de celui de l'entreprise »[1027], l'intérêt social serait finalement un standard, un guide qui impose d'agir dans le respect des éléments fondamentaux de la société[1028], c'est-à-dire la boussole de la société[1029]. Sans entrer outre mesure dans les méandres de cette controverse dont la parenté avec le débat sur la nature contractuelle ou institutionnelle de la société ne fait pas de doute[1030], il convient de retenir que le cautionnement donné par une société doit être conforme à son objet social et plus généralement à son intérêt social[1031].

307. – Utilité de « l'intérêt social ». Parce qu'un cautionnement est toujours potentiellement dangereux en ce qu'il engage le crédit de la société, il est nécessaire qu'il soit au moins conforme à l'intérêt de la société qui a alors fonction de « rambarde » au pouvoir du dirigeant social. Il n'est donc pas étonnant que la jurisprudence en fasse un usage fonctionnel afin de valider *a posteriori* des cautionnements non-conformes à l'objet social. En effet, à l'exclusion des sociétés à responsabilité limitée[1032], les actes non-conformes à l'objet social accomplis par les dirigeants sociaux n'engagent pas les sociétés à risque illimité[1033]. Aussi, la jurisprudence contrôle-t-elle la conformité des cautionnements donnés par les dirigeants de ces sociétés à leur objet social, afin d'en retenir ou non leur efficacité. Or, la conformité des actes d'un gérant de société à responsabilité illimitée à l'objet social s'apprécie au regard de leur nature, de leur rapport économique avec la raison d'être de la société[1034]. Et, parce que l'objet social résulte d'une stipulation statutaire et présente par conséquent un cadre limité, l'intérêt social, qui se dévoile en cours d'activité, permet aux juges d'apprécier la conformité de l'engagement à cette raison d'être de la société. L'intérêt social se présente donc comme un auxiliaire de

---

1027 J.-P. BERTREL, *op. cit*., n° 52.

1028 M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit*., n° 374.

1029 A. PIROVANO, *op. cit*.

1030 J.-P. BERTREL, *op. cit*.

1031 G. PIETTE, « Cautionnement et intérêt social – Les implications réciproques », *JCP. G* 2004, *Doctr*. n° 142, p. 1111 & s.

1032 Le non respect de l'objet social ne constitue pas une cause de nullité des cautionnements car les actes accomplis par le dirigeant engagent la société nonobstant leur non-conformité à cet objet (Art. L. 225-56, al. 2 C. com. pour la SA ; L. 223-18, al. 5 C. com. pour la SARL ; L. 227-6 C. com. pour la SAS), sauf fraude ou mauvaise foi du créancier. Dans ce dernier cas, la mauvaise foi du créancier est établie lorsqu'il est avéré qu'il était conscient au moment de la conclusion du contrat que le cautionnement n'était pas conforme à l'objet social de la société ainsi engagée. Ainsi en va-t-il du banquier qui possède les statuts de la société : Paris, 15ème ch., 30 janvier 1987, *BRDA* 1987, n° 8, p. 19.

1033 Art. 1849 C. civ. ; art. L. 221-5 C. com. (SNC – et SCS sur renvoi de l'art. L. 222-2 même Code).

1034 Y. DEREU, note sous Cass. 3ème civ., 12 juillet 2005, n° 04-14494 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 231.

l'objet social[1035], ce qui conduit M. R. MORTIER[1036] à écrire que « *l'intérêt social apparaît comme le dernier bastion de l'objet social, le rattachement au premier autorisant le rattachement au second* ».

308. – La nullité comme sanction des engagements dépassant l'objet social. Ainsi, s'inspirant des solutions admises pour les sociétés anonymes, les juges ont semblé un temps s'appuyer sur la fraude du créancier pour frapper de nullité les cautionnements donnés par les dirigeants de ces sociétés, dès lors qu'il était par ailleurs établi que ces cautionnements étaient indéniablement hors de l'objet social et qu'il n'y avait aucune communauté d'intérêts entre les sociétés débitrice et caution[1037]. De manière plus directe, par la suite, le seul constat de la non-conformité de l'engagement à l'objet social a suffi pour déclarer ledit cautionnement nul[1038]. Pourtant, en recherchant la conformité du cautionnement donné à l'objet social à travers son rattachement, même indirect, à cet objet social, la jurisprudence a, de fait, privilégié la notion plus large d'intérêt social au détriment de celle plus restrictive de l'objet social. Ce faisant, il en est résulté une interprétation de l'objet social à la lumière de l'intérêt social. Il n'est donc guère surprenant que des cautionnements non-conformes à l'intérêt social soient frappés de nullité[1039]. Si l'on s'accorde sur cette sanction en ce qu'un élément essentiel de validité du contrat fait défaut, le consentement de la société caution en l'occurrence, la doctrine reste plus partagée sur la nature de cette nullité.

309. – Nature de la nullité. Certains auteurs soutiennent que cette nullité devrait être relative, car elle tend à protéger l'intérêt privé de la personne morale qui a été engagée dans un acte contraire à son intérêt[1040]. D'autres auteurs[1041], auxquels il convient de se rallier, soutiennent que cette nullité est absolue. En effet, même si c'est la société prise comme

---

1035 F. LEJEUNE, « Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social », *Dr. & Patr.,* juin 1996, p. 56 & s, spéc., p. 57 (note 4).

1036 R. MORTIER, note sous Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-10.766 : *Dr. sociétés* 2007, n° 191.

1037 Cass. 1ère civ., 6 mars 1979 : *Bull. civ. I*, n° 81 ; *RTD. com*. 1979, p. 753, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN. En l'espèce, une SCI s'était engagée comme caution des dettes d'une SARL envers une banque qui avait exigé à cet effet les statuts de la SCI. Elle ne pouvait donc ignoré que l'engagement de la SCI n'était pas conforme à son objet social.

1038 Cass. com., 14 juin 2000, n° 96-15.991 : *Dr & Patr*. 2001, n° 89, p. 89, obs. SAINT ALARY. Il s'agissait en l'espèce d'une SNC.

1039 G. PIETTE, *op. cit*., note 14 et 16.

1040 J.-L. Aubert, obs. sous Cass. 3ème civ., 15 avril 1980, *Defrénois* 1981, p. 853 ; J. GHESTIN, obs. sous le même arrêt, *D*. 1981, *IR*, p. 314.

1041 M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit*., n° 271 ; G. PIETTE, *op. cit.*

personne morale qui est directement atteinte par le cautionnement non-conforme à son intérêt, il n'en demeure pas moins vrai que d'autres personnes (associés, créanciers et partenaires divers) peuvent voir leurs intérêts menacés par ce cautionnement. Seule une nullité absolue peut leur permettre d'agir directement et personnellement.

310. – En toute hypothèse, la nullité comme sanction du cautionnement non-conforme à l'objet et à l'intérêt social s'avère assez rigoureuse. Et une telle rigueur ne peut s'accommoder aux impératifs du crédit et à l'importance de l'immobilier d'entreprise[1042], dans la mesure où ces cautionnements sont donnés par des sociétés civiles – souvent immobilières – à des sociétés commerciales avec lesquelles elles sont liées. Aussi, la jurisprudence a-t-elle été conduite à admettre la validité des cautionnements non-conformes à l'objet social en privilégiant la notion extensible d'intérêt social. Deux tempéraments à la nullité de tels cautionnements ont ainsi été admis.

2. – L'unanimité des associés et l'existence d'une communauté d'intérêts, exceptions à l'exigence de cautionnements conformes à l'objet social

311. – Deux conditions à l'admission de la validité des cautionnements non-conformes à l'objet social. Prenant en compte les impératifs du crédit, la jurisprudence a assoupli l'exigence de la conformité à l'objet des garanties accordées par les sociétés à risque illimité. Elle admet ainsi la validité d'un cautionnement non-conforme à l'objet social lorsqu'il a été accordé à l'unanimité des associés (***a***). Cette unanimité ne suffit pas à elle seule, car la jurisprudence exige en outre qu'il y ait une communauté d'intérêts entre les sociétés caution et débitrice, autrement dit que l'acte soit conforme à l'intérêt social (***b***).

a) L'unanimité des associés

312. – Explications. A l'exception de la société en participation dans laquelle chaque associé contracte en son nom et reste en principe seul engagé par cet acte[1043], le gérant d'une société à risque illimité engage valablement la société par ses actes dès lors qu'ils sont conformes à l'objet social. Et il n'est nul besoin à cet égard de l'accord unanime des

1042 G. CHAUVIN, « Immobilier d'entreprise, propriété d'une société commerciale ou d'une société civile immobilière », *JCP. G* 1988, *I*, 3320.
1043 Art. 1872-1 C. civ.

associés, puisque le gérant est légalement investi des pouvoirs à cette fin[1044]. Toutefois, pour valider le cautionnement donné par une société civile (ou toute autre société à risque illimité) au mépris de son objet social, la jurisprudence, suivant en cela les termes de l'article 1852 du Code civil[1045], exige qu'il ait été consenti avec l'accord unanime des associés[1046]. L'idée qui inspire cette démarche est que les associés ayant un même objectif, faire des bénéfices ou réaliser des économies, leur décision unanime ne peut que tendre vers cette fin.

313. – L'expression de l'unanimité. Partant, quand bien même il est difficile de démontrer la conformité d'un cautionnement donné par une de ces sociétés à son objet social, la garantie n'en est pas moins valable dès lors qu'elle a été donnée à l'unanimité des associés. Aussi, la jurisprudence utilise-t-elle ce palliatif avec constance[1047] et retient l'unanimité des associés selon deux modalités. Selon la première modalité, elle vérifie que les associés se sont prononcés expressément en faveur de l'engagement de la société pour le cautionnement en cause[1048]. Suivant la seconde modalité, elle déclare la garantie valable en partant d'un mandat général unanimement donné par les associés au gérant et l'investissant de tous les pouvoirs[1049].

314. – Intérêts du critère de l'unanimité. La solution de l'unanimité permet ainsi à la jurisprudence de valider des cautionnements non-conformes à l'objet social. Cette solution a la vertu de conforter la validité de l'acte et d'éviter d'avoir à s'interroger sur l'étendue

---

1044 Art. 1848 et 1849 C. civ. (pour la SC) ; art. L. 221- 4 et 5 C. com. (SNC – et SCS sur renvoi de l'art. L. 222-2 même Code).

1045 « *Les décisions qui excèdent les pouvoirs reconnus aux gérants sont prises selon les dispositions statutaires ou, en l'absence de telles dispositions, à l'unanimité des associés* ».

1046 A. DELFOSSE, « Une SCI peut-elle se porter caution ? », *Dr. & Patr*., décembre 1994, p. 28 & s. ; A. CERLES, « Conditions de validité du cautionnement délivré par une société civile », *RD bancaire et financier* 2008, *Etudes*, n° 1.

1047 A. DELFOSSE, « Une SCI peut-elle se porter caution ? », *préc.*

1048 Cass. com., 18 mars 2003 : *Bull. civ. IV*, n° 46 ; *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 643, § 138, note J.-F. BARBIERI ; *D*. 2003, *A.J*, p 975, obs. A. LIENHARD ; *D*. 2004, *somm*., p. 271, obs. J.-C. HALLOUIN ; *JCP. E* 2004, p. 30, obs. J.-J. CAUSSAIN, F. DEBOISSY et G. WICKER ; *Banque et droit,* mai-juin 2003, p. 49, obs. M. STORCK ; *Rev. sociétés* 2003, p. 500, note Y. GUYON, et 2004, p. 104, note D. RANDOUX ; *RD bancaire et financier* 2003, n° 141, obs. A. CERLES ; *Dr. & Patr*., septembre 2003, p. 118, obs. D. PORACCHIA ; *RTD. com*. 2003, p. 739, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET. La solution, rendue pour un cautionnement donné par une SNC en garantie des dettes personnelles de l'un de ses associés, est parfaitement transposable au cautionnement garantissant les dettes d'une autre société.

1049 Cass. com., 28 mars 2000 : *Bull. civ. IV*, n° 69 ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 501, § 105, note A. COURET ; *D*. 2000, *A.J*, p. 253, obs. M. BOIZARD ; *D*. 2000, *somm*., p. 479, obs. J.-C. HALLOUIN ; *Dr. sociétés* 2000, *comm*. n° 97, obs. TH. BONNEAU ; *LPA*, 15 août 2000, p. 13, note M. KEITA ; *RTD. com.* 2000, p. 666, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET.

des pouvoirs de celui qui l'a passé[1050]. Elle permet par ailleurs de suppléer l'absence de modification apportée aux statuts par décision extraordinaire des associés aux conditions de majorité requise[1051]. Elle constitue enfin une éclatante manifestation de l'*intuitus personae* qui sous-tend la constitution de toute garantie. En effet, les associés engagent la société pour un acte qu'ils savent non-conformes à l'objet social de la société au regard simplement de la considération du débiteur principal ou du créancier. Mais de tels cautionnements ne sont en réalité validés que s'ils ne sont pas, par ailleurs, contraires à l'intérêt social. Ceci suppose en d'autres termes l'existence d'une communauté d'intérêts entre les sociétés caution et débitrice.

b) L'existence d'une communauté d'intérêts.

315. – Notion de « communauté d'intérêts ». Lorsque la jurisprudence sauve de la nullité le cautionnement donné hors de l'objet social en s'appuyant sur l'accord unanime des associés à cet engagement, elle ne manque pas de vérifier que cette garantie ne contrarie pas l'intérêt social de la société ainsi engagée. En d'autres termes, lorsque la société a été engagée comme caution sans l'unanimité des associés, la jurisprudence valide cet engagement dès lors qu'il peut être indirectement rattaché à la société caution par l'existence d'une communauté d'intérêts. En effet, l'objet social impose aux sociétés de n'agir que dans le sens de leur intérêt et prohibe des actes qui seraient sans intérêt pour elles[1052]. Aussi, est-il requis que le cautionnement qu'une société viendrait à donner soit justifié par un intérêt de la société caution, c'est-à-dire qu'elle y trouve un intérêt et en retire un avantage économique direct ou indirect, immédiat ou à terme[1053] ; ou qu'il existe, à tout le moins, une communauté d'intérêts entre elle et le débiteur principal[1054]. Cette communauté d'intérêts consiste en une relation juridique entre la société débitrice et la société caution permettant à cette dernière de tirer directement ou indirectement avantage de la bonne santé financière de la société débitrice[1055].

1050 F.-X. LUCAS, note sous Cass. com., 26 juin 2007 : *Bull. Joly sociétés* 2008, § 5, p. 24.
1051 P. BOUTEILLER, « Cautionnement donné par une société », *op. cit*., p. 259.
1052 H. HOVASSE, « Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr. & patr*. 2001, n° 92, p. 76 & s, spéc. p. 77.
1053 A. DELFOSSE, *op. cit*., p. 29 (2°).
1054 *Ibid*.
1055 L. AYNES, note sous Cass. 1ère civ. 15 mars 1988 : *D*. 1988, *Somm*., p. 273.

316. – Traduction pratique. En pratique, une société à responsabilité illimitée, généralement une SCI, sera engagée par son gérant comme caution des dettes d'une autre société, en général, commerciale. Différentes tant par l'objet social de chacune que par leur spécialité, les deux sociétés vont cependant se trouver liées par un ou plusieurs associés communs, ou par le partage d'un même siège social, lorsque le fonds de commerce de la société débitrice ne sera pas exploité dans un immeuble appartenant à la SCI ou géré par elle. Partant de la différence avérée entre l'objet social de la société caution et celui de la société débitrice, la jurisprudence va s'appuyer sur ce lien pour retenir une communauté d'intérêts entre les deux sociétés et conséquemment la conformité du cautionnement à l'intérêt social de la SCI caution.

317. – Diversité des formules utilisées. A cet égard, il faut relever que la jurisprudence recherche avec constance l'existence de cette communauté d'intérêts. La diversité des formules qui ressort des arrêts en atteste. Ainsi, il est jugé dans certains arrêts que « *le cautionnement souscrit se rattachait indirectement à l'objet social de la société civile immobilière en raison de la communauté d'intérêts unissant cette société à la société débitrice principale* »[1056]. Dans d'autres arrêts, il est retenu que « *si le cautionnement donné par une société civile n'entre pas directement dans son objet social, il est néanmoins valable lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la société cautionnée* »[1057]. Dans d'autres arrêts encore, la conformité du cautionnement à l'intérêt social de la société est directement retenue lorsque la communauté d'intérêts entre les deux sociétés est caractérisée[1058]. D'autres arrêts enfin laissent entrevoir la validité de la garantie consentie dès lors qu'il n'y a pas de contrariété à l'intérêt social[1059].

1056 Cass. 1ère civ. 15 mars 1988 : *D*. 1988, *Somm*., p. 273, note L. AYNES ; *Rev. sociétés* 1988, p. 415, note Y. GUYON ; *RTD. com*. 1988, p. 459, note E. ALFANDARI et M. JEANTIN ; *RD. bancaire et bourse* 1988, p. 203, note M. CONTAMINE-RAYNAUD.

1057 Cass. 1ère civ., 1er février 2000, n° 97-17.827 : *D*. 2001, p. 692, obs. L. AYNES ; *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 502, note A. COURET. *Banque et droit* 2000, n° 71, p. 37, obs. N. ROTCHENVSKI ; *RD bancaire et financier* 2000, p. 16, obs. D. LEGEAIS.

1058 F.-X. LUCAS, note sous Cass. com., 26 juin 2007 : *Bull. Joly sociétés* 2008, § 5, p. 24. En l'espèce, le prêt accordé à deux personnes était garanti par un cautionnement hypothécaire portant sur le seul immeuble constituant le patrimoine d'une SCI. Les deux débiteurs garantis étaient par ailleurs associés majoritaires de la SCI. La Cour retient la conformité de l'engagement à l'intérêt social de la SCI, parce que ce prêt devait servir à apurer le passif de la SCI caution. V. aussi : Pau, 1 ère ch., 12 novembre 2002 : *Juris-Data* n° 2002-200602 ; *RD. Bancaire et financier* 2003, p. 165, n°111, note A. CERLES.

1059 Cass. com., 3 juin 2008 : *RD bancaire et financier* 2008, juillet-aout, p. 53, n° 110, note A. CERLES. – *Contra* : Cass. 2ème civ., 13 mars 2008 : *RD bancaire et financier* 2008, *Comm*. n° 70.

318. – Appréciation de la condition de « la communauté d'intérêts ». Ainsi, jouant sur le curseur de l'intérêt social, la jurisprudence valide des cautionnements contraires à l'objet social, dès lors qu'il y a une communauté d'intérêts entre les sociétés caution et débitrice. Comme l'a souligné GUYON, « *le rattachement à l'objet social par la communauté d'intérêts empêche les cautions d'invoquer les expédients qui leur permettraient d'échapper à leurs engagements* »[1060]. Ce faisant, il permet au juge de prendre en compte l'importance du crédit pour toute activité sociale et la complexité des relations qui se nouent entre différents acteurs de la vie économique. Cette prise en compte est d'autant plus aisée que l'objet d'une société civile, en ce que cette société est une technique d'organisation du patrimoine[1061], paraît plus limité, moins vaste que l'objet d'une SARL, SA ou d'une SAS[1062]. De fait, en s'engageant comme sûreté d'exécution des obligations de la société débitrice avec laquelle elle est juridiquement liée via le contrat de bail, la SCI assure la santé financière de la société débitrice et indirectement sa propre pérennité[1063].

319. – Toutefois, l'importance accordée par les juges à ce critère peut paraître démesurée, voire injustifiée dans la mesure où la communauté d'intérêts semble prendre le pas sur l'unanimité des associés. En effet, lorsque sont validés des cautionnements contraires à l'objet social mais donnés à l'unanimité par les associés, c'est à la condition qu'ils ne soient pas par ailleurs contraires à l'intérêt social, autrement dit qu'il y ait une communauté d'intérêts entre les deux sociétés. Ce raisonnement revient au fond à affirmer qu'un cautionnement donné à l'unanimité des associés peut être nul parce qu'aucune communauté d'intérêts n'aurait été établie par les juges. Le raisonnement trouve d'ailleurs échos auprès de certains auteurs. On a ainsi écrit qu'en « *aucun cas l'unanimité des associés ne saurait suffire à valider un acte contraire à l'intérêt de la société prise dans l'ensemble de ses composantes* […] »[1064].

1060 Note sous Cass. 1ère civ. 15 mars 1988, *Rev. sociétés* 1988, p. 415.

1061 R. MORTIER, note sous Cass. com., 26 juin 2007, *préc.*

1062 En effet, l'objet d'une société civile se limite généralement *à la propriété, l'administration, la gestion par tous moyens d'immeubles, ou à toutes les opérations qui s'y rattachent sans que le caractère civil de la société soit modifié*. En ce sens, A. CERLES, « Conditions de validité du cautionnement délivré par une société civile », *op. cit*., n° 1.

1063 A. DELFOSSE, *op. cit*., p. 30.

1064 A. DELFOSSE, *op. cit*.

320. – Or, il n'est de personnes mieux que les associés pour apprécier la conformité des actes de la société à l'intérêt social[1065]. Cela est d'autant plus vrai que leur responsabilité est illimitée. Et si la limite de l'objet social vise précisément à protéger les associés de façon à éviter des dépassements qui pourraient engager leur responsabilité, leur accord unanime purge l'engagement de la société par son gérant du vice de défaut de conformité à l'objet social[1066]. Il faut à cet égard se souvenir que la Cour de cassation s'est un temps prononcée dans ce sens, ayant admis qu'un gérant de SCI pouvait valablement engager la société par une convention étrangère à l'objet social, conclue au profit d'un tiers, si ledit gérant a reçu à cette fin, des pouvoirs réguliers émanant de l'unanimité des associés[1067]. Cette jurisprudence a été plusieurs fois confirmée par la suite[1068]. Il faut alors convenir que « *l'unanimité remplace à elle seule la conformité à l'objet et à l'intérêt social* »[1069]. Dans ce sens, le seul constat d'une délibération à l'unanimité des associés engageant la société comme caution devrait emporter conformité de cet engagement à l'intérêt social. L'unanimité traduit l'adhésion des associés au projet en cause. Il en irait autrement dans le cas où le cautionnement n'aurait pas été donné à l'unanimité ou, situations plus exceptionnelles, en cas de concert frauduleux entre le gérant et le créancier[1070].

Finalement, plutôt que d'utiliser cumulativement les deux conditions, spécialement lorsque la garantie a été accordée à l'unanimité, un usage alternatif serait plus judicieux. La première chambre civile s'est prononcée dans ce sens dans un arrêt du 08 novembre 2007[1071] ; mais un récent arrêt de la chambre commerciale tempère cet optimisme[1072].

1065 F.-X. LUCAS, note sous Cass. com., 26 juin 2007, *préc*.

1066 P. LE CANNU, Cass. com., 26 janvier 1993 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, § 138, p. 482.

1067 Cass. 3ème civ., 4 février 1971 : *JCP. N 1972,* II, 16980, note DAGOT et SPITERI ; *Rev. sociétés* 1971, p. 595, note GUILBERTEAU.

1068 F. LEJEUNE, *op. cit*., p. 57 à 59.

1069 *Ibid*.

1070 En effet, constitue un concert frauduleux le fait pour un créancier d'accepter une hypothèque d'une SCI, filiale d'une autre société, alors même que ce créancier connaissait la situation difficile du groupe tout entier. *Cf* : Cass. 3ème civ., 22 mai 1975 : *JCP. N* 1976, *II*, n° 18346, note D. RANDOUX. Dans le même sens, Cass. com., 14 décembre 1999 : *Defrenois* 2000, p. 505, note H. HOVASSE.

1071 Cass. 1ère civ., 8 novembre 2007, n° 04-17.893 : *Juris-Data* n° 2007-041233 ; *RD bancaire et financier* 2008, Etudes, n° 1. Selon la Cour : « *Le cautionnement donné par une société* [civile] *n'est valable que s'il entre directement dans son objet social ou s'il existe une communauté d'intérêts entre cette société et la personne cautionnée ou encore s'il résulte du consentement unanime des associés.* »

1072 Cass. com., 3 juin 2008 : *RD bancaire et financier* 2008, juillet-aout, p. 53, n° 110, note A. CERLES : « *En statuant ainsi sans rechercher si le cautionnemment n'était pas contraire à l'intérêt de la SCI* […]*, la Cour d'appel a privé sa décision de base légale* ». c'est nous qui soulignons.

321. – L'impossible généralisation du critère de la communauté d'intérêts : le cas du groupe de sociétés. Plus généralement, il semble difficile de tirer un enseignement général ou d'échafauder une théorie d'ensemble sur la communauté d'intérêts comme condition de validité des garanties non-conformes à l'objet social des sociétés. En effet, tandis que sont validées par la jurisprudence des garanties données par des sociétés à risques illimités grâce à l'existence d'une communauté d'intérêts, des cautionnements donnés dans le cadre d'un groupe de sociétés sont annulés pour contrariété à l'intérêt social[1073]. Sur ce terrain précisément, la non-conformité des cautionnements à l'intérêt social est retenue parce que la garantie n'a pas de contrepartie pour la société ; autrement dit, parce que la société caution n'en tire aucun avantage.

322. – Ces solutions, il faut en convenir, laissent assez songeur. Le groupe de sociétés se trouve être le terrain de prédilection de la notion de communauté d'intérêts. Le groupe de sociétés est, en effet, « *un ensemble de sociétés qui, tout en conservant leur existence juridique propre, se trouvent liées les unes aux autres, de sorte que l'une d'elles, la société-mère, qui tient les autres sous sa dépendance, en fait ou en droit, exerce un contrôle sur l'ensemble des sociétés dominées et fait prévaloir une unité de décision* »[1074]. Il se caractérise par une communauté d'intérêts qui dépasse celui de chacune des sociétés qui le composent. C'est cette communauté d'intérêts qui justifie un flux incessant de relations économiques, comptables, juridiques et financières entre les différentes sociétés qui la composent[1075]. De fait, il existe une politique d'assistance réciproque qui tend à assurer une utilisation plus rationnelle des ressources de l'ensemble du groupe. L'engagement comme caution témoigne bien de l'existence d'un intérêt qui, même s'il n'apporte aucune contrepartie immédiate à la société qui s'engage, sert l'intérêt commun du groupe tout entier.

323. – C'est dans ce même contexte que des sociétés se portent au secours de certaines entreprises en difficulté ou dans le besoin en leur accordant des prêts sans intérêts ou en se portant caution de leurs dettes sociales, se conformant en cela à une gestion normale[1076]. Il

---

1073 Cass. com., 13 novembre 2007, *préc*.- Cass. 3ème civ., 25 mars 1998 : *Bull. Joly Sociétés* 1998, p. 635, § 212, obs. A. COURET ; *JCP. N* 1998, 1511, note D. RANDOUX.

1074 PH. MERLE, *op. cit*., n° 641.

1075 M. PARIENTE, note sous Cass. com., 13 novembre 2007, *préc*, n° 6.

1076 A. BONNET, «Acte anormal de gestion et exécution d'un engagement de caution des associés », *Droit fiscal* 2008, n° 42, Comm. 541, spéc. p. 4 & s. Sur cette question, *Infra*....

est donc étonnant que des cautionnements donnés dans ce cadre, fussent-ils disproportionnés au regard du patrimoine de la société caution[1077], soient annulés pour contrariété à l'intérêt, parce que sans contrepartie. Or, il faut se souvenir que la chambre commerciale de la Cour de cassation, dans un arrêt du 25 mai 1965[1078] a reconnu la validité de tels engagements, nonobstant l'absence de contrepartie. Cette jurisprudence paraît plus conforme au critère de la communauté d'intérêts appliqué au groupe de sociétés en vue de valider des cautionnements qui seraient non-conformes à l'objet social.

324. – La communauté d'intérêts comme condition générale de validation des cautionnements non conformes à l'objet social. Certes, la notion d'intérêt commun (ou de communauté d'intérêts) se présente comme une notion propre aux sociétés transparentes et moins indiquée pour les sociétés à risque limité. C'est une notion qui « *s'applique à des associés responsables solidairement et indéfiniment parce que titulaires d'une part d'intérêt et non pas à des associés détenteurs, comme dans la SA ou SARL, de parts du capital fractionné en titres qui peuvent être négociables, voire cotables en bourse* »[1079]. Et, dans ce sens, il peut être constaté que les sociétés qui constituent généralement un groupe de sociétés sont des sociétés à risque limité. *Mais la caractéristique d'un groupe de sociétés est justement de ramener à lui cette notion de communauté d'intérêts*. *In fine*, la communauté d'intérêts devrait constituer une condition générale de validité des cautionnements non conformes à l'objet social, soit parce qu'ils n'y entrent pas directement, soit parce qu'ils sont perçus comme étant sans contrepartie immédiate.

325. – Pour se résumer, l'existence d'une communauté d'intérêts entre la société caution et la société débitrice principale et l'accord unanime des associés à la constitution de la

---

1077 Dans l'arrêt du 13 novembre 2007 précité, la Cour juge que le cautionnement hypothécaire donné « *avait pour effet de priver la société [caution], sans contrepartie, de ressources éventuelles, en grevant lourdement son patrimoine immobilier ; [ce] dont il résultait que la souscription de cette sûreté était contraire à l'intérêt social de cette société* ». Cette solution prend fatalement en considération le poids de la sûreté et omet la communauté d'intérêts propre au groupe de sociétés. Or, la solution de l'arrêt du 26 juin 2007 valide un cautionnement hypothécaire portant sur le seul immeuble constituant le patrimoine de la SCI, parce qu'il y avait communauté d'intérêts. C'est nous qui soulignons.

1078 Cass. com., 25 mai 1965 : *Bull. civ., III*, n° 333, p. 302 ; Banque 1966, 209, obs. Martin. En l'espèce, la Cour d'appel de Douai est censurée par la Cour de cassation pour avoir jugé que les gérants d'une société n'avaient pu faire usage de leurs pouvoirs pour cautionner une autre société car, l'acte étant sans contrepartie, était nécessairement contraire à l'intérêt social. Selon la Cour de cassation, « *en statuant comme elle l'a fait, alors qu'il ne résulte pas de ses motifs que l'acte de cautionnement litigieux tendait à une modification des statuts de la société, la Cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision*». C'est nous qui soulignons.

1079 J.-P. BERTREL, *op. cit*., n° 45.

garantie constituent d'utiles tempéraments à la condition de la conformité du cautionnement à l'objet social dans les sociétés à risque illimité. Parce que ces deux exceptions permettent de sauver des cautionnements qui seraient nuls, car non-conformes à l'objet social, la rigueur attachée au respect de l'objet social se trouve atténuée et la sécurité du crédit s'en trouve accrue. La préservation de cette sécurité par le créancier, lorsque la garantie est donnée par une société à risque limité, est de s'assurer que le dirigeant a bien été autorisé à engager la société comme caution. Faute par lui d'effectuer cette vérification, la garantie dont il est bénéficiaire sera inefficace, d'autant qu'il ne dispose d'aucun recours contre le dirigeant fautif. Ceci atteste de la nécessité du respect des conditions de fond du cautionnement. La nature commerciale du cautionnement donné à une société devrait toutefois tempérer le respect du formalisme impératif de cette garantie, récemment imposé par le législateur.

SECTION 2

LES CONDITIONS DE FORME

326. – L'un des principes directeurs du droit français des obligations est le consensualisme : l'accord de deux personnes au moins suffit à former le contrat et à lui donner plein effet sans qu'aucune forme ne soit requise. Le contrat de cautionnement ne déroge pas à ce principe. Le formalisme y a cependant toujours été rémanent et l'article 2292 du Code civil en constitue, sans aucun doute, « *un avatar fossilisé des formes validantes antérieures* »[1080]. Sous l'effet combiné de l'évolution du concept contractuel et le changement de mentalité, ce formalisme n'a cessé d'être accru. Il est, dans ce sens, devenu de bon ton de soumettre la validité de certains contrats au respect d'un formalisme précis. Ainsi en va-t-il en droit de la consommation où ce formalisme se veut un instrument de protection de la partie réputée faible. L'importance du contentieux du cautionnement,

[1080] M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *op. cit*., n° 132.

liée essentiellement à la portée de l'engagement de la caution, a conduit la jurisprudence à favoriser le développement de ce formalisme en adoptant une doctrine protectrice des cautions. Abandonné en 2002[1081], ce formalisme a été remis à jour par le législateur de 2003 qui a fait du cautionnement un contrat solennel en exigeant de toute caution personne physique de faire précéder sa signature d'une mention manuscrite précise, à peine de nullité de son engagement[1082].

327. – Le domaine d'application très général de ce texte – qui ne s'attache qu'à la personne physique, sans égard pour la nature de l'opération garantie – soulève la question de son application aux cautionnements commerciaux donnés par des personnes physiques. Le problème se pose du reste en termes identiques que la question de la limitation par la caution de son engagement[1083]. Or, il a déjà été relevé que les dispositions issues de la loi Dutreil contrarient le crédit et ne prennent pas en compte la spécificité du cautionnement donné à une société. En considérant que ce formalisme a été édicté dans l'optique de faire prendre conscience à la caution de la gravité de son engagement, rien n'établit que ce formalisme permette d'atteindre le but visé[1084].

328. – De plus, l'insertion de l'engagement de la caution personne physique, même « considérée comme profane », justifie le maintien du régime propre aux obligations commerciales. En effet, hormis quelques exceptions notables, spécialement en droit cambiaire, le formalisme n'a pas grand intérêt en droit commercial dans la mesure où les obligations peuvent se prouver par tous moyens. « *L'écriture*, souligne PORTALIS, *est, chez toutes les nations policées, la preuve naturelle des contrats. Cependant, en nous conformant à toutes les lois précédentes, nous autorisons la preuve par témoins dans les cas où il existe un commencement de preuve par écrit. Ce commencement de preuve par écrit n'est pas même nécessaire dans les affaires mercantiles* […][1085]. » Il serait ainsi aberrant, indépendamment du cadre de la présente étude, d'exiger d'un commerçant personne physique agissant pour les besoins de son commerce le respect de l'article L. 341-2 C. cons. susvisé, alors que cette disposition ne vise qu'à lui faire prendre conscience de

---

1081 *Supra*, n° 127 et s.
1082 Art. L. 341-2 C. cons., issu de loi Dutreil, *préc.*
1083 *Supra*, n° 131, 132, 149 et s.
1084 S. PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, *op. cit*., n° 66.
1085 *Discours préliminaire au premier projet de Code civil, op. cit*., p. 50 à 51.

son engagement, la preuve de son engagement pouvant être rapportée par tous moyens[1086]. Ceci témoigne de l'intérêt du maintien de la jurisprudence antérieure à la loi Dutreil.

C'est toutefois l'approche subjective de cette jurisprudence, distinguant les cautions dites « profanes » des cautions dites « initiées », qui devrait être abandonnée au profit d'une analyse objective axée sur la nature de l'obligation. Ainsi, le cautionnement donné à une société étant de nature commerciale, le respect des conditions de forme ne se justifierait pas, puisqu' en matière de cautionnement de façon générale ce formalisme a une fonction probatoire[1087]. Par conséquent, les conditions de formes du cautionnement donné à une société doivent être « allégées » au regard des exigences nouvelles de formalisme en matière de cautionnement. Ce faisant, le régime des cautionnements donnés par les cautions dites « profanes » serait aligné sur celui des cautionnements donnés par des cautions dites « initiés ».

1086 Cass.1ère civ., 18 mai 2004, n° 01-17.007 : *Juris-Data* n° 2004-023714 ; *Bull. civ. I*, n° 140 ; *JCP. E* 2005, 915, n° 5, obs. PH. SIMLER ; *RTD. com*. 2004, p. 693, obs. B. SAINTOURENS.

1087 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 253.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

329. – Le cautionnement donné à une société est – et reste – d'abord un contrat de cautionnement. A ce titre, sa validité est soumise aux conditions du droit commun des contrats. La caution doit ainsi avoir la capacité juridique de contracter et cette capacité est celle du droit commun et non pas celle spécifique aux donations. De même, lorsque la caution est une personne mariée sous le régime de la communauté, le consentement de son conjoint est requis pour que la garantie soit étendue au patrimoine commun du couple.

330. – Toutefois, ces conditions respectées, le cautionnement donné à une société se démarque très vite du « cautionnement tout simplement » et affiche son particularisme à travers des points précis qui cristallisent son contentieux, relativement aux conditions de validité des contrats, et s'agissant tout spécialement des règles relatives à l'intégrité du consentement de la caution : l'erreur, le dol et la violence. Ainsi, l'admission du dol comme vice du consentement de la caution revêt un intérêt évident dans la mesure où il n'est pas nécessaire que la méprise provoquée par les manœuvres du créancier soit substantielle, comme dans le cas de l'erreur. Des conditions strictes à l'admission du dol comme vice du consentement de la caution sont toutefois posées par la jurisprudence. Il faut ainsi que la caution démontre que le créancier a réellement usé de manœuvres frauduleuses en vue de l'amener à s'engager, notamment en ne l'informant pas sur la situation financière de la société cautionnée. Cette condition conduit à n'admettre le dol que dans des cas limités, souvent lorsque la caution est une personne autre que le dirigeant social.

Sans doute, faut-il y voir la manifestation de l'approche subjective de la personne de la caution retenue par la jurisprudence. La qualité de « caution initiée » est affublée aux dirigeants cautions alors même que ce qui caractérise cette catégorie est son hétérogénéité[1088] et cette hétérogénéité rend difficile, voire impossible, l'émergence d'un statut de la caution dirigeante[1089]. Or, la démarche qui doit être privilégiée est celle qui s'appuie sur un régime fondé sur la nature objective des obligations, eu égard à leur rattachement aux affaires, et non une approche subjective de la caution des dettes sociales.

1088 D. LEGEAIS, « La caution dirigeante », *in Mélanges B. Bouloc*, Dalloz 2007, p. 599 & s, spéc., p. 600.
1089 *Ibid.*

Et si cette démarche subjective peut se justifier pour des cautionnements strictement civils ou se rattachant au droit de la consommation, elle s'explique moins pour des cautionnements garantissant des obligations commerciales. Le Code civil ne permet pas d'opérer de distinction entre les différentes cautions ; toutes doivent bénéficier par conséquent du même régime. Et s'il doit il y avoir une distinction, celle-ci doit se faire au regard des obligations garanties : à côté de la protection qui sied aux cautions des obligations purement civiles doit exister un régime plus souple et uniforme des cautions garantissant l'exécution des obligations commerciales.

331. – Au demeurant, le vice de la violence n'est pas davantage retenu. Si la jurisprudence reconnaît globalement l'existence de pressions liées à l'environnement des affaires et aux circonstances économiques, l'admission de la violence, vice du consentement de la caution n'est pas admise, à moins qu'elle soit accompagnée de menaces ou pressions intolérables. L'admission de la violence reste ainsi difficile, dans la mesure où, liée aux réalités des affaires, elle ne peut être que tacite ou induite. Est ainsi mis en lumière le décalage existant entre les principes juridiques et la réalité des affaires, qu'attestent aussi les évolutions législatives relatives à l'exigence de proportionnalité.

332. – Cette réalité des affaires semble pourtant être bien prise en compte lorsque le cautionnement est donné par une société. En effet, donné par une société, le cautionnement doit respecter les conditions d'émission des garanties par les sociétés. Ainsi, donné par une société à risque illimité, le cautionnement doit être conforme à l'objet social de la société émettrice, au genre d'activité que se proposent d'exercer les sociétés dans leurs statuts ; il doit aussi être conforme à l'intérêt de cette société qui se dévoile en cours de vie sociale. Si le défaut de cette exigence est sanctionné par la nullité, de tels cautionnements peuvent être validés lorsqu'ils ont été donnés à l'unanimité des associés ou lorsqu'il existe une communauté d'intérêts entre la société caution et la société cautionnée. De ce point de vue, il serait plus judicieux d'affirmer l'utilisation alternative de ces deux tempéraments, spécialement lorsque le cautionnement a été donné à l'unanimité des associés, plutôt que de privilégier le critère de la communauté d'intérêts[1090] : comme la communauté d'intérêts, l'unanimité purge le cautionnement du vice du défaut de conformité à l'objet social.

[1090] *Supra*, n° 319.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE

Le doute n'est plus permis : le cautionnement donné à une société présente un particularisme accusé.

333. – Le caractère *intuitu personae*, première dimension du particularisme du cautionnement donné à une société. Le cautionnement donné à une société est un contrat *intuitu personae.* Cet *intuitus personae* est d'abord un *intuitus personae* d'affection parce que « *l'affection est un facteur important de confiance* »[1091] et en l'absence de toute confiance le crédit est impossible ; c'est aussi un *intuitus personae* de garantie, car la garantie conforte le crédit. Finalement, c'est, à travers des considérations réciproques, mais d'intensité variable, que se forment et se préservent les équilibres des personnes engagées dans le rapport contractuel structuré autour de la société débitrice cautionnée. Accepter ce double constat, c'est déjà assurer l'efficacité de la garantie et maîtriser l'effet de l'*intuitus personae* qui est l'affaiblissement du lien contractuel. Dans ce sens, caution, créancier, mais aussi débiteur principal peuvent aménager leur opération à l'aune de l'*intuitus personae* au second degré.

Sous cet angle le cautionnement donné à une société doit être véritablement considéré comme une opération triangulaire qui prend en compte la relation « caution – débiteur », à côté du rapport principal et de l'engagement de la caution envers le créancier.

334. – La nature commerciale, deuxième dimension du particularisme du cautionnement donné à une société. La détermination de la nature du cautionnement donné à une société accentue le particularisme de cette garantie. La jurisprudence, sous l'inspiration de la Cour de cassation, applique le critère de « l'intérêt personnel » ou « patrimonial » de la caution à l'opération garantie pour retenir la nature commerciale de la sûreté ainsi donnée. L'incertitude de ce critère entretient une grande insécurité juridique qui ne rassure pas les créanciers, pas plus d'ailleurs que les cautions. La sortie de cette insécurité, passe par l'abandon pur et simple du critère de l'intérêt personnel au profit

[1091] A. CHIREZ, *Thèse préc.*, n° 192.

d'un critère plus sûr, *la commercialité* de l'activité exercée par la société débitrice cautionnée. Cette commercialité, objective parce que rattachée à l'activité exercée et non pas à la personne de la société débitrice, combinée à la règle de l'accessoire donne la commercialité objective accessoire dont l'effet est de soumettre à un régime juridique unitaire, non plus des actes accomplis par une même personne dans l'exercice de sa profession mais des actes soudés entre eux par un lien de nécessité. Par conséquent, le cautionnement donné à une société est de nature commerciale, non pas parce que la caution y a un intérêt personnel, mais parce qu'il emprunte sa nature à l'activité que sa constitution vise à soutenir. Ce critère stable et fiable renforce la sécurité de l'opération.

335. – L'exigence d'une approche uniforme et objective et l'abandon corrélatif d'une analyse subjective de la personne de la caution, troisième dimension du particularisme du cautionnement donné à une société. Le renforcement de cette sécurité juridique passe enfin par une approche objective et uniforme de la caution des dettes sociales : qu'il s'agisse du dirigeant social, d'un associé ou du conjoint du dirigeant ou de l'associé, seule doit prévaloir sa qualité de caution et moins toute autre considération attachée à la personne. Partant, la contestable distinction des cautions profanes des cautions initiées qui érige des présomptions en certitude doit être abandonnée afin d'éviter le risque « *d'une crise de foi du créancier dans sa sûreté* »[1092]. La distinction qui doit, en revanche, être privilégiée est celle qui porte sur le domaine des obligations civiles et le domaine des obligations commerciales. Seule cette distinction permet d'aboutir à une uniformisation plus objective du régime du cautionnement donné à une société, cautionnement dont le domaine couvre le monde des affaires, quelle que soit la personne caution.

336. – La vie des affaires n'est pas toujours stable et le besoin de sécurité qui y est ressenti est, sans doute, plus affirmé. Point n'est donc besoin de rajouter des distinctions aux différences d'approche et de logique. Car, le cautionnement donné à une société, comme toute relation contractuelle, subit les assauts du temps, que ceux-ci atteignent la personne de la caution ou qu'ils frappent l'être moral cautionné ou bénéficiaire de la garantie. Confronté à ces circonstances extérieures au rapport contractuel au sens strict, le cautionnement donné laisse la personne caution dans une situation délicate et relativement

[1092] D. HOUTCIEFF, « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? », *op. cit*., n° 25. Précisons que l'auteur voit ce risque dans « l'excès de protection » actuelle dans les garanties personnelles.

précaire. Suivant le principe de l'effet obligatoire du contrat, la caution risque de ne pouvoir se défaire de son engagement. L'atténuation de cette orientation, rigoureuse pour le moins, exige que soit prise en compte l'influence de ces circonstances extérieures sur le cautionnement donné comme sûreté d'exécution des engagements d'une société.

SECONDE PARTIE :

L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES EXTERIEURES SUR LE CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE

« *Et particulièrement, je mettais entre les excès toutes les promesses par lesquelles on retranche quelque chose de sa liberté. Non que je désapprouvasse les lois, qui, pour remédier à l'inconstance des esprits faibles, permettent, lorsqu'on a quelque bon dessein, ou même, pour la sûreté du commerce, quelque dessein qui n'est qu'indifférent, qu'on fasse des vœux ou des contrats qui obligent à y persévérer ; mais à cause que je ne voyais au monde aucune chose qui demeurât toujours en même état, et que, pour mon particulier, je me promettais de perfectionner de plus en plus mes jugements, et non point de les rendre pires, j'eusse pensé commettre une grande faute contre le bon sens, si, pour ce que j'approuvais alors quelque chose, je me fusse obligé de la prendre pour bonne encore après, lorsqu'elle aurait peut-être cessé de l'être, ou que j'aurais cessé de l'estimer telle*. »

DESCARTES, *Discours de la méthode*, éd. Flammarion - 2008, Coll. Le monde de la philosophie, troisième partie, p. 28 et 29.

337. – Plan. Le cautionnement étant acte de prévision, les parties s'engagent généralement en connaissance de cause : la caution, même si elle espère ne jamais être appelée, s'engage à se substituer au débiteur en cas de défaillance de celui-ci ; le créancier accepte cette caution dans l'optique d'être remboursé à échéance, même si l'engagement de la caution constitue pour lui un moyen d'exercer une forme de pression sur la société[1093]. Entre ces deux personnes, se trouve la société débitrice cautionnée qui bénéficie du crédit nécessaire

[1093] *Supra*, n° 6, 7, 13 et s.

à son activité. Pourtant, certaines circonstances, non directement liées à l'opération de cautionnement, vont rendre l'exécution par la caution de son obligation, sinon impossible, à tout le moins difficile. Indépendantes des stipulations contractuelles et extérieures par conséquent au contrat, différentes en cela de l'imprévision, ces circonstances affectent les personnes engagées dans l'opération de cautionnement et touchent leur environnement. En effet, le contrat « *rencontre les inconnues du lendemain* »[1094], il subit les meurtrissures du temps et ces meurtrissures proviennent de circonstances ou d'événements extérieurs à la relation contractuelle en elle-même[1095], qui apparaissent à un moment précis et donnent lieu à une situation bien définissable.

Dans certains cas, c'est la caution qui sera affectée par ces circonstances extérieures et sa position au moment de la conclusion du contrat va se trouver modifiée : de façon générale, elle va perdre son statut initial, c'est-à-dire celui qu'elle avait au moment de son engagement (**titre 1**). Dans d'autres cas, c'est la société – débitrice ou créancière – qui sera touchée par ces circonstances extérieures. En effet, « *la vie d'une société n'est pas toujours celle d'un long fleuve tranquille. Comme celle d'un couple ou celle de toute institution humaine, elle connaîtra des crises qui seront plus ou moins aiguës* »[1096] (**titre 2**). Ces événements doivent être mieux pris en compte par le droit, car l'*intuitus personae* est au cœur du contrat de cautionnement. Par conséquent, les circonstances qui affectent chacune des parties ne peuvent rester sans incidences sur le contrat.

1094 J.- M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD. com*. 1988, n° 1, p. 482 et 483.

1095 P. DURAND, Préface de *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, Etudes* de droit privé, LGDJ – 1960, p. 11.

1096 M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *op. cit*., n° 370.

TITRE 1

LA MODIFICATION DE LA POSITION DE LA CAUTION A L'EGARD DE LA SOCIETE DEBITRICE

338. – Plan. Lorsqu'une personne s'engage comme caution des engagements d'une société, c'est toujours dans l'espoir inavoué de ne jamais être appelée. Or, bien avant cette phase d'exécution, la situation de la caution peut se trouver considérablement modifiée par diverses situations, généralement indépendantes de sa volonté. La première de ces situations est la perte par la caution de la qualité qui a motivé son engagement (**chapitre 1**). La seconde situation, plus dramatique, est constituée par le décès de la caution (**chapitre 2**). Ces deux situations ont un traitement juridique différencié. Encadrée et réglementée dans le second cas, la situation de la caution reste plus précaire lorsqu'elle perd la qualité en laquelle elle s'est engagée.

CHAPITRE 1

LA PERTE DU STATUT INITIAL DE LA CAUTION

339. – Division. Les personnes qui s'engagent comme cautions des engagements d'une société sont de façon générale, avons-nous dit, le dirigeant social de cette société, un de ses associés et, dans certains cas, le conjoint du dirigeant. Entre le moment de la conclusion du contrat et sa phase d'exécution, il n'est pas rare que ces personnes perdent le statut qui a motivé leur engagement, et ce au regard de la forte prégnance de l'*intuitus personae*. Ces situations ne sont pas prises en compte par le droit, la perte par la caution du statut en vertu duquel elle s'est engagée étant sans incidences sur la relation contractuelle (**section 1**). Si cette solution reste conforme aux grands principes du droit des obligations, elle omet cependant de prendre en compte la connexité existant entre le statut qu'a la caution au moment où elle s'engage et le contrat de cautionnement (**section 2**).

SECTION 1

L'INDIFFERENCE DE LA PERTE DU STATUT INITIAL DE LA CAUTION

340. – Division. Afin de mieux analyser les conséquences qu'attache le droit à la perte du statut ayant motivé l'engagement de la caution et de mettre en lumière sa non-prise en compte par le droit, attestée par le maintien de l'engagement de caution (**section 2**), il convient d'exposer préalablement la diversité des situations qui entraînent la perte de cette qualité[1097] (**section 1**).

§ 1. – LA DIVERSITE DES SITUATIONS ENTRAINANT LA PERTE DU STATUT INITIAL DE LA CAUTION

341. – Subdivision. Qu'il s'agisse du dirigeant social, de l'associé, ou du conjoint du dirigeant, l'engagement comme caution des dettes sociales repose pour une large part sur le statut de la personne. S'il n'est effectivement pas rare que le dirigeant social s'engage ès qualité, il est tout aussi vrai que l'associé s'engage uniquement au regard de son statut d'associé et que c'est le statut du conjoint qui justifie son engagement comme caution[1098]. Pourtant, ces statuts restent bien souvent précaires. D'une part, en effet, non seulement l'exercice de la fonction de dirigeant social se présente d'abord comme l'accomplissement

[1097] En raison de l'étendue d'une étude détaillée des situations entrainant la perte ou le changement du statut de ces personnes, laquelle dépasserait largement le cadre de la présente étude, le présent paragraphe se bornera à exposer succinctement les mécanismes par lesquelles la caution perd son statut initial, qu'il s'agisse du dirigeant social, de l'associé ou du conjoint. S'agissant des deux premières personnes (dirigeant social et associé engagés comme cautions des engagements sociaux), les mécanismes par lesquels ils peuvent perdre ces statuts ne sont guère différents de ceux mis en œuvre pour les simples dirigeants ou associés. A cet égard, les développements qui suivent pourraient parfois apparaître éloignés de l'objet de la présente étude. Cette impression doit néanmoins être dépassée. *L'exposé de ces mécanismes est un préalable nécessaire à l'analyse des conséquences de la perte du statut de dirigeant social ou d'associé sur le contrat de cautionnement*. Le but étant, *in fine*, de tirer des enseignements des incidences d'une perte de statut sur la relation contractuelle.

[1098] *Supra*, n° 7.

d'une mission, d'un mandat que donne la société à son dirigeant, ce qui implique nécessairement une limitation dans le temps ; mais il est aussi possible que l'associé perde ce statut en rompant tout lien avec la société (**A**). D'autre part, il va du lien conjugal comme du temps : beau et agréable, ce lien peut parfois se distendre très rapidement – à l'image de la dégradation du temps – jusqu'à se rompre. Cette rupture entraîne fatalement la perte par la caution de son statut de conjoint (**B**).

A. – LA CESSATION DES FONCTIONS DE DIRIGEANT SOCIAL OU LA PERTE DU STATUT D'ASSOCIE

342. – «**Volonté et contre-volonté** ». La cessation des fonctions de dirigeant social et la perte de la qualité d'associé sont ambivalentes. Elles reposent sur la confrontation « volonté et contre-volonté ». En effet, à la volonté du dirigeant social de mettre un terme à son mandat social ou à celle de l'associé de se retirer de la société, il est opposé une contre-volonté émanant de la société. Cette contre-volonté peut précipiter la perte de ses statuts initiaux. En dépit de ce fait générateur commun, la cessation des fonctions de dirigeant social (***1***) reste soumise à un régime propre qui justifie un exposé distinct de la perte de la qualité d'associé[1099] (***2***).

1. – La cessation des fonctions du dirigeant social

343. – Subdivision. La cessation des fonctions de dirigeant social peut survenir dans deux cas de figure. Dans le premier cas, il peut démissionner de ses fonctions (***a***) ; dans le second cas, il peut être révoqué par les organes sociaux (***b***).

a) La démission

344. – La faculté de démissionner. La dénomination de dirigeant social désigne communément les personnes exerçant les fonctions de gérant, président, administrateur,

[1099] Pour la commodité de l'exposé, c'est le terme « associé » qui sera plus souvent utilisé dans les développements qui suivent pour désigner aussi bien les membres de sociétés de personnes et de capitaux.

directeur général ou membre du directoire d'une société[1100]. Lorsque celui-ci est désigné, cette désignation ne devient effective qu'avec le consentement de la personne choisie. En effet, comme dans le contrat de mandat civil, le dirigeant doit accepter la mission qui lui est confiée[1101]. Et, comme le mandataire, le dirigeant de société, qu'il s'agisse des sociétés de capitaux, de SARL ou de sociétés de personnes[1102], peut renoncer unilatéralement à son mandat en le notifiant à la société[1103]. L'exercice de cette faculté est discrétionnaire et n'a pas à être justifié, car « *nul ne peut demeurer prisonnier de sa fonction* »[1104] et, pas plus qu'aucune autre activité humaine, celle qu'exercent les dirigeants sociaux n'est destinée à durer indéfiniment[1105]. La doctrine rattache d'ailleurs la démission des dirigeants sociaux à la catégorie des actes juridiques unilatéraux sous la condition que la volonté soit suffisamment extériorisée et qu'elle reflète une volonté certaine de l'auteur[1106].

Peu disert sur la démission du dirigeant social, le législateur ne l'ignore pourtant pas. Pour preuve, l'article L. 225-17, al. 2 du Code de commerce envisage, à côté du décès et de la révocation, la démission du président du conseil d'administration comme cause de cessation de ses fonctions. De même, l'article 1846, al. 5 envisage la cessation des fonctions du gérant d'une société civile « *pour quelque cause que se soit* », ce qui inclut la démission du gérant.

345. – Toutefois, la démission des dirigeants sociaux est encadrée par la jurisprudence qui, d'une part, reconnaît plein effet à la démission en jugeant qu'elle ne peut faire objet d'aucune rétractation de la part de son auteur[1107] et, d'autre part, impose le respect d'un délai raisonnable de préavis ou vérifie que la démission du dirigeant n'intervient pas à

1100 B. SAINTOURENS, « La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle », *Bull. Joly Sociétés* 2005, § 152, p. 667.

1101 La qualité de mandataire que l'on donne aux dirigeants sociaux trouve son origine dans la lettre de l'article 22, al. 1 de la Loi du 24 juillet 1867 qui prévoyait que « *les sociétés anonymes sont administrées par un ou plusieurs mandataires à temps, révocables, salariés ou gratuits, pris parmi les associés* ». Il faut toutefois relever qu'à la différence du simple mandataire civil, le dirigeant social est investi d'un pouvoir légal qui lui permet d'agir en vue de la réalisation de l'objet social. Sur cette question, V. H. SOULEAU, « La démission des dirigeants des sociétés commerciales », *RTD. com*. 1972, p. 21.spéc. n° 8.

1102 H. SOULEAU, *op. cit*., n° 13, 18 et 21.

1103 Art. 2007 C. civ. Il convient de relever que lorsqu'il s'agit d'une société n'ayant qu'un seul gérant (Société civile, SNC, SARL) ou un seul dirigeant (SAS), le dirigeant démissionnaire sera lui-même réceptionnaire de sa lettre de démission.

1104 M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit*., n° 576.

1105 H. SOULEAU, *op. cit*., n° 1.

1106 B. SAINTOURENS, note sous Cass. com., 22 février 2005, n° 03-12902 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, n° 194.

1107 Cass. com., 22 février 2005, n° 03-12902, *préc*.

contretemps. La Cour d'appel de Paris[1108] a ainsi jugé que le droit pour les mandataires sociaux de mettre fin unilatéralement à leurs fonctions est un corollaire de leur libre révocation par la société et que leur démission n'était fautive que dès lors qu'ils ne respectaient pas des délais raisonnables. Dans certains cas cependant, la démission peut s'apparenter à la révocation. Il en va ainsi lorsque par exemple le dirigeant est forcé de démissionner[1109] ou lorsqu'est utilisé le procédé de « la démission en blanc ».

346. – « Démission en blanc ». « La démission en blanc » est un procédé qui permet aux associés d'une société de mettre un terme au mandat d'un dirigeant sans avoir à le révoquer[1110]. Relativement courante en pratique, surtout dans les sociétés de taille moyenne, la démission en blanc consiste à faire signer au dirigeant, au moment où il accepte ses fonctions, une lettre de démission non datée. Cette lettre sera ensuite utilisée par les associés lorsqu'ils souhaiteront mettre fin aux fonctions du signataire de cette lettre en y ajoutant simplement la date[1111]. La jurisprudence manifeste une certaine hostilité à ce procédé. Elle juge, en effet, qu'il permet de contourner les exigences légales relatives à la révocation des dirigeants sociaux. Aussi, la requalifie-t-elle en révocation dans la mesure où le dirigeant la subit[1112]. Ceci permet de montrer qu'à la différence de la démission, la révocation est un acte extérieur à la volonté du dirigeant. A cet égard, il est observé que si la démission est le pendant de la révocation, ce qui permet de les distinguer est la personne par qui l'initiative est prise dès lors qu'elles aboutissent au même résultat : la cessation des fonctions du dirigeant[1113].

1108 Paris, 4ème ch. A, 12 mai 1993 : *RTD. com*. 1993, p. 536, note Y. REINHARD ; *JCP. E*. 1994, 331, n° 7 : « *Considérant […] que la libre révocation des administrateurs d'une société anonyme ou du gérant d'une SARL a pour corollaire le droit pour ses mandataires de sociaux de mettre fin unilatéralement à leurs fonctions à la condition que cette démission intervienne sans faute ; qu'en particulier lorsqu'un gérant ou un administrateur est en désaccord sur un point important de la gestion financière de la personne morale dont il est mandataire social, sa démission, fût-elle préjudiciable, n'est fautive dès lors que les délais raisonnables ont été respectés* ». C'est nous qui soulignons.

1109 V. récemment au sujet de *l'affaire Caisse d'Epargne* : « Groupe Caisse d'Epargne : Charles Milhaud et Nicolas Mérindol poussés vers la sortie », *Les Echos* – lundi 20 octobre 2008, p. 32.

1110 Sur la révocation, *infra*, n° 347.

1111 Y. GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5ème éd. L.G.D.J. 2002, Dir. J. GHESTIN, n° 276.

1112 Cass. com., 05 janvier 1973 : *D*. 1973, p. 581, note, J. GUYENOT ; *JCP*. 1973, 17407, note J. ROUSSEAU ; *Rev. sociétés* 1973, p. 495, J. HEMARD.

1113 Y. CHARTIER, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP. G*. 1978, *I, Doctr*. 2917, n° 254.

b) La révocation

347. – Le principe de la révocation des dirigeants sociaux. La révocation d'un dirigeant social est la cessation anticipée et involontaire de son mandant social[1114]. Cette révocation est largement reconnue par le législateur. En effet, si la loi du 7 mars 1925 relative aux sociétés à responsabilité limitée reconnaissait déjà aux associés la possibilité de révoquer leurs gérants[1115], c'est en revanche la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales qui l'a étendue en l'appliquant aussi bien aux gérants de sociétés commerciales de personnes[1116], aux administrateurs[1117], aux directeurs généraux[1118] et aux membres des directoires des sociétés anonymes[1119]. L'article 1851, al. 1 C. civ. dans sa rédaction issue de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 consacre le même principe pour les gérants de sociétés civiles[1120].

Toutefois, à l'exception des administrateurs, du directeur général, assumant par ailleurs les fonctions de président du conseil d'administration de sociétés anonymes de type classique, et des membres du conseil de surveillance de sociétés anonymes avec conseil de surveillance qui peuvent être révoqués à tout instant[1121], sans préavis, ni justification de motifs et sans indemnité, c'est-à-dire *ad nutum*[1122], la révocation du dirigeant par l'assemblée générale[1123] doit se fonder sur un « juste motif » sous peine de dommages et

---

1114 KIBALO ADOM, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 1998, p. 487 et s, n° 1.

1115 H. SOLUS, « Portée et effets de la révocation du gérant d'une société à responsabilité limitée », *JCP*. 1944, *I*, 437.

1116 Art. 18 de la Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, devenu L. 221-12 C. com.

1117 Art. 90, al. 2 de la Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, devenu L. 225-18 C. com.

1118 Art. L. 225-55 C. com. (dans sa rédaction issue de la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001).

1119 Art. 121 de la Loi n° 66-537 du 24 juillet 1966, devenu L. 225-61 C. com. et modifié par la Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001.

1120 Y. CHARTIER, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *op. cit.*

1121 L'article L. 225-18 C. com. prévoit en effet que « *les administrateurs peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire* » et l'article L. 225-55 C. com. précise que la révocation du directeur général « *décidée sans juste motif donne lieu à dommages-intérêts, sauf lorsque le directeur général assume les fonctions de président du conseil d'administration* ». L'article L. 255-75, al. 2 pour les SA avec conseil de surveillance dispose que « [les membres du conseil de surveillance] *peuvent être révoqués à tout moment par l'assemblée générale ordinaire* ». C'est nous qui soulignons.

1122 Cass. com., 21 juin 1988 : *Bull. Joly Sociétés* 1988, p. 687, n° 226 ; *JCP. E* 1989, *II*, 15415, n° 12, note obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSIN. – Paris, 13 octobre 2000 : *Bull. Joly* 2001, p. 176, n° 47 ; *Rev. Sociétés* 2001, p. 131, note Y. GUYON.

1123 La révocation intervient en assemblée générale (organe compétent) ordinaire selon les conditions de majorité prévue pour chaque type de société, sauf stipulation statutaire contraire. Cette révocation peut être valablement prononcée même si elle ne figurait pas dans l'ordre du jour : Cass. com., 4 mai 1993 : *Rev. sociétés* 1993, p. 800, note P. DIDIER.

intérêts pour la société[1124]. Par cette exigence de juste motif, le législateur a cherché à assurer le fonctionnement de la société appréhendée comme la structure juridique d'une activité économique[1125] ; quand bien même cette révocation peut également être prononcée par les tribunaux pour cause légitime à la demande de tout associé dans certaines formes sociales[1126].

Il convient néanmoins de préciser que la révocation du dirigeant social « *n'est pas subordonnée à un juste motif*, [puisque celle-ci peut intervenir à tout moment et pour tout motif] *mais qu'à défaut d'un motif valable, elle peut donner lieu à dommages et intérêts* »[1127]. Autrement dit, il ne résulte nullement du texte que l'organe qui révoque le dirigeant soit obligé de prouver la légitimité des griefs de la révocation ; mais simplement que l'éviction du dirigeant intervenue sans juste motif peut seulement donner lieu à indemnisation sous forme de dommages et intérêts. La Cour de cassation se prononce du reste dans ce sens[1128].

348. – Exigence du « juste motif ». Cependant, si le législateur a posé la condition d'un juste motif pour la révocation des dirigeants sociaux, le « juste motif » exclusif de dommages et intérêts n'a pas été défini en lui même[1129]. En cela, le législateur de 1966 n'a pas fait œuvre d'innovation par rapport à la Loi du 7 mars 1925 sur les SARL, puisque

---

1124 Art. 1851, al. 1 C. civ. Pour la société civile ; art. L. 221-12, al. 4 C. com. pour la SNC et la SCS sur renvoi de l'article L. 222-2 C. com. ; art. L. 223- 25 C. com. pour la SARL ; art. L. 225-55 et L. 225-61 pour la SA. Quant au gérant de SCA, l'article L. 226-2, al. 3 C. com. prévoit qu'il peut être révoqué dans les conditions prévues par les statuts et qu'il peut être révoqué par le Tribunal de commerce pour cause légitime à la demande de tout associé.

1125 J. ATTARD, « La révocation des dirigeants sociaux : de la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif ? », *JCP. G* 2000, *I*, n° 217, spéc. p. 573, n° 8.

1126 Il s'agit de la SARL (art. L. 223-25, al. 2 C. com. pour les gérant de SARL), de la Société civile (Art. 1851, al. 2 C. civ. pour le gérant de société civile) et de la SCA (art. L. 226-2, al. 4 C. com. pour le gérant de SCA). La cause légitime, souverainement appréciée par les juges du fond, renvoie à l'intérêt social. Ainsi, la Cour d'appel de Paris justifie la révocation judicaire d'un gérant de SARL exploitant une parapharmacie par le fait qu'il avait déménagé à 500 km du lieu d'exploitation, perdant par la même tout contact avec la clientèle ; cette situation ayant eu pour conséquence ses remplacements continus par des vendeuses de la parapharmacie. Sur les extensions jurisprudentielles de cette révocation judiciaire aux autres sociétés non visées par le législateur, v. B. SAINTOURENS, « La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle », *op. cit.* Une récente application met en exergue le pouvoir souverain des juges du fond dans l'appréciation de cette cause légitime : Versailles, 12ème sect. 1, 18 septembre 2007, n° 06/05248 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 105, note B. SAINTOURENS.

1127 CL. CHAMPAUD ET D. DANET, obs. sous Paris, 25ème ch. B, 8 novembre 1991, *RTD*. com. 1992, p. 395, n° 12.

1128 Cass. com., 22 novembre 1977 : *Rev. sociétés* 1978, p. 483, note Y. GUYON. Sous l'empire de loi du 7 mars 1925, outre l'allocation de dommages te intérêts, les juges décidaient parfois de la réintégration du dirigeant dans ses fonctions. V. H. SOLUS, *op. cit*., n° 21 à 24.

1129 R. BAILLOD, « Le juste motif de la révocation des dirigeants sociaux », *RTD. com*.1983, p. 396 & s.

celle-ci prévoyait la révocation des gérants de ce type de société pour « cause légitime » sans toutefois la définir[1130]. Le Vocabulaire juridique Cornu définit le « juste motif » comme la raison de nature à justifier la décision de révocation du dirigeant social[1131]. Partant de cette définition, il peut être avancé que le motif retenu par l'assemblée générale pour révoquer le dirigeant doit présenter une certaine gravité et reposer sur une certaine objectivité.

Cette approche du juste motif n'est pourtant pas suffisante à faire tarir les contestations relatives à l'existence d'un juste motif de la révocation des dirigeants sociaux. Celle-ci confronte, en effet, deux intérêts : d'une part, l'intérêt de la société qui révoque son dirigeant ; d'autre part, l'intérêt du dirigeant qui est révoqué. Le « juste motif » peut ainsi avoir un contenu variable en fonction des intérêts privilégiés[1132]. « *S'il s'agit de l'intérêt de la société, avec en arrière plan l'intérêt de l'entreprise, on admettra que le juste motif se rapporte à des circonstances extérieures à la personne et à l'activité du dirigeant ; si à l'inverse on privilégie l'idée de protection des droits du dirigeant, on inclinera à considérer que seuls les faits imputables à celui-ci peuvent constituer un juste motif de révocation*[1133]. » Le juste motif suppose donc l'existence d'une faute du dirigeant révoqué.

En revanche, saisir ce juste motif en l'absence de toute faute semble plus délicat. En effet, la faute du dirigeant révoqué suppose de sa part un manquement aux exigences de sa fonction par tout acte positif ou négatif. Les infractions aux dispositions législatives et réglementaires expressément prévues[1134] sont à cet égard représentatives des fautes commises par le dirigeant dans l'exercice de ses fonctions[1135]. En toute hypothèse, la faute reprochée au dirigeant doit être empreinte d'une certaine gravité et reposer sur des éléments pouvant être appréciés objectivement, eu égard à la sanction que constitue la révocation.

1130 L'article 24, al. 3 de cette loi prévoyait en effet que « *les gérants nommés par l'acte de société ou par un acte postérieur ne sont révocables que pour causes légitimes* ». L'ancien article 1856, al. 2. C. civ. posait la même condition.

1131 *Op. cit.,* p. 522, *v° « Juste ».*

1132 Y. CHARTIER, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *op. cit*., n° 247.

1133 R. BAILLOD, *op. cit*., n° 7.

1134 Par exemple celles des articles L. 223-22, al. 1 et L. 225-251 C. com.

1135 Cass. com., 13 novembre 1990 : *Bull. civ. IV*, n° 276. En l'espèce, la Cour retient la faute de gestion d'un gérant de SARL qui a financé, sur la trésorerie de la société, des travaux dans un local dont l'entreprise n'était pas propriétaire et pour un montant hors de proportion avec la situation financière de l'entreprise.

Cette gravité est souverainement appréciée par les juges du fond[1136]. Toutefois, même commises en une autre qualité, voire dans sa vie extra-professionnelle, les fautes commises par la personne dirigeante peuvent être retenues à titre de justes motifs de révocation dans la mesure où elles peuvent déteindre sur l'image de la société[1137].

349. – « Juste motif » au regard de l'intérêt social. Cette dernière considération conduit à se demander si la seule prise en compte de l'intérêt social n'est pas suffisante à légitimer une révocation sans versement de dommages et intérêts. Il en va ainsi tout particulièrement en période de conjoncture économique difficile exigeant une réorganisation ou changement d'activité de la société qui justifie une nouvelle politique sociale. Lorsque dans ce contexte survient une opposition entre les associés et le dirigeant, il est possible de révoquer ce dernier en considérant le seul intérêt social[1138]. Deux arguments peuvent être avancés pour asseoir cette idée.

Tout d'abord, le dirigeant social, bien que représentant légal de la société, est au sein de la structure sociétaire le représentant de la majorité des associés qui l'a choisi et qui peut, à ce même titre, le révoquer[1139]. Ensuite, c'est la majorité des associés ou actionnaires qui définit et qualifie l'intérêt social ; elle est par conséquent apte à apprécier la politique de la société au regard de cet intérêt[1140]. La notion de juste motif se définissant non seulement en fonction de l'activité ou du comportement du dirigeant mais aussi en fonction de l'intérêt social réel et certain[1141], l'aspiration des dirigeants à plus de stabilité ne saurait primer sur l'intérêt de la société. De ce point de vue, l'intérêt social se présente comme une limite aux comportements indélicats dans une société et fait office de « police de sociétés »[1142].

1136 B. SAINTOURENS, « La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle », *op. cit*., p. 671. Par exemple, Versailles, 12ème ch. sect.1, 18 septembre 2007, *préc*. Les juges retiennent en l'espèce que si la mésintelligence entre un gérant et les associés d'une société civile peut constituer une cause légitime de révocation du gérant, toute mésintelligence n'est pas constitutive de cette cause légitime de révocation.

1137 R. BAILLOD, *op. cit*., n° 12.

1138 M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 1053.

1139 J.-F. BARBIERI, « Révocation des dirigeants sociaux, pour la liberté statutaire », *Cah. dr. entr* 2001, n° 3, p. 5 & s, n° 3.

1140 KIBALO ADOM, *op. cit*., n° 2, p. 491.

1141 P. LE CANNU, note sous Paris, 20 novembre 1980, *Rev. sociétés* 1981, p. 583 & s (II).

1142 A. COURET, « L'intérêt social », *op. cit.,* n° 11.

350. – Garanties procédurales offertes au dirigeant menacé d'éviction. La prise en compte de cet intérêt social n'empêche cependant pas qu'un minimum de garanties procédurales soit reconnu au dirigeant visé par la révocation. Ces garanties passent de manière générale par l'information du dirigeant sur les motifs de sa révocation et une publicité interne de ces motifs[1143]. Elles supposent aussi que le dirigeant menacé de révocation ait été mis en demeure de présenter ses explications avant que la décision de révocation ne soit prise[1144].

Plus spécifiquement, le dirigeant menacé de révocation doit pouvoir bénéficier du principe du contradictoire, dans la mesure où cela permet d'apprécier l'opportunité de l'éviction en tenant compte de ses explications[1145]. Il ne s'agit d'ailleurs là que du respect d'un principe qui « *constitue, au sens plein, une donnée de droit naturel* »[1146] que reconnaît la jurisprudence[1147] et qui a été introduit au droit des sociétés d'abord en matière d'exclusion d'associés[1148], avant que ne soit qualifiée d'abusive une révocation décidée sans que la dirigeant ait pu présenter ses observations[1149]. Ceci suppose concrètement que le dirigeant menacé de révocation ait connaissance du motif ou des faits qui lui sont reprochés avant la tenue de l'assemblée générale devant statuer sur sa révocation, sous réserve toutefois de la théorie des incidents de séances[1150].

351. – Validité des clauses statutaires privatives de dommages et intérêts. La révocation du dirigeant social soulève une autre question relative à la validité de certaines

---

1143 KIBALO ADOM, *op. cit*., n° 5, p. 495.

1144 Versailles, 17 mars 2005 : Bull. Joly Sociétés 2005, p. 1264, note P. LE CANNU.

1145 KIBALO ADOM, *op. cit*., n° 6, p. 496.

1146 H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droit de la défense en procédure civile », *in Mélanges P. Roubier*, 1961, T. 2, p. 175 et s.

1147 Cass. civ., 7 mai 1828 : *S.* 1828. 1. 93 : « […] *la défense étant un droit naturel, personne ne doit être condamné sans avoir été appelé ou mise en demeure de se défendre* ».

1148 Cass. 1ère civ., 21 juin 1967 : *Bull. civ. I*, n° 232, p. 172.

1149 Cass. com. 26 avril 1994 : *Bull. Joly Sociétés* 1994, § 221, p. 831, note P. LE CANNU ; *Rev. sociétés* 1994, p. 725, note D. COHEN ; *JCP. E* 1995, *II*, n°22369, note D. GIBIRILIA. – Est aussi qualifiée d'abusive la révocation qui intervient brutalement sans respect du principe du contradictoire dans des conditions qui portent atteinte à la réputation et à l'honneur du dirigeant révoqué. En ce sens, Cass. com., 3 janvier 1996 : *JCP. E* 1996, *II, Panorama*. 146 ; *Bull. Joly Sociétés* 1996, § 133, p. 388, note B. SAINTOURENS *; JCP. G*. 1996, II, 22658, note D. GIBIRILA ; *D*. 1996, *I.R*, 43 ; *Dr. Sociétés*, avril 1996, n° 83, note TH. BONNEAU.

1150 En principe, l'assemblée ne peut délibérer que sur une question inscrite à l'ordre du jour. Cependant, la théorie des incidents de séance permet d'aborder la question de la révocation du dirigeant quand bien même elle ne serait pas inscrite à l'ordre du jour, dès lors qu'une révélation imprévue est faite et qu'elle fait apparaître l'urgence d'un traitement en assemblée. Dans ce cas précis, il va de soi que le dirigeant menacé de révocation ne peut être informé avant du motif de sa révocation imminente. V. M. COZIAN, A. VIANDIER, F. DEBOISSY, *op. cit*., n° 675.

clauses statutaires privant le dirigeant révoqué sans juste motif de toute indemnité. Cette question s'infère de la lettre de la loi qui prévoit : « *Si la révocation est décidée sans juste motif, elle peut donner lieu à dommages et intérêts* ». Les réponses apportées à cette question divergent en doctrine. Certains auteurs, partant du caractère impératif de l'exigence de juste motif à la révocation, écartent cette possibilité ; d'autres avancent que le terme « peut » ne doit pas s'analyser en une faculté de déroger, mais traduit plutôt une possibilité dans une solution alternative[1151] ; d'autres auteurs encore admettent la possibilité d'insérer une telle clause dans les statuts[1152]. C'est dans ce dernier sens que s'est prononcée la Cour de cassation en 1999[1153].

Par cet arrêt, la Cour de cassation admet la validité des clauses statutaires privant le dirigeant révoqué de toute indemnité, même en cas de révocation sans juste motif. La solution rendue au sujet d'une société civile est parfaitement transposable aux autres sociétés en raison, d'une part, de l'identité des termes de l'article 1851 C. civ. avec les dispositions analogues prévues pour les autres sociétés[1154] et, d'autre part, de « *l'unité fonctionnelle profonde de la révocation, quel que soit le groupement en cause* »[1155]. Ne faut-il d'ailleurs pas penser avec Madame R. BAILLOD[1156] que la logique impose que l'on adopte une interprétation unique, valable pour toutes les hypothèses de révocation sans juste motif ? Cette logique, semble-t-il, commande la perte de la qualité d'associé, lequel peut s'engager comme caution des engagements de la société.

1151 D. MIELLET, « Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux protégés », *JCP. E* 1999, *Prat*., p. 1278.

1152 Sur cette question, R. BAILLOD, *op. cit*., n° 33 et 34 ; Y. CHARTIER, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », n° 248.

1153 Cass. 3ème civ., 6 janvier 1999 : *Bull. civ. III*, n° 6 ; *Bull. Joly Sociétés* 1999, § 105, p. 498, note A. COURET ; *JCP.E* 1999, p. 669, n° 10, obs. A. VIANDIER et J.-. J. CAUSSAIN ; *D. Aff.* 1999, n° 148, p. 263, note V. AVENA ROBARDET ; *Rev. sociétés* 1999, p. 380, note B. SAINTOURENS ; *RTD. com*., 1999, p. 451, obs. M.-H. MONSERIE-BON. En l'espèce, une SCI avait été constituée en vue de l'édification d'une suite d'immeubles. Elle avait pour associés deux sociétés dont l'une était associée majoritaire. Les deux associés étaient par ailleurs cogérantes. Une décision de l'assemblée générale des associés a révoqué une de ces sociétés (la minoritaire) de ses fonctions de gérant et a, en outre, décidé qu'elle n'avait droit à aucune indemnité conformément à une disposition statutaire. La gérante révoquée a alors saisi les tribunaux aux fins d'obtenir la nullité de cette délibération de l'assemblée générale et la condamnation de la SCI à lui verser des dommages et intérêts pour révocation abusive. Les juges du fond accèdent à cette demande, estimant que l'article 1851 C. civ. n'autorise qu'une différence statutaire de majorité et que le gérant est toujours librement révocable, seul lui étant ouverte, en cas d'absence de juste motif, une action en dommages et intérêts. Suite au pourvoi introduit par la SCI, l'arrêt des juges d'appel est cassé, la Cour de cassation reconnaissant que la possibilité statutaire de dérogation ne se limite pas à la seule différence de majorité.

1154 M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 1053, *in fine*.

1155 J.-F. BARBIERI, « Révocation des dirigeants sociaux, pour la liberté statutaire », *op.cit*., n° 3.

1156 *Op. cit*., n° 34.

2. – La perte de la qualité d'associé

352. – Subdivision. Dans une analyse purement contractualiste de la société, l'entrée dans une société est un acte de volonté : l'associé s'engage dans le pacte social parce qu'il souhaite réaliser des profits ou faire des économies à partir de l'activité sociale – et le cas échéant contribuer aux pertes. En partant de cette même volonté, il peut tout autant décider de sortir de la société. Ceci peut du reste s'inférer de l'article 1780 C. civ. qui interdit les engagements perpétuels. Cette faculté de se soustraire de la société n'est pas ignorée par le législateur qui, d'une part, reconnaît à l'associé le droit de se retirer de la société en exerçant son droit de retrait ou en cédant ses titres sociaux ; la perte de la qualité d'associé sera ici volontaire (***a***). D'autre part, il donne aux associés la possibilité d'exclure un ou plusieurs membres de la structure lorsque par exemple la survie de la structure en dépend ; la perte de la qualité d'associé sera ici involontaire (***b***).

a) La perte volontaire de la qualité d'associé : l'exercice du droit de retrait et la cession des droits sociaux

353. – Approche conceptuelle du droit de retrait et de la cession des droits sociaux. Tout associé d'une société, quelle qu'elle soit, peut perdre volontairement sa qualité d'associé de deux manières : soit il exerce son droit de retrait de la société, soit il cède ses droit sociaux[1157]. Le retrait d'un associé est la manifestation de volonté par laquelle il sort de la société, cesse d'en faire partie et abandonne sa qualité d'associé[1158]. Le retrait est, en d'autres termes, la faculté reconnue à chaque associé de quitter la société, en obtenant que celle-ci ou ses coassociés lui remboursent la valeur de ses droits sociaux[1159]. Le retrait provoque par conséquent la rupture de la qualité d'associé vis-à-vis de la société[1160]. La cession des droits sociaux est, quant à elle, la vente par un associé de ses parts (ou actions) représentant une fraction du capital de la société.

1157 Par doits sociaux, on désigne ici les droits découlant de la détention de titres représentant une fraction du capital social, qu'il s'agisse de parts sociales, d'actions ou d'obligations.

1158 J.-J. DAIGRE, « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. Sociétés* 1999, p. 535.

1159 Y. GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit*., n° 119.

1160 E. GEORGES, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, Université de Poitiers, L.G.D.J. 2005, préf. J.-J. DAIGRE, n° 7.

Conceptuellement différentes, ces deux facettes de la perte volontaire de la qualité d'associé ne sont pas moins liées. En effet, la qualité d'associé est reconnue à toute personne qui fait un apport à la société[1161]. Cet apport représente une fraction du capital de cette société. En exerçant son droit de retrait, le retrayant souhaite perdre sa qualité d'associé, c'est-à-dire se débarrasser de ses parts sociales. Or, tout comme le retrait, la cession des droits sociaux aboutit fatalement à la perte par le cédant de sa qualité d'associé[1162]. Il convient toutefois de relever que le droit de retrait se distingue de la cession des titres en ce qu'il opère une réduction en capital par reprise des apports sur la seule initiative de l'associé retrayant, alors que la cession réalise la simple conciliation des intérêts antagonistes du cédant et du cessionnaire. En effet : « *Là où la cession aboutit à une simple substitution de personnes dans la qualité intacte d'associé, le retrait provoque la rupture même de cette qualité vis-à-vis de la société*[1163]. »

354. – Effectivité du droit de retrait. Le droit de retrait constitue pour l'associé retrayant la manifestation de sa liberté. Cette liberté est exprimée par l'article L. 231-6, al. 1 C. com. relatif à la société à capital variable qui prévoit que « *chaque associé peut se retirer de la société lorsqu'il le juge convenable* […] ». Ceci n'est pas étonnant dans la mesure où l'existence de la société à capital variable semble reposer sur la possibilité reconnue aux associés de sortir à tout instant de la société. La société à capital variable est, en effet, une société dont le capital varie constamment, pouvant augmenter ou diminuer à tout moment, soit en raison de la hausse de la participation de certains associés, soit en raison de l'augmentation de leur nombre, soit encore de l'exclusion d'un ou de plusieurs associés[1164]. De façon moins libérale, l'article 1869, alinéa 1 du Code civil prévoit la même règle au bénéfice des associés d'une société civile[1165].

1161 Bien que la qualité d'associé soit reconnue à l'apporteur en industrie, cet apport ne donne pas droit à l'attribution de parts sociales, puisque l'apporteur en industrie n'est pas pris en compte dans la détermination du capital social. L'apporteur en industrie a néanmoins droits aux bénéfices à concurrence du plus petit apporteur en numéraire ou en nature, à charge de contribuer aux pertes. C. civ., art. 1343-2, al. 2.

1162 L'hypothèse visée ici est celle d'une cession totale des droits sociaux.

1163 E. GEORGES, *Thèse préc., p*. 25, n° 7.

1164 PH. MERLE, *op. cit*., n° 9.

1165 « *Sans préjudice des droits des tiers, un associé peut se retirer totalement ou partiellement de la société, dans les conditions prévues par les statuts ou, à défaut, après autorisation donnée par une décision unanime des autres associés* […] ».

Ce dispositif légal existe également pour les sociétés par actions admises à la cote[1166] aussi désignées sociétés cotées[1167] à travers la procédure de « l'offre de retrait » prévue par l'article L. 433-4 du Code monétaire et financier. Ce retrait peut avoir lieu soit lorsqu' une même personne ou par un groupe de personnes agissant de concert détient 95% des droits de vote d'une société cotée, soit lorsque la société se transforme en commandite par actions, soit encore lorsque la société se trouve modifiée juridiquement ou économiquement[1168]. Toutefois, le droit de retrait peut être étendu aux autres types de sociétés par voie statutaire. En effet, la possibilité d'introduire statutairement des clauses permettant à un associé de se retirer volontairement du pacte social procède du principe de la liberté de compléter le statut légal qui ne peut tout prévoir[1169]. Cette possibilité de compléter le régime légal se retrouve aussi dans la cession des droits sociaux.

355. – Effectivité de la cession des droits sociaux. La cession de droits sociaux se retrouve dans toutes les formes de sociétés, avec, il est vrai, de légères variantes tenant pour l'essentiel aux cessionnaires potentiels de ces droits ou aux conditions de majorité requises pour la cession[1170]. Ainsi, si l'article 1843-4 C. civ. reconnaît la possibilité pour un associé de société civile de céder ses droits, l'article 1861, al. 1 et 2 du même Code énonce que cette cession ne peut se faire qu'avec l'accord unanime de tous les associés, à moins que les statuts n'aient déterminé d'autres conditions de majorité.

Un autre procédé dit de « la cession en blanc » permet aux associés de céder leurs droits sociaux. « La cession en blanc » de titres est un procédé par lequel un tiers, désigné comme dirigeant social et acquérant par ce fait la qualité d'actionnaire, est obligé, lors de l'acquisition de ces titres, de signer une promesse de rétrocéder ceux-ci[1171]. L'utilité technique de ce procédé est de permettre aux actionnaires de retrouver leurs actions lorsque

---

1166 Ce sont des sociétés dont les titres sont admis en négociations sur un marché réglementé d'instruments financiers ou qui émettent ou cèdent ces instruments dans le public en ayant recours à des établissements de crédit ou à la publicité. M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 985.

1167 Le retrait volontaire n'existe dans la SA de type fermé qu'en tant que corollaire de la libre négociabilité des titres. Cette négociabilité constitue le critérium de l'action ; elle est au fond liée à la forme du titre qui matérialise le droit et constitue le caractère commun à toutes les valeurs mobilières. *Cf.* : G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN avec le concours de V. MAGNIER, *op. cit*., n° 1525.

1168 E. GEORGES, *Thèse préc.,* p. 67 & s.

1169 Y. GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.,* n° 88.

1170 Pour des associés cautions des engagements de la société et qui cèdent leurs titres, v. Cass. com., 1er avril 1997 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, § 245, p. 641 ; *Defrénois* 19976, *Art.* 36703, p. 1437, note A. BENABENT.

1171 Y. GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.,* n° 249.

l'intéressé cessera ses fonctions. Au regard du droit des obligations, le procédé de la cession en blanc s'analyse en une promesse de vente, ce qui suppose que le nombre de titres et leur prix soient déterminés ou déterminables lors de la signature de la promesse de cession. Par rapport au droit des sociétés, si le procédé peut susciter d'importantes réserves[1172], il ne contrevient toutefois pas à l'*intuitus personae* caractéristique de certaines sociétés dans la mesure où le cessionnaire devra être agréé par les autres associés.

356. – Contrôle de la cession des droits sociaux. Plus généralement, la cession les droits sociaux reste contrôlée, aussi bien dans les sociétés commerciale de personnes[1173] que dans la SARL[1174]. Ce contrôle s'explique non seulement par l'*intuitus personae* caractéristique de ces sociétés, mais aussi par l'interdiction posée par l'article 1846, al. 2 du Code civil d'augmenter les engagements d'un associé sans son consentement. En effet, lorsqu'un associé se retire de la société ou qu'il décide de céder ses droits sociaux, ses droits lui sont rachetés par la société. En rachetant ces droits, les engagements des autres associés se trouvent augmentés. C'est pourquoi il est nécessaire qu'ils consentent préalablement au retrait ou à la cession, ce qui se traduit mécaniquement par une augmentation des engagements des autres associés.

Ce contrôle reste exceptionnel lorsque la cession porte sur des titres des sociétés anonymes, puisque les titres de sociétés anonymes restent soumis au principe de libre cessibilité et négociabilité[1175]. Ainsi, la cession sera parfois conditionnée par l'insertion dans les statuts d'une clause d'agrément lorsqu'il s'agira de titres ou valeurs donnant droit à l'attribution de titre de capital[1176].

L'entrée dans le pacte social n'est donc pas synonyme d'enfermement et tout associé d'une société, potentiellement caution des engagements de celle-ci, peut en sortir en exerçant son droit de retrait ou en cédant ses parts sociales, et ce, bien que se trouvant au

---

1172 Sur ces réverses, Y. GUYON, *Traité des contrats – Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés*, *op. cit.,* n° 249 et s.

1173 Art. L. 221-13 C. com. pour la SNC ; art. L. 222-8 C. com. pour la SCS.

1174 Art. L. 223-13, al. 1 et 2 C. com. ; art. L. 223-14 C. com.

1175 M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 722.

1176 Art. L. 228-23 à L. 228-26 C. com. A relever aussi la compétence exclusive de l'assemblée générale extraordinaire des actionnaires pour décider du rachat des actions de préférence prévue à l'article L. 228-12 C. com. V. H. LENABASQUE, « Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires », *RJDA* 3/1995, p. 200.

cœur d'une interaction entre la société à laquelle il appartient et les autres associés[1177]. C'est sans doute la prise en compte de cette interaction qui explique que l'associé perde parfois son statut contre sa volonté.

b) La perte involontaire de la qualité d'associé

357. – Intérêts. La perte involontaire par un associé de ce statut résulte généralement d'un rapport de force entre ce dernier et les autres associés ou d'une situation rendant difficile son maintien dans la société. Cette perte involontaire ou forcée du statut d'associé se traduit soit par une mesure d'exclusion de l'associé, soit par une cession forcée de ses titres sociaux. De ce point de vue, la perte involontaire de la qualité d'associé se présente théoriquement comme une modalité exceptionnelle de la perte du statut d'associé, puisqu'elle apparaît comme un remède ou une sanction de la modification d'un élément essentiel de la personne de l'associé ou d'un agissement non-conforme à l'intérêt social[1178]. Dans ce sens, elle assure l'efficience de l'organisation interne et de la gestion de l'entreprise et permet de réaménager, dans la continuité de la société, les structures sociales du pouvoir[1179].

358. – Modalités. Le législateur a très largement reconnu la possibilité de faire perdre à un associé ce statut, que ce soit par voie d'exclusion ou par cession forcée de ses droits sociaux[1180]. Cependant, quelle que soit la forme sociale considérée, la perte involontaire par un associé de son statut est soumise au respect du critère formel que constitue la stipulation statutaire préalable de cette possibilité[1181]. L'insertion de ces clauses dans le pacte social vise à fluidifier le fonctionnement de la société en évitant le recours à des solutions irréversibles telle que la dissolution, en cas de dysfonctionnement de la société[1182].

1177 Par exemple : Cass. com., 29 janvier 2002 : *Bull. civ. IV*, n° 21.

1178 J.-J. DAIGRE, « La perte de la qualité d'actionnaire », *op. cit*., p. 535.

1179 E. GEORGES, *Thèse préc*., n° 26.

1180 Art. 1869 C. civ.; Art. L. 231-6 C. com. pour la société à capital variable ; art. L. 227-16 et 227-17 C. com. pour la SAS ; Art. L. 251-9. pour le GIE ; Art. L. 225-149-5-I. C. com.

1181 Cass. com., 13 décembre 1994 : *Bull. Joly Sociétés* 1995, p. 152, note P. LE CANNU ; *JCP. E* 1995, *II*, n° 705, note PACLOT ; *Rev. sociétés* 1995, p. 298, note RANDOUX ; H. LENABASQUE, « Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires », *op. cit*.

1182 E. GEORGES, *Thèse préc*., n° 119, p. 82.

Pourtant, bien que la sortie d'une société soit organisée par le législateur et que les clauses statutaires d'exclusion soient validées par la jurisprudence et leur introduction en cours de vie sociale reconnue, pour peu que les statuts aient été régulièrement modifiés, les juristes ne manquent pas d'ingéniosité et différentes clauses peuvent ainsi être répertoriées : clause de sortie conjointe, clause de sortie proportionnelle, clause de sortie paritaire, clause d'offre alternative, clause d'extinction ou de rachat forcé, clause d'impasse ; la liste n'est pas exhaustive[1183]. Ces clauses, généralement insérées dans des pactes extra-statutaires, conduisent à s'interroger sur leur efficacité au regard du pacte social fondateur. La jurisprudence retient ainsi que ces clauses sont inopposables à la société et juge qu'aucune convention extra-statutaire ne peut se substituer aux statuts pour retirer à l'un des signataires sa qualité d'associé[1184].

Or, la finalité de ces clauses est d'organiser les relations entre associés dans un cadre moins rigide et moins confidentiel que celui des statuts. Elles sont en outre l'expression d'une manifestation de volonté plus récente des associés ou de certains d'entre eux et visent à compléter le contrat de société[1185]. Elles prolongent ce faisant le droit des sociétés en permettant aux actionnaires d'atteindre leurs objectifs initiaux, aussi bien en matière d'organisation du pouvoir que de l'entrée et de la sortie de la société[1186].

359. – En définitive, qu'il s'agisse du dirigeant social, caution des engagements de sa société, ou de l'associé, caution de ces mêmes engagements – le dirigeant étant aussi bien souvent associé –, la perte de ce statut entraîne inéluctablement la rupture des liens avec la société. En effet, même si l'associé garde son droit sur les réserves de la société[1187], la perte de ce statut marque incontestablement la cessation de tout lien avec la société. L'associé qui perd ce statut, quelle que soit la manière, a droit non seulement au rachat de ses droits par la société mais aussi au remboursement de ses apports, éventuellement diminués des pertes s'il en existe. Or, si la qualité d'associé résulte originairement des apports faits au capital de la société et, plus précisément de leur simple souscription, le remboursement de ces apports scelle incontestablement la cessation de toute relation entre

---

1183 X. VAMPARYS, «Validité et efficacité des clauses d'entrainement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *Bull. Joly Sociétés*, juillet 2005, § 188, p. 821.

1184 Cass. com., 8 février 1982 : *Bull. Joly Sociétés* 1982, p. 970.

1185 F. PASQUALINI, « La validité des pactes d'actionnaires », *in Mélanges PH. MALAURIE*, éd. Defrénois 2005, p. 353 et s.

1186 X. VAMPARYS, *op. cit.*, n° 1.

1187 Cass. civ., 27 juillet 1936 : *JCP*. 1937, *II,* 46.

la société et l'associé retrayant ou exclu[1188]. Par le remboursement des apports fait à l'associé retrayant s'estompe toute relation entre l'associé caution et la société garantie. C'est également cette cessation de relations entre deux époux qu'entraîne la disparition du lien conjugal.

B. – LA DISPARITION DU LIEN CONJUGAL DANS LE CAS DU CONJOINT CAUTION

360. – Contexte de l'engagement du conjoint. Cadre légal. L'engagement du conjoint comme sûreté d'exécution des engagements d'une société dirigée par son époux ou dont il est associé, procède de la solidarité inhérente à la vie conjugale que symbolise le mariage[1189]. En ce sens, cet engagement est la parfaite traduction de la conjonction des capacités économiques et financières que constitue la vie conjugale. Si ce lien conjugal s'enfante dans le bonheur par un engagement mutuel et volontaire de vivre ensemble jusqu'à la mort[1190], il arrive bien souvent qu'il vienne à disparaître, non sans douleur. Le divorce marque ainsi juridiquement la dissolution de ce lien conjugal[1191]. Le législateur y a attaché d'importantes conséquences à compter du jour où la décision qui le prononce acquiert force de chose jugée[1192].

Ces conséquences sont d'abord personnelles pour les époux. Ainsi en va-t-il de la perte de l'usage du nom de son conjoint. Elles sont ensuite patrimoniales. Ainsi, la dissolution du mariage entraîne la dissolution de la communauté conjugale et plus

---

1188 Par deux arrêts (Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15045 et n° 07-14965 : *Bull. Joly Sociétés*, décembre 2008, § 206 et 207, p. 965 & s., note F.-X. LUCAS) la Cour de cassation a retenu, s'agissant de sociétés civiles, que c'est au jour du remboursement de la valeur de ses parts à l'associé retrayant que le retrait de la société devient effectif. L'annotateur de ces arrêts, très critique, souligne que « *le seul critère qui devrait prévaloir* [dans la détermination de la date de la perte de la qualité d'associé] *est celui de la perte de la propriété des parts sociales* ». A ce point de vue auquel il convient se rallier, il peut être ajouté que le remboursement de la valeur des parts marque simplement le terme du processus du retrait de la société, comme l'exécution d'obligations d'un contrat antérieurement conclu.

1189 La diversité des cas de liens conjugaux ou quasi-conjugaux est toutefois à relever. A côté du mariage, le concubinage ou union libre et le pacte civil de solidarité (pacs) existent.

1190 J. CARBONNIER, *Droit civil, Volume 1, op. cit*., n° 522, p. 1140.

1191 Le Doyen CARBONNIER regroupe sous le vocable « *démariage* » toutes les voies qui permettent de sortir du lien conjugal. Ainsi, à côté du divorce, il relève la séparation de fait, la séparation de corps et l'annulation du mariage. *In, Droit civil, Volume 1, op. cit*., n° 571, p. 1275.

1192 Art. 260 à 262 C. civ.

généralement celle du régime matrimonial[1193]. Cette dissolution du lien conjugal entraîne aussi l'extinction de la vocation successorale respective des époux[1194] et, dans certaines conditions, la révocation des donations faites entre époux[1195].

361. – Imbrication des statuts. Toutes ces conséquences sont assez graves. Elles traduisent l'idée que, plus qu'un simple changement de statut, le divorce marque d'une certaine manière la fin d'une vie. Ceci est d'autant plus vrai que les relations sont en pratique parfois imbriquées. En effet, outre le statut de conjoint du dirigeant social ou de l'un des associés de la société, le conjoint caution se trouve souvent être lui-même associé de la société dont son cautionnement garantit l'exécution des engagements[1196]. Quelquefois aussi, ce lien conjugal sera plus indirect, la caution pouvant être le gendre de l'associé majoritaire en plus de son statut d'associé[1197].

Partant, cette suite de relations se désenchaîne souvent de manière successive, car la perte d'un statut ne reste pas sans incidence sur l'autre et réciproquement. Ces différents changements, parfois involontaires, impliquent la cessation et la disparition de tout intérêt commun entre la caution et la société ou entre les anciens conjoints. « *A l'amour, succède parfois le désamour* », peut-il être résumé. Il n'est donc pas surprenant qu'à la suite de la disparition du lien conjugal l'époux engagé comme caution des dettes d'une société dirigée par son conjoint ou dont celui-ci est associé s'estime libérée de son engagement. Cela est tout aussi vrai pour le dirigeant, social caution des engagements de la société, révoqué ou démissionnaire ou pour l'associé retrayant ou ayant cédé ses titres sociaux alors qu'il s'était engagé comme caution au profit de la société. En somme, les cautions analysent ces changements de statuts comme entraînant *de facto* la libération de leur engagement. Telle n'est toutefois pas l'orientation de la jurisprudence qui opte pour son maintien.

1193 Art. 1441 C. civ.
1194 Art. 732 C. civ.
1195 Art. 1096 C. civ.
1196 Cass. com., 06 février 2007, n° 04-15362, *préc*.
1197 Paris, 20 novembre 1980, *préc*.

§ 2. – LE MAINTIEN DE LA DOUBLE OBLIGATION DE COUVERTURE ET DE REGLEMENT

362. – Division. Lorsque la caution perd son statut initial, se pose la question de savoir si cette situation nouvelle affecte la garantie. La jurisprudence répond très classiquement que cette situation est sans incidence sur l'engagement de caution (**A**). Elle précise toutefois que cette modification ne peut être prise en compte que si elle a été introduite dans le champ contractuel (**B**).

A. – L'EXPOSE ET LA JUSTIFICATION DE LA SOLUTION JURISPRUDENTIELLE

363. – La perte du statut initial n'affecte pas l'engagement de caution. Lorsque la situation de la caution se trouve modifiée par la perte de son statut initial, la jurisprudence ne prend pas en compte cette modification ; elle maintient pleinement l'engagement de caution à travers ses deux obligations de couverture et de règlement[1198], quelle que soit par ailleurs la date de naissance de l'obligation de règlement de la caution. Il est ainsi de bon ton de rappeler que « *la cessation des fonctions* [de dirigeant] *d'une société cautionnée n'emporte pas, à elle seule, la libération de la caution* »[1199]. Et, quand bien même la dette serait née bien après sa cessation des fonctions[1200], « *l'engagement de caution pris par le dirigeant social dans l'intérêt de la société demeure quels que soient les motifs ayant déterminé sa naissance et s'ajoute à celui de* [la] *société,* [et si le dirigeant] *voulait que le motif de son engagement soit introduit dans le champ contractuel et devienne ainsi une cause ou une condition du cautionnement par lui fourni, il lui appartenait de l'indiquer expressément dans cet engagement* […] »[1201].

1198 Ainsi qu'il a été précisé, tout cautionnement comporte les deux obligations de couverture et de règlement ; seule diffère leur date de naissance. Dans le cautionnement de dettes déjà nées, les deux obligations naissent instantanément, alors que dans le cautionnement de dettes futures et indéterminées la naissance de ces deux obligations est différée. *Supra*, n° 122 à 124.

1199 G. BARANGER, note sous Cass. com., 28 mai 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, § 227, p.1043.

1200 *Ibid.*

1201 Cass. com., 17 juillet 1978 : *Bull. civ. IV*, n° 200.

Cette position revient pour le dirigeant caution à garantir les dettes nées de la gestion de son successeur lors même que son engagement ne vise que les obligations liées à sa gérance[1202]. La jurisprudence écarte donc le statut initial de la caution comme « *motif déterminant* » de son engagement[1203]. Au demeurant, cette jurisprudence est à rapprocher de celle qui refuse d'admettre la novation de l'obligation commerciale de la caution en une obligation civile par suite de la perte de son statut initial. Un ancien arrêt de la Cour d'appel de Paris l'atteste[1204].

364. – C'est particulièrement au sujet des cautionnements illimités dans le temps ou dont le montant garanti ne peut être connu lors de la conclusion du contrat que les juges maintiennent l'engagement de caution en dépit de la modification du statut initial de la caution. Ainsi, dans un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation rendu le 6 décembre 1988[1205], il est reproché aux juges du fond d'avoir jugé que la caution, gérant d'une SARL lors de son engagement, ne devait pas payer à la banque créancière le solde d'un compte courant ouvert par son successeur. C'est dire que pour les juges suprêmes, la perte du statut de dirigeant social ne peut mettre fin à l'obligation de couverture, moins encore à l'obligation de règlement.

365. – Extension de la solution. La Cour de cassation semble si attachée au maintien du cautionnement en cas de cessation des fonctions du dirigeant qu'elle juge que la banque n'a pas à avertir le dirigeant qui a cessé ses fonctions de l'octroi d'un nouveau crédit à la

---

1202 PH. SIMLER, « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », *JCP.N.* 1986, I, p.169, spéc. n° 35, note 41.

1203 Cass. com., 29 janvier 2002 : *Bull. civ. IV*, n° 21 ; *Juris-Data* n° 2002-01786 ; *JCP.G* 2002, IV, 1438 ; *D.* 2002, *Jurispr*., p. 716, obs. A. LIENHARD ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, § 152, p. 677, note L. GODON. – Cass. com., 28 mai 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, *préc* ; *Dr. Sociétés* 2002, n° 207, obs. TH. BONNEAU – Cass. com., 3 et 6 décembre 1988 : *D*. 1989, *Juripr*., p. 185, note L. AYNES ; *RTD. civ*. 1989, p. 360, n° 3, obs. M. BANDRAC ; *Rev. Sociétés* 1989, p. 221, note PH. DELEBECQUE. – Cass. com. 15 octobre 1991 : *RTD. com*. 1993, p.327, obs. CHAMPAUD et DANET ; *JCP. G* 1992, *II*, 21923, obs. PH. SIMLER.

1204 Paris, 6 décembre 1968, *Journ. agréés*. 1969, p. 230, note M. CARTERON. En l'espèce, deux associées gérants d'une SARL s'étaient engagées comme cautions solidaires du compte courant de leur société auprès de l'établissement gérant le compte, sans limitation de montant ni de durée. Peu de temps après, une des associées s'est retirée de la société, perdant par la même sa qualité d'associée. Quelques années plus tard, la société est mise en liquidation judicaire ; le compte courant présentant un solde débiteur, les deux cautions sont actionnées par la banque créancière. L'ex-associée-gérante invoqua la novation de son engagement (commercial) en une obligation civile, suite à son retrait et l'absence de confirmation de cet engagement après son retrait pour s'opposer à l'action de la banque. Ces arguments sont repoussés par la Cour d'appel qui rejette l'existence d'un accord tacite de volonté entrainant la libération de la caution en raison de la perte de son statut, tout comme elle rejette la novation de caractère de l'obligation de la caution en l'absence de nouvel accord.

1205 *Préc.*

société débitrice principale, dès lors que le cautionnement n'était pas limité dans le temps[1206]. Pour la Cour de cassation, en effet, la cessation des fonctions du dirigeant n'influence l'obligation de couverture que dès l'instant où la caution a révoqué son engagement, lors même qu'elle aurait cessé ses fonctions bien avant et qu'en plus de cette cessation des fonctions de dirigeant, elle aurait cédé ses parts sociales sans aucune contrepartie financière de surcroît[1207].

Cette jurisprudence concernant pour l'essentiel la perte par le dirigeant caution de son statut est transposée aux autres situations modifiant le statut initial de la caution. La Cour de cassation juge ainsi que la disparition du lien conjugal est sans incidence sur le cautionnement donné par le conjoint[1208]. La même solution est retenue pour l'associé qui perd ce statut[1209].

366. – Recherche d'une explication de la démarche de la jurisprudence. Faut-il y voir un rapprochement d'avec l'obligation pour tout associé qui cesse de faire partie d'une société commerciale, volontairement ou non, de rester engagé envers les autres associés et les tiers de toutes les obligations existantes au moment de son retrait[1210] ? Le doute est permis. En effet, si par cette disposition le Code de commerce pose une obligation légale post-retrait de continuation de la contribution aux pertes pour l'associé retrayant, c'est uniquement au regard du capital social qui constitue le gage général des créanciers. C'est pourquoi, à l'égard des autres associés, cette obligation s'analyse en une exécution par l'associé retrayant de son obligation initiale de libérer la totalité des apports par lui souscrits[1211].

367. – Faut-il y voir, pour ce qui concerne le conjoint, une application de la règle du maintien des donations et avantages matrimoniaux entre époux[1212] ? Certainement pas. Le

---

1206 Cass. com., 8 janvier 2008 n° 05-13.735 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, n° 3, p. 182, note J.-F. BARBIERI ; *RJC* 2008, n° 3, p. 204, note F. MACORIG-VENIER.

1207 *Ibid*.

1208 S. BECQUE-ICKOWICZ, « Couple et cautionnement », *in Dr. & Patr*., n° 172, juillet-août 2008, p. 60 et s., note n° 6.

1209 Par exemple : Cass. com. 8 janvier 2008, *préc*.

1210 Art. L. 231-6, al. 3. C. com. : « *L'associé qui cessera de faire partie de la société, soit par l'effet de sa volonté, soit par suite de décision de l'assemblée générale, restera tenu, pendant cinq ans, envers les associés et les tiers, de toutes les obligations existant au moment de sa retraite* ».

1211 Req., 27 mai 1921, *S*. 1921, 1, p. 357.

1212 Art. 265, al. 1. C. civ.

maintien de l'engagement de l'ex-conjoint peut difficilement être perçu comme une forme de maintien des donations et avantages matrimoniaux. D'une part, le cautionnement, bien qu'étant une bienfaisance, n'est pas une donation[1213]. D'autre part, même si le cautionnement était analysé comme une donation, son maintien ne se justifierait pas, car les donations visées par le Code civil et qui ne peuvent être révoquées suite à la dissolution du lien conjugal sont celles qui ont été faites avant le mariage et non celles faites pendant la vie conjugale[1214]. Enfin, le recours à la notion « d'avantages matrimoniaux » n'est pas d'un grand secours pour expliquer un maintien éventuel de l'engagement de la caution. En effet, sous le vocable technique « d'avantages matrimoniaux » sont désignées des clauses particulières du régime matrimonial qui tendent à favoriser l'un des époux, comme la clause de partage inégal[1215].

Ainsi, le rapprochement du maintien de l'engagement de la caution d'avec l'obligation pesant sur l'associé qui cesse de faire partie d'une société ou l'irrévocabilité des donations et avantages matrimoniaux ne permettent d'expliquer la position de la jurisprudence. Une autre explication doit par conséquent être recherchée.

368. – L'explication retenue. La jurisprudence, partant de son analyse de la cause du cautionnement, refuse de voir dans la relation caution-débiteur le siège de la cause de l'engagement de la caution[1216] et de considérer la perte du statut initial de la caution comme un terme extinctif implicite : la perte du statut initial de la caution n'est pas une circonstance qui justifie à elle seule l'extinction de l'obligation de caution. Si l'analyse de la jurisprudence peut se justifier dans certains cas, notamment lorsque le dirigeant caution cesse ses fonctions tout en restant associé, elle s'explique moins lorsque ce dernier n'avait que ce seul statut dans la société et qu'il vient à cesser ses fonctions. Dans ce sens, même s'il s'est engagé ès qualités, il est difficilement pensable que le dirigeant qui a cessé ses fonctions mais qui garde le statut d'associé vienne à dénoncer son engagement comme caution. Dans cette hypothèse précise, la position de la Cour de cassation paraît amplement justifiée.

1213 *Supra*, n° 284.
1214 Art. 1096, al. 1. C. civ.
1215 J. CARBONNIER, *Droit civil, Volume 1, op. cit*., n° 607, p. 1355.
1216 *Supra*, 201 et s.

En revanche, cette solution semble moins justifiée lorsque la perte du statut initial – dans le cas où la caution, dirigeant ou conjoint, cumule son statut avec celui d'associé – aboutit à un retrait définitif de la société et à une cessation de toute relation[1217]. Cette observation vaut encore plus dans les hypothèses où la perte du statut initial est d'origine judiciaire, en raison du caractère subi et forcé de cette perte de statut. Or, la jurisprudence de la Cour de cassation est uniformément appliquée, quelle que soit la modalité par laquelle la caution perd son statut initial. Ce faisant, les différentes analyses menées par la doctrine plaidant pour une libération de la caution se trouvent fortement mises à mal.

369. – Rejet des analyses du « terme extinctif sous-jacent » La doctrine a tenté de soutenir la libération de la caution par suite de la perte de son statut initial par « le terme extinctif ». Développée par MOULY[1218], l'analyse du terme extinctif part de l'idée que la caution peut perdre sa qualité initiale mais le moment précis où cette perte pourrait survenir n'est pas déterminé par un délai précis. Ainsi, à la différence du terme extinctif qui est généralement stipulé dans le contrat, il n'y aurait dans ce cas aucune stipulation en raison de l'accord tacite commun des parties. Aussi le terme extinctif serait-il ici « *sous-jacent* ».

Pour asseoir cette idée, MOULY avance trois raisons qui justifient l'attachement des créanciers à la position de la caution[1219]. La première motivation, explique-t-il, est que le créancier cherche à impliquer les cautions dans l'affaire du débiteur, l'essentiel étant d'engager la responsabilité des cautions de telle sorte qu'elles ne soient pas indifférentes au sort des concours du banquier. Cette exigence du créancier lui permet « *de tester le degré de confiance que le dirigeant a lui-même dans l'avenir de son entreprise* »[1220]. La deuxième raison est que la constitution au profit du créancier d'un cautionnement lui assure un moyen de pression sur le débiteur. Cette pression prendra des formes variables suivant la nature des liens qui unissent la caution à la société débitrice. La troisième raison enfin est qu'en exigeant un cautionnement, le créancier souhaite éviter le risque de concours en cas de faillite du débiteur principal[1221].

1217 Par exemple : Cass. com., 29 janvier 2002, *préc*. – Paris, 15ème ch. A, 4 mars 1992 : *JCP. E* 1992, *Pan*. n° 674. Il est à relever qu'en l'espèce, le retrait de la société à travers la cession des parts sociales n'avait pas été signifié au créancier.

1218 CH. MOULY, *Thèse préc*., n° 263 ; 267 et s.

1219 *Thèse préc.*, n° 269.

1220 *Ibid*., note n° 4.

1221 *Ibid*., p. 350.

Ces trois raisons, conclut MOULY, donnent au cautionnement un relief particulier qui doit nécessairement « *rejaillir sur les modalités de l'engagement de la caution choisie en fonction de sa qualité ou de sa situation* »[1222]. Conclu au regard de la fonction ou de la situation de la personne de la caution, le cautionnement, plus précisément sa durée, doit dépendre de la survivance de ce statut et la disparition de ce statut constitue le terme extinctif sous-jacent de l'obligation de la caution.

370. – Rejet de la condition résolutoire. A côté de cette analyse, Madame M. BANDRAC[1223] a proposé de voir dans la perte par la caution de son statut initial une condition résolutoire de son engagement. Cette condition résolutoire « *stipulée sans rétroactivité* » permettrait de situer le débat sur le terrain de l'extinction de l'obligation et non pas sur celui de la validité de l'acte générateur de celle-ci[1224].

371. – En réalité, le déplacement de la question du terme extinctif vers la condition résolutoire ne change pas fondamentalement le problème ; il le pose simplement en de termes différents dans la mesure où cette condition résolutoire doit être expressément stipulée dans le contrat. Or, la spécificité de la situation réside dans un « sous-entendu », dans le « sous-jacent » qui lie l'engagement de la caution au maintien de son statut initial, la perte de ce statut s'analysant en un terme extinctif incertain de l'engagement. Cela est d'autant plus vrai que l'absence de prévisions ouvertes quant à la persistance des rapports contractuels ne suppose pas nécessairement une absence de terme dès lors que ce terme peut se déduire de l'économie du contrat[1225].

En outre, parce que l'on ne peut prendre en compte un élément lors de la formation du contrat pour n'en tirer aucune conséquence lors de son exécution ou extinction, il est normal que la caution oppose au créancier la perte de son statut initial pour se libérer de son engagement. En effet, faut-il encore le rappeler, bien plus qu'un doute, ainsi que l'a fort opportunément relevé M. L. GODON[1226], « *il est certain que la caution qui perd son statut initial, en quittant par exemple la société, n'a plus aucun intérêt à maintenir son engagement* ».

1222 CH. MOULY, *Thèse préc.*, n° 350.
1223 M. BANDRAC, obs. sous Cass. com., 3 et 6 décembre 1988, *RTD. civ.* 1989, p. 360, n° 3.
1224 *Ibid.,* p. 361.
1225 H. ROLAND, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », *op. cit.*, p. 740.
1226 Note sous Cass. com., 29 janvier 2002, préc., n° 8.

372. – Pourtant, aucune de ces analyses doctrinales n'a été reçue par la Cour de cassation et la perte par la caution de son statut initial reste une circonstance indifférente à l'équilibre du contrat : autant la perte par la caution de son statut initial n'entraîne pas l'extinction de son engagement, autant la seule désignation d'un nouveau dirigeant social ne peut suffire à en faire une caution des dettes de la société[1227]. Cette position de la jurisprudence s'avère à la fois rigoureuse et injuste pour la caution des dettes d'une société qui a perdu son statut initial. Aussi, les cautions devraient-elles prendre personnellement des mesures contractuelles opportunes à leur protection. Une des solutions que leur offre la jurisprudence est de lier leur engagement à leur statut au moment où elles s'engagent.

B. – L'INTEGRATION EXPRESSE DU STATUT INITIAL DE LA CAUTION DANS LE CHAMP CONTRACTUEL COMME CONDITION DE SA LIBERATION

373. – La formulation de l'exception. En même temps qu'elle juge que la cessation des fonctions du dirigeant est sans effet sur son engagement de caution, celle-ci ne pouvant être analysée en un terme implicite, la jurisprudence rappelle aussi que si la caution fait de son statut initial la condition déterminante de son engagement, la modification de ce statut doit entraîner sa libération. Faute d'avoir précisé cette condition dans l'acte de cautionnement, l'engagement de la caution a vocation à être maintenu bien au-delà de la perte de son statut initial. Pour la jurisprudence donc, seule un terme explicite comme une stipulation contractuelle entraîne l'extinction de l'engagement de caution. Classiquement donc, elle juge que la perte du statut initial de la caution n'entraîne sa libération que si ce statut était la condition de son engagement.

C'est surtout au sujet du dirigeant social que les formules abondent. Il est ainsi jugé que « *si* [le dirigeant social] *voulait que le motif de son engagement soit introduit dans le champ contractuel et devienne ainsi une cause ou une condition du cautionnement par lui fourni, il lui appartenait de l'indiquer expressément dans cet engagement* […] »[1228]. Dans le même sens, il est jugé que « *l'engagement de caution pris par le dirigeant social demeure valable quels qu'en aient été les motifs déterminants dès lors que, n'ayant pas été*

[1227] Paris, 3 mai 2007 : *Juris-Data* n° 2007-340543 ; *JCP. E* 2007, *Chron*., 1036, n° 1.
[1228] Cass. com., 17 juillet 1978, *préc*.

introduits dans le champ contractuel […] »[1229]. Ainsi encore, les obligations du cautionnement souscrit par le dirigeant social ne prennent pas fin avec la cessation de ses fonctions « *dès lors qu'il n'a pas fait de l'exercice de ses fonctions une condition de son engagement* »[1230]. Un jugement du Tribunal administratif de Lille du 28 octobre 1980[1231] illustre parfaitement l'existence d'une telle stipulation, même s'il y a lieu de penser que le caractère administratif du contrat garanti ne fût pas indifférent à la solution retenue[1232].

374. – Difficultés pratiques. En réalité, si au regard de cette jurisprudence, le statut initial de la caution rentre effectivement dans le champ contractuel, ce statut n'influence son obligation comme caution qu'autant qu'il aura été contractualisé. Ce faisant, la jurisprudence traduit bien la connexité entre l'engagement de la caution et son statut au moment où elle s'engage, *mais les juges ne l'affirment pas et préfèrent simplement constater l'absence de cette connexité dans le champ contractuel*[1233].

Sous le strict angle du droit des obligations, l'analyse est peu contestable dans la mesure où les parties à un contrat ne peuvent être liées par des stipulations qu'elles n'ont pas intégrées dans le domaine de leur relation contractuelle. La sécurité juridique nécessaire à toute garantie et l'effet obligatoire du contrat posé par l'article 1134 du Code civil ne le commandent du reste pas[1234]. De surcroit, les textes permettant à la caution

---

1229 Cass. com., 6 décembre 1988, *préc*.

1230 Cass. com., 3 décembre 1988, *préc*.- Cass. com. 15 octobre 1991, *préc*.

1231 Trib. adm. Lille, 28 octobre 1980 : *JCP.G*. 1981, *II*, *Jurispr.*19682, obs. J.D.

1232 En l'espèce, l'Etat avait concédé l'emploi de la main d'œuvre pénale à une SARL contre paiement. Le gérant de cette société s'était engagé comme caution solidaire de ce paiement au profit de l'Etat. Quelques années plus tard, la société se transforma en société anonyme et son gérant d'alors cessa ses fonctions, mais garda un statut d'administrateur dans la structure issue de la transformation. D'importantes difficultés financières étant apparues peu après, la société cessa ses paiements et une procédure de liquidation judiciaire fut engagée. L'administration a alors actionné la caution. Cette dernière contesta cette action, estimant que son engagement s'était éteint avec la cessation de ses fonctions de gérant. Cet argument a reçu les faveurs des juges lillois qui ont considéré que la créance à recouvrer ayant pris naissance après la cessation des fonctions du gérant caution, à laquelle s'est ajoutée la transformation de la société, le gérant ne pouvait être tenu solidairement du paiement de la dette de la société envers l'administration.

La solution s'expliquait surtout par le caractère administratif du contrat principal, en l'espèce une concession. Ces contrats se caractérisent par l'existence d'un cahier de clauses et de conditions générales (le cahier de charges) qui prévoient les obligations respectives des parties ainsi que les conditions d'exécution et d'extinction de celles-ci. Tel était le cas dans l'affaire soumise aux juges administratifs lillois, puisque l'article 12 du cahier de charges du contrat en cause visait les obligations assumées en tant que concessionnaire de main d'œuvre pénale au cours de leur gérance.

1233 Très nettement en ce sens : Cass. com., 17 juillet 1978, *préc.*

1234 R. TENDLER, « Le cautionnement, reine éphémère des sûretés ? », *D.* 1981, *Chron*., p.129.

d'être informée de l'état de son engagement[1235] et de le dénoncer au besoin[1236] abondent, surtout que le législateur se montre particulièrement prolixe sur cette question ; ce « *lacis de textes* »[1237] pouvant même confiner à un certain désordre[1238].

375. – Pourtant, il n'est pas certain que cette inflation législative améliore la situation de la caution, dans la mesure où « *l'enfer juridique est sans doute pavé de bonnes intentions législatives* »[1239] et, pourrait-on ajouter, parfois jurisprudentielles. Ainsi, la Cour de cassation a, d'une part, jugé que le créancier n'avait en principe pas l'obligation d'attirer l'attention de la caution sur les risques encourus[1240] et qu'il n'était tenu ni d'une obligation d'information, ni d'une obligation de conseil sur la persistance des engagements de caution des cédants à la suite de la cession de leurs actions[1241]. D'autre part, certaines applications jurisprudentielles de l'obligation d'informer la caution laissent pour le moins songeur[1242]. Il convient, par conséquent, de tenir compte de la pratique des affaires.

1235 Il peut être cité en premier lieu *l'article 48 de la Loi n° 84-148 sur la prévention et le règlement amiable des difficultés des entreprises du 1er mars 1984,* devenu article L. 313-22 C. mon. fin. prévoit que les établissements de crédit ayant accordé des un concours financier à une entreprise, sous la condition d'un cautionnement d'une personne physique ou morale, sont tenus au plus tard le 31 décembre de chaque année, de faire connaître le montant de du principal et des intérêts, commissions et accessoires restant à courir au 31 décembre de l'année précédente.

En deuxième lieu, il est à relever *l'article 47-II de la Loi n° 94-126 sur l'initiative et l'entreprise individuelle du 11 février 1994* qui impose au créancier d'informer la caution, garante d'une dette professionnelle d'un entrepreneur individuel ou d'une entreprise constituée sous forme de société, de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement.

En troisième lieu, *l'article 101 de la Loi n° 98-657 du 29 juillet 1998*, devenu *alinéa 2 de l'article 2293 C. civ*. impose au créancier d'informer au moins annuellement la caution personne physique de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires.

Enfin, *l'article L. 341-1 C. cons*. issu de la Loi n° 2003-721 du 1er août 2003 pour l'initiative économique (Loi Dutreil) mettent à la charge du créancier l'obligation d'alerter la caution de la défaillance du débiteur principal. V. Y. PICOD, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *op. cit.,* n° 5 et 6.

1236 Cass. com., 08 janvier 2008, n° 05-13735, *préc*.

1237 La formule est empruntée à M. D. HOUTCIEFF, note sous Cass. com., 8 janvier 2007, n° 05-13735 et Cass. com., 27 novembre 2007, n° 06-15128 : *RDC* 2008, p. 421.

1238 A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, p. 587.

1239 G. CORNU, « La bonté du législateur », *op. cit.*, p. 284.

1240 Cass. 1ère civ., 13 mars 1996 : *Bull. civ. I*, n° 78.

1241 Cass. com., 29 janvier 2002, *préc*.

1242 Un arrêt de la 2ème ch. civ., sect. A de la Cour d'appel de Colmar, rendu le 7 juin 2007(*Juris-Data* n° 2007-341842 ; *JCP. G*. 2007, *II*, 10178, et *JCP. E*. 2008, *I*, 1037, note PH. SIMLER) a jugé que le secret bancaire visé par l'article L. 511-33 C. mon. fin. pouvait être opposé à la caution. – *Contra* : Cass. com., 22 mai 2007, n°06-13.587 : *Juris-Data* n° 2007-039293. Dans cet arrêt, la Cour de cassation casse l'arrêt des juges d'appel ayant jugé que la caution solidaire, parce qu'elle ne dispose pas du bénéfice de discussion, ne peut obtenir du créancier des informations sur l'état du recouvrement de la dette du débiteur principal. – V. aussi, Cass. com., 8 janvier 2007, n° 05-13735 : *RDC* 2008, p. 421, note D. HOUTCIEFF.

En effet, de par le contexte de sa souscription, le cautionnement se présente comme un contrat d'adhésion et les volontés des parties, exprimées en quelques chiffres ou lettres dans le cadre limité d'un formulaire, ne sont pas assez extériorisées et leurs intentions réelles et profondes sont pour partie dissimulées[1243]. Mieux, la souscription du cautionnement n'est généralement pas précédée de longues tractations, comme cela se conçoit idéalement. Le cautionnement est donné dans un contexte particulier dominé par le souci du débiteur principal de « faire une affaire », d'obtenir un crédit ou un marché.

Dans un tel contexte, il est difficilement concevable qu'une caution, par exemple un associé de la société, qui s'engage comme sûreté d'exécution des engagements de la société puisse signifier au dispensateur de crédit que son engagement n'est valable que pour le temps qu'il garde le statut d'associé. En effet, non seulement cela présente le risque d'éveiller les soupçons du créancier, ce qui peut le conduire à priver la société du crédit qu'il entendait octroyer ; mieux encore, il peut être tenté de rendre les conditions de ce crédit particulièrement onéreuses en exigeant par exemple une autre caution ou garantie. Or, l'importance du cautionnement pour le crédit de la société est telle « *qu'au-delà d'une construction plus ou moins artificielle, l'engagement de la caution cesse d'être accessoire pour devenir la condition première du crédit* »[1244]. Il ne serait donc pas judicieux pour la personne s'engageant comme caution de prendre le risque de lier expressément son engagement à son statut au moment de l'engagement – tout au moins dans les termes proposés par la jurisprudence. Au contraire cette connexité est « sous-entendue », voire comprise par la caution et le créancier.

376. – Champ contractuel et économie du contrat. Le lien entre l'engagement de la caution et son statut initial est une considération dont on peut difficilement contester l'entrée dans le champ contractuel, lors même qu'elle ne serait pas exprimée dans le contrat[1245]. Aussi, est-il nécessaire de rechercher si le statut initial de la caution n'est pas intégré dans le champ contractuel, dans l'économie du contrat, bien que cela ne soit pas mentionné dans l'*instrumentum*. Car, en un sens, l'économie du contrat désigne la convention telle que réellement voulue par les parties et non point nécessairement exprimée

---

1243 CH. MOULY, *Thèse préc.*, n° 267.

1244 R. ROBLOT, « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *op. cit.*, p. 346.

1245 PH. SIMLER, « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », *op. cit.*, n° 35.

par elles[1246] ; elle prend en compte la volonté interne des contractants et l'abstraction de la relation contractuelle[1247]. En outre, la volonté exprimée dans un contrat peut avoir des formes variables comprenant à la fois la volonté expresse, la volonté tacite et même la volonté présumée[1248]. A cet égard, il faut se rappeler que le législateur a prévu la possibilité d'interpréter le contrat au regard de son contexte. Aussi, l'article 1163 C. civ. énonce-t-il que « *quelques généraux que soient les termes dans lesquels une convention est conçue, elle ne comprend que les choses sur lesquelles il paraît que les parties se sont proposées de contracter* ». Dans cette logique, il est possible de considérer que le contrat de cautionnement intègre la clause dite « *rebus sic standibus* » qui subordonne le consentement à la persistance de l'état de fait qui existe au jour où il a été exprimé[1249].

Cette analyse a été adoptée par le Tribunal de commerce de Besançon en 1984[1250] et une telle orientation devrait être soutenue en vue d'une meilleure prise en compte de la connexité entre l'engagement de caution et son statut initial. « *La vie du droit*, écrit P. DURAND, *si originale soit-elle, n'en a pas moins le caractère de tous les phénomènes vitaux : la souplesse, la faculté de s'adapter aux changements du milieu.*[1251] » L'adaptabilité nécessaire au droit des affaires est à ce prix[1252].

1246 J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D*. 2000, *Chron*., p. 382.

1247 J. MOURY, *op. cit*., n° 4 et 6.

1248 J.GHESTIN, *Traité de doit civil – La formation du contrat*, *op. cit*., p. 219 et s, n° 283 et s.

1249 Sur cette clause, v. H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4ème éd. Litec - 1999, p. 767, n° 389. Et sur le rayonnement international de cette clause, v. B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *RDC*, janvier 2004, p. 67 et s., spéc. n° 6 et s.

1250 Trib. com. Besançon, 6 février 1984 : *Gaz. Pal.* 1985, *Somm*., p. 15. Il est jugé en l'espèce que même s'il n'a pas été précisé dans le contrat que la caution liait son engagement à son statut de gérant et que cet engagement n'a pas été dénoncé par la caution, le créancier a néanmoins eu connaissance de sa situation et de sa révocation ; ce dernier ayant été informé du changement de la signature du compte. « *En conséquence, le contrat de cautionnement devait suivre le même sort* ».

1251 Préface de *La tendance à la stabilité du rapport contractuel, op. cit.*

1252 V. cependant les réserves exprimées par de CH. ATIAS et D. LINOTTE sur l'adaptation du droit : « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977, *Chron*., p. 251 et s.

SECTION 2

LA PRISE EN COMPTE DE LA CONNEXITE ENTRE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION ET SON STATUT INITIAL

377. – Division. Quelle que soit la manière par laquelle la caution perd son statut initial, son engagement comme caution est maintenu. La jurisprudence omet ce faisant de prendre en compte la connexité entre son statut initial et son engagement. Or, cette connexité doit être prise en compte afin d'aboutir à une solution plus nuancée. Ceci passe d'abord par une meilleure considération de la cause de l'engagement de la caution et du caractère *intuitu personae* de cet engagement (**§ 1**). Cela suppose ensuite l'aménagement par les parties d'une clause de libération de la caution, quelle qu'elle soit, une fois son statut initial perdu ou considérablement modifié. Cette dernière possibilité permettant de préserver l'économie du contrat (**§ 2**).

§ 1. – LA CONSIDERATION DE LA CAUSE ET DU CARACTERE *INTUITU PERSONAE* DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

378. – Rappel de l'analyse jurisprudentielle de la cause de l'engagement de la caution. En partant de la conception objective de la cause, la jurisprudence retient que la cause de l'engagement de la caution est le crédit accordé à la société et son intérêt patrimonial à ce crédit. Elle applique ce faisant au cautionnement le même raisonnement que celui qui s'applique aux contrats synallagmatiques, alors que le cautionnement est un contrat unilatéral, donc sans contrepartie[1253]. Se trouve ainsi écartée l'analyse de la cause dans les contrats unilatéraux où l'intention libérale et la volonté de rendre service est retenue. La relation entre la caution et le débiteur est donc clairement écartée, puisqu'il est parfois retenu que cette relation révèle les mobiles de la caution.

[1253] *Supra*, n° 37 à 41.

Ce raisonnement a pour principal intérêt de laisser sauve la relation contractuelle, car la disparition des mobiles n'affecte pas la relation contractuelle[1254]. Il est par ailleurs avancé que la cause s'apprécie au moment de la formation du contrat et non à la phase d'exécution. L'analyse jurisprudentielle de la cause de l'engagement de la caution permet ainsi de soutenir que le cautionnement ne jouerait plus son rôle de sûreté si la caution pouvait aussi opposer au créancier des événements affectant sa vie familiale ou professionnelle[1255].

379. – Absence de cohérence. C'est précisément à ce stade du raisonnement que se fait jour l'incohérence de la jurisprudence. D'une part, en effet, la jurisprudence retient que la cause de la caution, dans le cautionnement donné à une société, est l'intérêt personnel de la caution dans l'engagement garanti. De cette cause est déduite la nature commerciale de l'engagement de caution. D'autre part, elle écarte cette même cause lorsque la caution perd son statut initial qui aurait motivé son engagement, au regard précisément de l'intérêt personnel qu'elle aurait eu à l'opération. Particulièrement illustratif de cette position est l'arrêt de la Chambre commerciale et financière de la Cour de cassation du 8 janvier 2002[1256]. Dans cette espèce, la Cour refuse de libérer un ancien gérant d'une SARL ayant démissionné de ses fonctions et cédé ses parts sociales au motif qu'il s'était engagé en qualité de caution eu égard à ses intérêts commerciaux.

380. – Usage fonctionnel de la cause. La Cour de cassation semble donc faire de la cause dans le contrat de cautionnement un usage fonctionnel selon qu'elle souhaite retenir la nature commerciale de l'engagement de la caution ou qu'elle souhaite maintenir le contrat après la perte par la caution de son statut initial. Cette analyse ne paraît pas satisfaisante et cohérente et l'usage de la cause au stade de l'exécution du contrat l'est encore moins.

381. – Réfutation de la démarche jurisprudentielle. En effet, d'une part, la cause est une condition de validité des contrats[1257]. Son recours en vue de justifier le maintien de l'engagement de la caution ne semble donc pas indiqué, car la situation de la caution après

---

1254 Cass. com. 8 novembre 1972, *préc.*

1255 En ce sens, D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, *op. cit*., n° 146, p. 118-119.

1256 *Bull. Joly Sociétés* 2002, § 103, p. 482, note P. SCHOLER.

1257 L'adoption du projet de la Chancellerie de devrait, là aussi, rien changer, puisque l'intérêt de l'engagement est envisagé comme une condition de validité du contrat.

la perte de son statut initial concerne le maintien de son engagement après le changement de son statut initial, autrement dit la phase d'exécution[1258].

D'autre part, la cause du cautionnement a son siège dans le rapport caution-débiteur et le crédit sert de support à l'engagement de la caution mais n'en constitue pas la cause[1259]. Par conséquent, la modification de ces rapports se traduisant par la perte par la caution de son statut initial doit se traduire par l'extinction de l'engagement de caution. En effet, « *l'obligation ne peut vivre qu'autant qu'elle reste appuyée sur sa cause* »[1260]. Et, s'il importe peu que le consentement et la capacité – qui doivent nécessairement exister lors de la formation du contrat – viennent à disparaître postérieurement[1261], il ne saurait en être de même de la cause. Lorsqu'elle disparaît, l'obligation cesse de produire immédiatement effet, car aucune obligation ne peut exister sans cause et la continuité du rapport contractuel ne peut plus être assurée : « *Cessante causa cessat effectus* », proclame l'adage[1262].

382. – Ainsi, même en retenant l'analyse de la jurisprudence selon laquelle la cause de l'engagement de la caution est son intérêt patrimonial au crédit, l'on doit pouvoir admettre que cet intérêt disparaît dès que la caution perd son statut initial. La cause de son engagement disparaissant, il doit s'en suivre une libération de la caution de son engagement. Un récent arrêt de la Cour de cassation, rendu dans un autre domaine certes, retient cette solution[1263]. *A fortiori*, s'il est retenu que la cause de l'engagement de la

---

1258 L. AYNES, note sous Cass. com., 3 et 6 décembre 1988 : *D*. 1989, *Juripr*., p. 185.

1259 *Supra*, n° 204.

1260 H. CAPITANT, *op. cit*., n° 7, p.16.

1261 Par exemple une incapacité qui survient après la signature du contrat.

1262 Sur cet adage, H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit*., p. 82, n° 45.

1263 Cass. 1ère civ., 30 octobre 2008, n° 07-17.646 : *JCP. G*. 2008, *II*, *Jurispr*., 10000, note D. HOUTCIEFF. En l'espèce, un ex-conjoint s'était engagé à verser mensuelle à son ancienne épouse une certaine somme d'argent au titre de sa participation à l'éducation de leur jeune fils. Deux ans environ plus, ledit fils quitta sa mère pour s'installer avec son père. S'occupant de l'entretien et de l'éducation de son fils, l'ex-mari interrompit tout simplement le versement de « l'allocation » à son ancienne épouse. Cette dernière assigna alors son époux en paiement de sommes dues au titre de sa part contributive à l'éducation de l'enfant. Déboutée par les juges du fond, elle se pourvu en cassation. Son pourvoi est rejeté par la Cour de cassation qui reprend à son compte la motivation des juges du fond selon laquelle : *« La cause de la reconnaissance de dette avait disparu à partir du moment où, en novembre 1974, ce qui n'est pas contesté par l'appelante, son fils G. était venu habiter avec son père en sorte qu'il n'était plus à sa charge* », retient que « *ayant, par une recherche de la commune intention des parties, caractérisé l'engagement à exécution successive de M. B., la Cour d'appel a constaté la disparition de la cause de cet engagement, partant sa caducité.* »

En ce que l'arrêt place la cause sur le terrain de l'exécution du contrat en usant du pont de la caducité, il est critiqué par son annotateur. Pourtant, l'arrêt présente, semble-t-il, l'intérêt évident de rappeler la nécessaire persistance de la cause à la survie de la relation contractuelle.

caution a son siège dans la relation caution-débiteur, sa libération devrait s'ensuivre d'autant, en raison de l'*intuitus personae* qui domine le cautionnement.

383. – *Intuitus personae*. La prise en compte de cet *intuitus personae* n'affecte pas davantage la relation, puisqu'elle conduit au même résultat que si la jurisprudence analysait la cause du cautionnement comme dans tout contrat unilatéral. Le cautionnement est demandé au dirigeant social ès qualités, l'associé s'engage au regard de son statut ainsi que les personnes qui leur sont proches. Ces raisons, ajoutées aux nécessités de la vie des affaires, expliquent des engagements illimités. L'*intuitus personae* permet, en effet, de considérer tout changement grave affectant les relations entre la caution et le débiteur. A preuve, la jurisprudence admet que le décès de la caution libère ses héritiers pour l'avenir[1264].

384. – Ainsi, en dépit du résultat décevant auquel elle aboutit, la jurisprudence s'arc-boute sur la recherche d'une cause objective de l'engagement de la caution. Or, le cautionnement est un contrat unilatéral et *intuitu personae* ; sa cause ne peut par conséquent être recherchée dans la contrepartie promise, tout simplement parce qu'elle n'existe pas. L'application au cautionnement de l'analyse de la cause des contrats unilatéraux et l'affirmation de son caractère *intuitus personae* conduisent logiquement à la libération de la caution lorsqu'elle perd son statut initial. C'est cette analyse qualifiée de subjective qui est rejetée par la jurisprudence. Peut-être est-il alors souhaitable qu'une clause de substitution automatique soit aménagée contractuellement lors de l'engagement de la caution.

§ 2. – L'AMENAGEMENT CONTRACTUEL D'UNE CLAUSE DE LIBERATION DE LA CAUTION

385. – Les termes du problème. Il ressort de la jurisprudence que la perte par la caution de son statut initial est sans effet sur son engagement, à moins, est-il précisé, que cela ait été contractuellement prévu. Or, l'insertion d'une telle stipulation dans le contrat reste

[1264] *Infra*, n° 437.

difficile au regard du contexte général dans lequel l'engagement de caution est souscrit[1265]. En outre, cette seule stipulation de libération de la caution qui peut se ramener en une simple intégration du statut initial de la caution dans le champ contractuel telle que préconisé par la jurisprudence ne paraît pas indiquée, car elle laisse le créancier sans caution. En effet, la constitution du cautionnement au profit du créancier constitue en elle-même une des conditions du crédit. Enfin, l'aménagement d'une clause de remplacement de la caution initiale par une nouvelle caution, au moment où la première perd son statut ne produit pas les effets escomptés, puisque le créancier reste tiers à cet acte[1266].

C'est entre ces trois extrêmes que doit être recherchée une solution médiane permettant à la caution ayant perdu son statut initial d'être libérée de son engagement, tout en maintenant une garantie au profit du créancier. Cette recherche devrait d'autant être facilitée que l'influence de la volonté des contractants en droit des sûretés personnelle est presque sans limite[1267], ce droit étant généralement tenu pour accueillant pour les volontés individuelles car il repose sur des techniques empruntées au droit des obligations[1268]. Il s'agit alors pour les parties de « *s'efforcer d'imaginer le contenu de ce futur pour rendre leur accord compatible avec l'évolution des variations dont l'opération contractuelle dépend* »[1269].

386. – Des propositions existent en doctrine. Le Doyen PH. SIMLER[1270] propose, par exemple, de maintenir uniquement l'obligation de couverture de l'engagement de la caution pendant un certain délai après la cessation des fonctions du dirigeant caution, puisque l'obligation de règlement pour le passif antérieur à l'arrivée du terme subsistera en toute occurrence.

Cette proposition n'emporte pas la conviction ; et ce, pour deux raisons au moins. En premier lieu, tout maintien de l'obligation de couverture se traduira fatalement par un accroissement de l'obligation de règlement, puisque les dettes qui prendront naissance au cours de cette période limitée devront être réglées. En second lieu, le maintien de l'obligation de couverture – quoique limité – au-delà de la cessation des fonctions du

---

1265 *Supra*, n° 6 et s.
1266 Cass. com., 29 janvier 2002, *préc.* – Paris, 3ème ch. B, 15 septembre 2006, *RJDA* 1/ 07, n° 14.
1267 PH. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 13.
1268 *Ibid.*, n° 17.
1269 J.- M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *op. cit.*, n° 2.
1270 *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit.*, n° 287, p. 301*, in fine*.

dirigeant social revient pour ce dernier à garantir des engagements d'une autre gestion. Aussi, la solution à la libération de la caution ayant perdu son statut initial et le maintien concomitant de la garantie au profit du créancier passe-t-elle par la stipulation d'une clause de libération dans le contrat de cautionnement. La rédaction et l'utilité de cette clause doivent être préalablement proposées et exposées (**A**) avant que d'envisager sa qualification juridique (**B**).

A. – LA REDACTION ET L'UTILITE DE LA CLAUSE

387. – Rédaction de la clause. La clause de libération de la caution ayant perdu son statut initial doit consister à aménager contractuellement une clause qui permette à la caution ayant perdu son statut initial de se délier de son engagement et à la reprise de cet engagement de caution par une autre personne offrant au créancier les mêmes garanties. Concrètement, cette clause doit consister à prévoir dans l'acte de cautionnement ou dans un acte annexe à celui-ci que :

> « *Au cas où la caution perdrait son statut, son engagement serait automatiquement repris par une autre personne offrant les mêmes garanties.*
>
> *S'agissant du dirigeant social démissionnaire ou révoqué, cette personne serait le nouveau dirigeant ; s'agissant de l'associé ayant cédé ses droits sociaux, cette personne serait le cessionnaire de ces titres.*
>
> *Si la perte du statut d'associé résulte d'une exclusion, un autre associé doit au cours de la même assemblée générale s'engager en ses lieu et place ; et si l'exclusion résulte d'une décision de justice, il doit être enjoint, dans la même décision, à l'assemblée générale de fournir au créancier une autre caution dans un bref délai.*
>
> *Dans le cas du conjoint divorcé, le conjoint au regard duquel l'engagement a été donné serait tenu de fournir au créancier une autre caution.*
>
> *En reprenant l'engagement de caution, la nouvelle caution s'engage à se substituer à la caution initiale dans toutes les obligations personnelles et garanties qu'elle aurait consenties ou contractées à l'égard du créancier bénéficiaire de la garantie. Cette reprise opère libération immédiate de la caution initiale* ».

388. – Utilité et originalité de la stipulation. En insérant cette clause dans l'acte initial, le créancier en serait parfaitement informé et son consentement en serait recueilli. Cette

clause ayant pour objet la substitution d'une nouvelle caution à la caution initiale laisse subsister le contrat en lui-même et réalise une opération translative d'obligation, en même temps qu'elle libère la caution initiale[1271]. Elle prévoit le remplacement de la caution initiale par une caution nouvelle, sans que le régime du contrat soit modifié et sans en oblitérer l'économie. Ce faisant, la continuité de la sûreté – et conséquemment du crédit – est assurée. Et, dans le même temps, le créancier reste rassuré. Plus précisément, l'intérêt de cette stipulation *ab initio* se trouve dans l'intégration du créancier dans cet acte dont il en devient partie. Cette intégration permet de ne plus rechercher, après coup, l'acceptation du créancier ou de s'appuyer sur des éléments de fait pour tenter de la déceler[1272]. Partant, le refus par la jurisprudence d'attacher un effet libératoire à la substitution, en raison de l'absence de volonté du créancier, est ici écarté[1273].

L'utilité de la clause est, en outre, d'éviter le cumul de garanties observé en pratique. Les créanciers n'hésitent pas souvent à faire signer aux nouveaux dirigeants ou aux cessionnaires de titres sociaux des cautionnements juridiquement distincts, mais garantissant en de termes identiques les mêmes engagements que la caution initiale[1274]. De surcroît, les clauses qui prévoient la reprise de l'engagement de caution sont généralement conclues lors de la cession des titres sociaux par l'associé ou dirigeant social ou lors de la révocation de ce dernier, ce qui se fait en marge ou dans l'ignorance du créancier[1275]. Or, le but poursuivi ici est de pérenniser l'opération de cautionnement en substituant simplement l'un des éléments au rapport d'obligation[1276].

Cette clause permet aussi d'écarter l'argument selon lequel la caution initiale reste engagée, dès lors qu'elle n'a pas dénoncé son engagement auprès du créancier[1277]. Ainsi, la perte de la qualité d'associé, suite à la cession de ses titres sociaux par exemple, emporte

---

1271 A.-S. BARTHEZ, « Substitution de cautions et novation par changement de débiteurs », *JCP. G* 2002, *Chron*., 184, p. 2117.

1272 Comme l'émission régulière par la nouvelle caution des traites en paiement de la dette de la société devenue insolvable, et l'acceptation de celles-ci par le créancier bénéficiaire de la garantie. Par exemple : Cass. com., 25 septembre1984, *Bull. civ. IV*, n° 245.

1273 G. DEHARO, « La substitution de caution. Remède à la situation inconfortable du dirigeant caution ou manifestation de l'évolution du droit des contrats ? », *RTD. com*. 2005, p. 447 et s, spéc., p. 455 (note 45).

1274 D. DANET, « Le dirigeant et l'omnibus », *op. cit*., p. 178.

1275 O. SALVAT, « Cession unilatérale de contrat : le cas de la reprise des engagements de caution par un dirigeant de société », *LPA*, 23 décembre 1999, p. 10 et s.

1276 Le Vocabulaire juridique G. CORNU *(op. cit)* définit la substitution comme le remplacement d'un élément par un autre (*v° « Substitution »)*.

1277 Par exemple : Cass. com., 1er avril 1997 : *Bull. civ. IV*, n° 90, p. 80 ; *Bull. Joly Sociétés* 1997, § 245, p. 641, note PH. DELEBECQUE ; *JCP.G* 1998, *I,* 103, note PH. SIMLER ; *Defrénois* 1997, p. 1437, n° 169, note A. BENABENT.

reprise automatique par le cessionnaire desdits titres de son engagement de caution. Ce faisant, le cessionnaire succède au cédant dans son engagement de caution et la continuation du contrat est assurée, nonobstant le changement de la personne de la caution.

389. – S'agissant spécifiquement de la cession des droits sociaux, les praticiens envisagent des clauses comparables dans le but de libérer le cédant de son engagement de caution[1278]. Leur mise en application bute toutefois sur leur conclusion au moment de la cession – ce qui est assez tardif – et sur l'exclusion du créancier de ces accords. Et même lorsque ces stipulations sont respectées par les parties, la caution initiale, cédante des titres sociaux, n'est pas pour autant libérée dans la mesure où elle reste engagée auprès du créancier. Finalement la clause prend la figure d'une contre-garantie[1279], plus spécifiquement d'un sous-cautionnement[1280].

Ces clauses sont aussi envisagées par la pratique lorsque le cautionnement a été donné par une personne morale. Dans cette hypothèse, l'objet de la clause est de transférer la charge de l'engagement de la société caution initiale à une autre société. Les cas relevés en la jurisprudence concernent des plans de cession comportant une clause de remplacement de la société caution initiale[1281]. La jurisprudence reconnaît la validité de ces stipulations et leur donne plein effet, dès lors qu'elles sont insérées dans un plan de cession. En effet, le plan de cession, une fois arrêté par un jugement passé en force de chose jugée, purge la reprise de l'engagement de caution par la société cessionnaire du vice qui l'affecte, en l'occurrence l'absence d'autorisation des organes sociaux[1282].

Bien que la solution soit retenue au sujet des plans de cession, lesquels tirent leur force des jugements qui les adoptent, elle ne traduit pas moins l'influence du droit des garanties sur des règles fondamentales du droit des sociétés, règles qui expriment en réalité l'ordre public du droit des sociétés.

1278 Par exemple : Paris, 16ème ch. B, 18 juin 1987 *: Bull. Joly Sociétés* 1987, § 297, p. 715, note P. LE CANNU.

1279 V. C. HOUIN-BRESSAND, *Les contre-garanties*, *op. cit*., n° 155 et s., n° 485 et 486.

1280 *Infra*, n° 395.

1281 Cass. com., 26 avril 2000 : *RD bancaire et financier* 2000, p. 227, n° 149, obs. D. LEGEAIS ; Paris, 10 mars 2000 : *RD bancaire et financier* 2000, p. 357, obs. F.-X. LUCAS.

1282 Paris, 10 mars 2000, *préc*.

390. – Ces différents exemples et tentatives de la pratique montrent, une fois de plus, l'intérêt, « la portée utilitaire » de la clause que nous venons de proposer. La vie juridique ne se trouve-t-elle pas, en partie, dans la pratique[1283] ? Toutefois, la nature juridique de la clause ci-dessus proposée peut entraîner des hésitations et diverses qualifications juridiques peuvent être avancées. C'est à l'analyse de ces qualifications qu'il convient de se porter.

B. – LA QUALIFICATION JURIDIQUE DE LA CLAUSE

391. – Subdivision. Qualifier juridiquement un acte, un contrat ou une clause, c'est déterminer sa nature, c'est lui accoler une étiquette afin d'en déduire son régime juridique ou, tout au moins, les conséquences qui en découlent. La qualification de la clause de remplacement de caution ici proposée vise par conséquent son rattachement à une figure contractuelle précise. Dans ce sens, certaines qualifications seront exclues (***1***) ; tandis que d'autres pourraient être retenues (***2***).

1. – Les qualifications exclues

392. – Diversité des figures contractuelles. Il est tentant d'envisager le rattachement la clause ici proposée à différentes figures contractuelles connues comme la cession de dette, la novation par changement de débiteur, le sous-cautionnement, la subrogation personnelle ou encore la substitution de personne. A l'analyse, aucune de ces figures contractuelles ne pourra être retenue, en raison notamment des conséquences qui s'y attachent.

393. – Cession de dette. Il est tout d'abord possible de songer à qualifier la clause ici proposée de cession de dette. La cession de dette est, en effet, une convention par laquelle un débiteur (cédant) transporte à une seconde personne (cessionnaire), la dette qu'il a envers son créancier, sans que celui-ci y consente[1284]. Cette absence de consentement du créancier constitue la limite de la cession de dette d'avec la figure contractuelle

---

1283 P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé », *op. cit*., p. 75.

1284 V. J. GHESTIN, M. BILIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 371.

proposée[1285]. Car, dans cette dernière, le créancier consent bien à la substitution par son acceptation initiale de la clause. Par ailleurs, non prévue par le Code civil, la cession de dette serait inexistante en droit français et serait tout simplement interdite[1286]. Et, lorsque sa validité est admise, elle ne libère pas le débiteur initial et assure imparfaitement la transmission de son obligation au nouveau débiteur[1287].

La cession interne de dette ne correspond pas davantage à la figure contractuelle ici proposée, dans la mesure où elle se limite au seul accord entre le débiteur substituant et le substitué[1288]. De plus, elle est d'une utilité bien spécifique. Elle permet au débiteur devenu insolvable d'être libéré de son obligation en la reportant sur la tête d'autrui, afin de redevenir *in bonis*[1289].

394. – La novation par changement de débiteur. La qualification de novation par changement de débiteur ne pourrait davantage être retenue[1290]. En effet, dans les trois hypothèses de la novation que prévoit l'article 1271 du Code civil, seule la deuxième concerne la novation par changement de débiteur[1291]. Cette novation par changement de débiteur revêt deux variantes. Dans la première, aussi qualifiée de délégation parfaite, le débiteur demande à un tiers – qui est aussi son propre débiteur – de s'obliger en ses lieu et

---

1285 Cass. 1ère civ., 2 juin 1992 : *Bull. civ. I*, n° 168, p. 115 ; *JCP. G* 1992, *I*, 3632, p. 541, obs. M. BILLIAU ; *D*. 1993, *Somm*., p. 211, obs. PH. DELEBECQUE ; *RTD. civ*. 1993, p. 122, obs. J. MESTRE. En l'espèce, un prêt avait été accordé à deux époux pour financer l'acquisition d'un fonds de commerce. Ce prêt était garanti par l'engagement solidaire des deux époux envers le préteur. Quelques années plus tard, les deux époux ont divorcé et le fonds de commerce fut attribué à l'époux par le jugement d'homologation de la convention de divorce, ce dernier étant tenu de rembourser le prêt. Suite à d'importantes difficultés financières, le mari a été mis en liquidation judiciaire. La banque créancière a alors assigné l'épouse divorcée en paiement du solde du prêt. Cette demande n'ayant pas prospéré devant les juges du fonds, la Cour de cassation, à la suite du pourvoi introduit par la banque créancière, casse l'arrêt d'appel aux motifs que « *la convention des époux, même homologuée en justice, ne pouvait avoir pour effet, en l'absence d'un accord du créancier, d'éteindre la dette de l'un des conjoints et n'avait force obligatoire que dans leurs rapports réciproques* ».

1286 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, T. 7, Obligations*, 2ème partie, L.G.D.J. 1931, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE, n° 1142 et s.

1287 J. GHESTIN, M. BILIAU, G. LOISEAU, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes, op. cit.*, n° 371.

1288 J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens - Les obligations*, *op. cit*., n° 1238. C'est aussi la qualification proposée par Mme A.-S. BARTHEZ, « Substitution de cautions et novation par changement de débiteurs », *op. cit*.

1289 M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, L.G.D.J. 2002, Coll. Droit des affaires, n° 98.

1290 Sur la novation, V. P.- D. SENE, *La notion de novation*, Thèse dactyl. Université de Reims Champagne Ardenne, 2006.

1291 Dans la première hypothèse, il s'agit de la novation par changement de cause, puisque le même débiteur s'engage envers le même créancier, pour le même objet, mais à un titre différent ; dans la troisième hypothèse, la novation se produit par changement de créancier.

place envers le créancier qui, corrélativement, accepte de libérer le débiteur initial[1292]. Cette variante sera écartée ici, en raison précisément de l'absence de lien de débiteur à créancier entre la caution initiale et la nouvelle caution[1293]. En effet, la substitution d'une nouvelle caution à l'ancienne est justifiée par la perte par cette dernière du statut qui était le sien au moment où elle s'est engagée comme caution. Par ailleurs, d'un point de vue chronologique la délégation parfaite intervient après la formation du contrat dont l'exécution de l'obligation est déléguée. Or, dans la clause ici envisagée, la substitution est initialement convenue.

Dans la seconde modalité de la novation par changement de débiteur, aussi qualifiée d'*expromissio*, la substitution est directement convenue entre le créancier et le nouveau débiteur sans que le débiteur initial en soit informé ; l'article 1274 du Code civil le prévoit expressément. Cette modalité de la novation sera aussi écartée, non seulement pour les raisons déjà évoquées, mais aussi au regard de l'importance déterminante de la caution initiale, notamment dans la rédaction de la clause. Même si la jurisprudence reconnaît bien au créancier et au nouveau débiteur la possibilité d'un accord en l'absence du débiteur initial[1294], il reste qu'elle ne se contente pas du seul accord entre le créancier et le nouveau débiteur pour admettre la novation par changement de débiteur[1295] et les juges du fond apprécient souverainement leur intention réelle de nover[1296].

En toute occurrence, la novation implique nécessairement un élément intentionnel qui tient à la volonté de nover, d'éteindre l'obligation ancienne et de faire naître une obligation nouvelle. La novation se caractérise par la création d'une autre obligation, nouvelle et différente de l'obligation primitive[1297]. Or, le but de la clause envisagée est justement d'éviter la création d'une obligation nouvelle, mais au contraire d'assurer le maintien du lien contractuel existant.

1292 Art. 1275 C. civ.

1293 La délégation imparfaite n'est pas envisagée ici parce qu'elle n'a pas d'effet novatoire : elle ajoute simplement le délégué comme second débiteur aux côtés du déléguant, mais sans libérer celui-ci. V. J. CARBONNIER, *Droit civil, Volume 2, Les biens - Les obligations, op. cit*., n°1264.

1294 Par exemple : Cass. com., 3 janvier 1995 : *JCP. E* 1995, *I*, n° 455, spéc. n° 4, obs. M. CABRILLAC et PH. PETEL.

1295 Cass. com., 5 novembre 1980 : *Bull. civ. IV*, n° 367.

1296 Cass. 1ère civ., 5 juin 1985 : *Bull. civ. I*, n° 181.

1297 P.- D. SENE, *Thèse préc*., n° 19, p. 12 : « *L'objet de la novation […] relève dans la création d'une obligation différente de la première par l'un quelconque de ses éléments substantiels. Il y a une nouvelle obligation, mais cette nouveauté ne tient qu'en un seul élément de l'obligation, c'est à dire l'*aliquid novi *ou l'élément nouveau.* »

395. – Le sous-cautionnement. La qualification de sous-cautionnement ne peut, elle aussi, être retenue. Dans le sous-cautionnement, en effet, la caution de second rang garantit à la caution de premier rang (caution initiale) son remboursement par le débiteur principal[1298]. La caution de premier rang tient en fait le rôle de créancier et prend une garantie auprès de la caution de second rang[1299]. Il est à relever que dans cette figure contractuelle, à la différence de la clause proposée, la caution initiale ne disparaît pas. Bien au contraire, elle reste seule garante des engagements du débiteur à l'égard du créancier, mais elle fait simplement garantir sa créance de remboursement à l'égard du débiteur principal.

396. – La subrogation personnelle. Faut-il songer à la qualification de subrogation personnelle ? Sans doute pas. En effet, la subrogation, en dépit de ses multiples usages[1300], « *est uniquement la substitution d'une personne dans les droits attachés à une créance dont une autre était titulaire, à la suite d'un paiement effectué par la première entre les mains de la seconde* »[1301]. Classiquement présentée comme une exception au principe de l'effet extinctif du paiement ou, plus récemment, comme un cas de paiement translatif de créance[1302] ou encore comme un mode indirect de transfert des créances[1303], la subrogation suppose nécessairement un paiement préalable[1304]. Dans la figure contractuelle ici proposée, rien de tel. La caution initiale sort du lien contractuel au regard uniquement de la perte de son statut et sans qu'un quelconque paiement ait été effectué au créancier.

397. – La substitution de personne. Faut-il y voir alors une substitution de personne[1305], par opposition à la cession de contrat[1306] ? « *La substitution de personne est l'opération par laquelle une personne, le substitué, met en œuvre une obligation née entre deux autres personnes, le substituant et une personne qui n'est pas modifiée, l'insubstitué, sans que le substituant ne disparaisse entièrement du rapport juridique et de telle sorte que le*

1298 J. MESTRE, « Les cofidéjusseurs », *Dr. & Patr.*, janvier 1998, p. 66 et s.

1299 V. PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit.*, n° 118 et s.

1300 V. J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, L.G.D.J. 1979, Tome 160, Préf. J. Kayser, n° 3 et s.

1301 *Ibid.*, n° 4.

1302 *Ibid.*, n° 306 et s.

1303 M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes, op. cit.*, n° 79.

1304 Art. 1236, al. 2 et 1249 C. civ.

1305 E. JEULAND, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, *Chron.*, p. 356 et s.

1306 L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *Thèse préc.*, n° 127. Dans cette figure contractuelle, le cessionnaire (la nouvelle caution) se donne au moyen du contrat, le but même que s'était donné le cédant (caution initiale).

substituant et l'insubstitué soient directement liés entre eux »[1307]. Cette substitution de personne n'est pas une opération translative d'obligation. Il n'y a, en effet, pas de continuation entre deux personnes dans un rapport contractuel, puisque le substituant ne disparaît pas[1308]. Autrement dit, la substitution de personne permettrait d'adjoindre un second débiteur au créancier, un débiteur subsidiaire, puisque la caution initiale resterait engagée, en sa qualité de substituant dans le rapport juridique comme partie dormante[1309].

Cette dernière conséquence de la substitution se présente comme un obstacle dirimant à la qualification de la clause proposée en une substitution de personne. Certes, la qualification de la substitution de personne a cet intérêt de présenter la même caractéristique que la situation de la caution ayant perdu son statut initial : l'obligation en cause ne peut être exécutée par le substituant (caution initiale) ou qu'il refuse tout simplement de l'exécuter[1310]. Cela ne peut toutefois pas être suffisant. Précisément, la substitution de personne maintient par exemple le dirigeant démissionnaire et ayant cédé ses titres sociaux comme caution des engagements de la société. Or, le mécanisme n'a de sens que s'il permet de libérer la caution de son engagement donné du temps où elle était liée au débiteur principal. Par conséquent, la qualification de substitution de personne, présentée comme « *remède à la situation inconfortable du dirigeant caution* »[1311], ne peut être retenue. Il convient alors d'envisager les qualifications susceptibles d'être retenues.

2. – Les qualifications susceptibles d'être retenues

398. – Deux qualifications. Deux qualifications juridiques sont susceptibles d'être retenues. La première, la substitution de position contractuelle, reste une qualification juridique possible ; tandis que la seconde, la clause de substitution, est retenue.

1307 E. JEULAND, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, *Chron*., p. 356 et s.

1308 E. JEULAND, *op. cit*., p. 357.

1309 *Ibid.* – *Contra*, L. AYNES, « La circulation du contrat », *LPA* 2005, n° 90, p. 62 et s. Selon cet auteur, c'est uniquement au regard des dettes antérieures à l'opération de cession ou substitution que le cédant n'est pas libéré, sauf convention particulière. En revanche, pour toutes les dettes postérieures à cette opération, il est libéré (p. 63). Il faut rappeler que tant que la défaillance du débiteur n'est pas encore survenue, la dette de la caution reste une dette éventuelle, *supra*, n° 289 et s.

1310 E. JEULAND, *op. cit*., p. 357 (note 14).

1311 G. DEHARO, « La substitution de caution. Remède à la situation inconfortable du dirigeant caution ou manifestation de l'évolution du droit des contrats ? », *op. cit*.

399. – La qualification possible : la substitution de position contractuelle. Parmi le panorama des différentes figures contractuelles éprouvées[1312] ou soutenues par la doctrine[1313], celle de *substitution* ou de *translation* ou encore de *cession de position contractuelle* paraît d'un attrait évident[1314]. En effet, la qualification de substitution de position contractuelle est retenue lorsque le substitué se retrouve exactement dans la même position contractuelle que le substituant. La personne qui cède sa position contractuelle se soustrait à ses engagements en les répercutant à un tiers, sans que l'économie du contrat soit altérée, ceci parce que le cocontractant a accepté initialement cette possibilité[1315].

L'analogie avec la clause ci-dessus proposée ne souffre aucun doute. La caution initiale, parce qu'elle a perdu son statut ou parce que ses liens avec la société ont été rompus, est remplacée par une nouvelle, dans cette position, qui assure au créancier les mêmes garanties. Et parce que la clause serait initialement convenue dans l'acte de cautionnement, le créancier ne pourra s'y opposer. N'étant pas une notion juridique propre ou autonome mais décrivant de manière prosaïque et factuelle une situation concrète[1316], la substitution de position contractuelle épouse les contours de la proposition de clause ci-dessus formulée. Toutefois, parce que le substituant ne disparaît pas totalement du rapport juridique dans la substitution de position contractuelle mais reste dans un rapport juridique dormant, comme dans toute substitution[1317], cette qualification peut sembler – sous ce seul angle – inopportune[1318].

1312 D.-R. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D*. 1994, *Chron*., p. 145 et s. Dans ce cas, la caution qui perd son statut initial serait le stipulant, la nouvelle caution serait le promettant et le créancier serait le bénéficiaire de la promesse. V. aussi, « Du changement de contractant », *D*. 2001, *Chron*., p. 3144.

1313 M. PH. DELEBECQUE (note sous Cass. com., 11 mai 1993, *JCP. E* 1993. *II*, 503) a avancé l'idée d'une *cession par la caution du contrat de cautionnement ou d'une simple substitution de contractant* (note sous Cass. com., 1er avril 1997 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, § 245, p. 641). Mme O. SALVAT (*op. cit*.) propose quant à elle la qualification de cession unilatérale du contrat de cautionnement. Cette qualification ne peut, elle aussi être retenue. En effet, la cession conventionnelle de contrat entraîne la création d'un nouveau contrat et ne produit pas d'effet translatif. V. M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes*, *op. cit*., n° 6.

1314 V. I. NAJJAR, « Clause de substitution et "position contractuelle" », *D*. 2000, *Chron.,* p. 635 et s.

1315 I. NAJJAR, « Clause de substitution et "position contractuelle" », *op. cit*., p. 639.

1316 *Ibid.*, p. 640.

1317 M. BEHAR-TOUCHAIS, « Retour sur la clause de substitution », *in Mélanges L. BOYER*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 85 et s.

1318 Pour atténuer cette fâcheuse conséquence du maintien de la caution initiale dans un rapport dormant, Mme O. SALVAT (*op. cit*., n° 12 et 13) avance l'idée selon laquelle ce maintien n'existerait que parce que le créancier accepterait la substitution ou cession sous la condition suspensive de l'exécution par la caution substituée de la totalité des engagements de la caution substituante.

400. – La qualification retenue : la clause de substitution. La qualification de la clause ici proposée à partir des figures contractuelles connues n'est pas aisée, au regard notamment des effets qui y sont attachés. En effet, dans l'infinie diversité des situations que régit la théorie générale des obligations, le cas de changement de contractant tourne au défi au point d'en constituer une énigme piquante et durable[1319]. Cette difficulté est attestée par le recours souhaité à la notion de « contrat relationnel »[1320]. Il convient dès lors de rechercher une autre qualification en partant d'une approche pratique et reposant sur des considérations toutes aussi pratiques. Il s'agit donc d'envisager cette clause « *dans sa dimension propre, sans a priori dogmatique, mais non sans tenir compte de la vivacité des situations – non encore – nommées* », ainsi que le suggère M. I. NAJJAR[1321]. Autrement dit, il convient de privilégier une approche factuelle en évitant, autant que faire se peut, le forçage de la clause dans une catégorie juridique bien répertoriée, typée, ou identifiée. Cette démarche paraît d'autant plus idoine que les clauses de substitution sont neutres et peuvent recevoir diverses qualifications, eu égard notamment à leurs différences rédactionnelles ou à la différence existant dans leur mise en œuvre[1322].

Au demeurant, considérée en elle même, la substitution atteint l'un des sommets des créations juridiques simples[1323]. Ces créations juridiques sont souvent présentées comme attestant de la vigueur et du dynamisme du droit des affaires[1324]. Et, la clause ici envisagée s'inscrit résolument dans cette évolution. Elle permet de prendre en compte l'évolution de la situation de la caution initiale et de mettre cette situation en cohérence avec son contexte et celui du débiteur principal. Ce sont les raisons pour lesquelles la qualification de *clause de substitution* pourrait être retenue en définitive.

1319 D.-R. MARTIN, « Du changement de contractant », *op. cit*., p. 3144. Il convient de citer l'auteur : « *Inépuisable théorie des obligations ! Vieille comme le droit, elle a toujours la fraîcheur d'un système né d'hier. Parce que l'infinie diversité des situations qu'elle régit en réactive toujours l'acuité. Parce que l'évolution des idées qu'elle reflète en infléchit sans cesse les conceptions. Parce que le renouveau des figures qu'elle affronte en sollicite sans fin les schémas. Il arrive même que l'épreuve tourne en défi* ».

1320 G. DEHARO, *op. cit*., p. 460. Selon cet auteur, le contrat relationnel aurait, d'une part, l'avantage d'autoriser l'évolution du contrat en fonction du but recherché et de l'utilité économique du contrat. D'autre part, il constituerait une réponse satisfaisante à la pesanteur du consensualisme qui a pour effet de figer les contrats au moment de l'échange des consentements.

1321 « Clause de substitution et "position contractuelle" », *op. cit.*, p. 336.

1322 E. JEULAND, *op. cit*., p. 358 (notes 28 à 30).

1323 I. NAJJAR, « Clause de substitution et "position contractuelle" », *op. cit.*, p. 337.

1324 M. CABRILLAC, « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes du droit commercial », *in Mélanges G. MARTY*, Université de sciences sociales de Toulouse 1978, p. 235 et s.

401. – La qualification de *clause de substitution* rend parfaitement compte du changement qui découlerait de la mise en application de cette clause, en tout cas, d'un point de vue purement subjectif visant la relation « caution – créancier ». Bien plus, la qualification de clause de substitution traduit à la fois la complexité de la situation, mais aussi le caractère évolutif de la situation de la caution. Bien sûr, il n'est nulle question ici de considérer la substitution avec toutes les conséquences que le droit y attache, spécialement la survivance du substituant en tant que « partie dormante ». En effet, comme toutes les qualifications envisagées par le Code civil, une telle approche reste statique et ne prend pas en compte le caractère évolutif de la relation contractuelle[1325]. Il s'agit plutôt de considérer la substitution comme le fait de mettre une personne à la place d'une autre qui sort du lien contractuel. Le terme est par conséquent considéré ici dans son sens premier et non point dans celui qu'il reçoit dans la sphère juridique[1326].

Un écho à cette orientation peut être trouvé dans les enseignements de PLANIOL et RIPERT relatifs à la transmission des obligations. Selon ces auteurs, « *transmettre une obligation, c'est substituer une personne nouvelle à l'une de celles qui figuraient déjà dans le rapport juridique, sans que ce rapport cesse d'être exactement celui qu'il était jusqu'alors. Cela suppose que la personne remplacée sort complètement du lien d'obligation et que celle qui lui succède prend en tous points sa place, qu'elle a non pas des droits et obligations propres, mais exclusivement les droits et les obligations qui existaient au regard de la première.* […] *le débiteur initial n'est plus tenu à rien et le nouveau débiteur est tenu exactement comme l'était le premier, pour une cause et dans une mesure identique* »[1327]. La substitution doit donc être considérée comme un moyen ou une technique de remplacement de la caution et de préservation de l'harmonie des intérêts et de l'économie du contrat[1328].

1325 En ce sens, G. DEHARO, *op. cit*., p. 459.

1326 Selon *Le Petit Robert*, substituer c'est « *mettre quelque chose ou quelqu'un à la place d'une autre chose ou personne, pour faire jouer le même rôle* ».

1327 M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français, T. 7, op. cit.,* n° 1105, p. 414. C'est nous qui soulignons.

1328 *Rappr*. R. FABRE, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RTD. civ*. 1983, p. 1 et s., n° 12 et 13. Au demeurant, dans l'arrêt de la Cour de cassation du 1er avril 1997 précité, les cessionnaires s'étaient engagés à se substituer dans les cautions personnelles des cédants. L'acte de cession prévoyait dans une clause spéciale que les cessionnaires s'engageaient à reprendre l'ensemble des cautionnements personnels donnés par les vendeurs en garantie des emprunts contractés par la société dont les actions étaient cédées. La Cour de cassation a du reste validé cette clause, même si l'unique moyen du pourquoi l'a conduit à se prononcer uniquement sur la validité de ladite clause au regard de son objet.

402. – Préservation de l'économie du contrat. La clause ici proposée préserve pleinement l'économie du contrat. Elle correspond tout d'abord à ce que les parties ont voulu mais qu'elles n'ont pas exprimé dans l'*instrumentum*, à savoir l'alignement de la vie de l'engagement à la survivance du statut initial de la caution. Elle correspond ensuite à l'autre versant de l'économie du contrat, à savoir l'équilibre économique et financier du contrat ou, plus précisément, l'équilibre objectif des prestations de chacune des parties[1329]. Ainsi, sa mise en œuvre permet au créancier de toujours bénéficier d'une caution contre laquelle il peut se retourner en cas de défaillance de la société débitrice[1330]. Celle-ci voit de son côté le crédit qui lui est accordé maintenu. Enfin, la caution initiale se trouve libérée par suite de la perte de son statut initial.

403. – Appréciation au regard de l'*intuitus personae*. Cette présentation peut, *a priori*, sembler incohérente dans la mesure où le caractère *intuitu personae* de l'engagement de la caution est soutenu et mis en avant, surtout si l'on considère l'incessibilité passive qui en découle[1331]. Grande est alors la tentation de considérer que la personne de la caution est indifférente, ce qui reviendrait à nier le caractère *intuitu personae* de son engagement. La tentation est d'autant plus grande que l'instrument normal de satisfaction du créancier, c'est un acte du débiteur[1332] et « *l'exécution des contrats* intuitu personae *appelle l'exécution personnelle des obligations qu'il engendre et paraît faire obstacle à toute substitution d'exécutant par le débiteur* »[1333].

En réalité, non seulement « *le principe de l'intransmissibilité du contrat ne saurait souffrir d'une inflexibilité absolue préjudiciable à l'éventuelle poursuite de la relation*

1329 J. MOURY, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *op. cit*., n° 10 et s.

1330 En cela, il ne peut s'agir de révision du contrat. D'une part, en effet, la révision du contrat intervient lorsqu'il devient impossible pour un contractant de fournir la prestation attendue de lui ou lorsque cette exécution devient pour lui plus onéreuse. La révision consiste donc à reconsidérer les engagements initiaux. Dans la proposition ici faite, la prestation de la caution n'est en aucune manière reconsidérée, simplement que la caution est remplacée par une autre caution tenue de fournir la prestation initialement convenue.

D'autre part, il est difficile de songer à l'imprévision ici dans la mesure où celle-ci se présente comme un manque de prévoyance des contractants. Dans ce sens, le refus du droit privé français d'admettre la révision des contrats s'interprète comme la réticence de ce droit à venir au secours des contractants imprévoyants des changements de circonstances survenus après la conclusion du contrat et que les parties pouvaient raisonnablement envisager en s'engageant (en ce sens, B. FAUVARQUE-COSSON, « Le changement de circonstances », *op. cit*.). Or dans le cas du cautionnement donné à une société, la corrélation entre le statut de la caution et le maintient de son engagement est intégrée dans l'économie du contrat.

1331 *Supra,* n° 80 et s.

1332 N. CATALA, *La nature juridique du payement, op. cit*., p. 20.

1333 M.-E. ANDRE, « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *op. cit*., n° 22.

contractuelle lorsque celle-ci est opportune »[1334], mais en plus l'*intuitus personae* au second degré autorise pleinement le mécanisme de la clause de substitution. Il suffit pour cela que la caution substituée présente, en tous points, les mêmes qualités et offre les mêmes garanties que la caution primitive. Car, l'*intuitus personae* qui caractérise la relation entre le créancier et la caution repose sur la confiance et se caractérise par une diversité des éléments dont la solvabilité, les qualités de gestionnaire du dirigeant, la surface financière de l'associé, entre autres[1335]. C'est un *intuitus personae* à adhérence patrimoniale, avons-nous rappelé[1336].

Or, le choix d'un dirigeant social repose sur des critères identiques de telle sorte que l'*intuitus personae* qui devrait exister entre ce dirigeant et le créancier sera de la même intensité. Dès lors, le remplacement d'un dirigeant par son successeur dans un engagement de caution ne devrait pas poser de difficultés. En effet, *« l'*intuitus personae *marquant le contrat renforce les exigences de bonne foi dans son exécution et favorise le recours aux formules moins dramatiques de prévention et règlement des possibles différends* »[1337], il peut être attendu de la part du créancier plus de tolérance dans la substitution de la caution initiale, indépendamment de la stipulation *ab initio* de cette clause dans le contrat. Du reste, c'est dans cette même logique que l'associé cessionnaire des titres sociaux reprendrait l'engagement de caution pris par le cédant.

1334 G. LOISEAU, « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », *op. cit*., p. 102.
1335 *Supra*, n° 53.
1336 *Ibid.*
1337 Comme l'a écrit Madame M.-E. ANDRE, « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *op. cit*., n° 27.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

404. – La situation de la caution garante des engagements d'une société reste, en définitive, très précaire. Quel que soit le statut qui est le sien lorsqu'elle s'engage, la caution des dettes sociales peut très rapidement perdre ce statut. Cette situation n'est pas prise en compte par le droit positif. La jurisprudence, s'appuyant sur une certaine analyse de la cause de l'engagement de la caution et sur l'effet obligatoire des conventions, maintient l'engagement de la caution. La prise en compte de l'évolution du statut de la caution atteint-elle l'effet obligatoire du contrat ? La réponse affirmative qu'y apporte le droit positif n'est pas satisfaisante ; elle doit par conséquent être abandonnée. En effet, dans l'économie du cautionnement donné à une société, le statut de la personne caution y est nécessairement intégré. Tirer les conséquences logiques de cette modification de l'économie du contrat ne remet pas en cause l'effet obligatoire du contrat[1338]. Parce que le droit positif « reste visiblement sourd aux cris de détresse des cautions des dettes sociales », en cette occurrence, la proposition que nous formulons est somme toute simple : ***stipuler une clause de substitution conforme à l'économie du cautionnement donné et qui permette la libération de la caution*.**

405. – Cette clause qui pourrait être au fond une « *clause de style* » en ce sens qu'elle devrait figurer dans tout cautionnement donné à une société[1339] permettrait de neutraliser le déséquilibre de la relation contractuelle[1340] qui survient lorsque la caution perd don statut initial, dans la mesure où la substitution d'une nouvelle caution à l'ancienne rétablirait l'équilibre ainsi brisé. Cette clause répondrait en outre à l'adaptation nécessaire du contrat, au-delà de sa stabilité formelle. Car, rappeler sans cesse que le contrat a force obligatoire revient à masquer une altération profonde et injuste de la convention[1341], particulièrement à l'égard de la caution ayant perdu son statut initial. Or, « *la moralisation des rapports*

1338 Il a été relevé que la démarche de la jurisprudence, axée sur la force obligatoire du contrat, procédait d'une confusion de la force obligatoire avec l'intangibilité. V. G. DEHARO, *op. cit*., p. 461.

1339 *Cf.* : G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit., v° « Clause de style ».*

1340 Le déséquilibre du contrat est, selon L. FIN-LANGER (*op. cit*., n° 188 et 232), « *une absence d'équilibre* » ou « *une composition non harmonieuse du contenu du contrat, envisagé dans sa globalité* ».

1341 J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », *in La tendance à la stabilité du rapport contractuel,* Etudes de droit privé, Dir. et Préf. de P. DURAND, L.G.D.J. 1960, p. 189 et s, n° 2.

contractuels, la justice contractuelle condamnent […] *l'exécution, dans ses conditions initiales, d'une convention dont l'économie s'est dégradée sous l'influence des circonstances extérieures. Au contraire, elles commandent un redressement, une adaptation du contrat qui sauvegardera la stabilité réelle du rapport contractuel en rétablissant l'équilibre primitif rompu* »[1342].

406. – Au demeurant, sans anticiper sur le chapitre qui suit immédiatement, il peut d'ores et déjà être relevé que le droit positif reconnaît et consacre bien le mécanisme de la substitution lorsque survient le décès du contractant, spécialement de la caution. Car, dans ce cas, l'obligation de la caution est simplement reprise par ses héritiers, ce qui n'est rien moins qu'une substitution de la caution décédée par ses héritiers. En effet, quoique radical, le décès constitue, ainsi que nous le verrons, un cas de perte du statut initial, comme la démission du dirigeant, le retrait d'un associé ou encore la disparition du lien conjugal. Ces situations sont toutes caractérisées par une impossibilité, pour le contractant lésé ou en cause, d'exécuter la prestation attendue de lui. Simplement, dans un cas, celui du décès, cette impossibilité est totale ; ce qui explique et justifie l'intervention du législateur à travers une disposition prévoyant une substitution légale. Dans les autres cas, démission, révocation, cession des titres sociaux, disparition du lien conjugal, cette impossibilité est morale, situation que le droit n'a pas en principe vocation à régir, d'où l'exaltation de la force obligatoire face à la caution ayant perdu son statut initial.

Pour bien faire ressortir ce point et surtout bien mettre en lumière le contraste des deux situations, il convient d'analyser l'hypothèse du décès de la caution. Il en ressortira que les règles applicables en cas de décès de la caution sont empreintes d'une certaine moralisation des rapports contractuels.

[1342] *Ibid*., n° 3 *in fine*.

CHAPITRE 2

LE DECES DE LA CAUTION

407. – Position du problème. Le cautionnement donné à une société, avons-nous dit, est un contrat conclu *intuitu personae*. Cette considération de la personne de la caution passe notamment par son patrimoine qui constitue le gage général du créancier, puisque le cautionnement n'est possible que parce qu'il y a un patrimoine. C'est précisément ce patrimoine qui se transmet aux héritiers. En effet, lorsqu'une caution décède, elle cesse, comme toute personne physique, d'avoir une existence juridique ; sa personnalité juridique disparaît avec l'être et l'enveloppe charnelle est réduite à l'état de chose[1343]. Ses droits et obligations qui forment son patrimoine survivent néanmoins et se transmettent à ses héritiers qui en sont saisis de plein droit[1344], à la notable exception des droits et obligations intransmissibles[1345]. Ce faisant, ils succèdent aux droits et obligations du défunt de telle sorte que les contrats passés par celui-ci continuent à produire les effets qui s'y attachent, la caution étant censée avoir stipulé pour elle-même et pour ses héritiers ou ayants-cause[1346]. L'obligation de la caution qui est de garantir l'exécution des engagements du débiteur est donc logiquement transmise à ses héritiers.

En réalité, la problématique paraît plus complexe. Tout d'abord, l'article 2294 du Code civil précise que les engagements de cautions ne passent à leurs héritiers que si

---

1343 H, L & J. MAZEAUD, F. CHABAS, par F. LAROCHE, *Leçons de droit civil, Tome I/ Deuxième volume, Les personnes, 8ème éd.* Montchrestien-1997, n° 445.

1344 Art. 724, al. 1. C. civ.

1345 V. M. BEHAR-TOUCHAIS, *Le décès du contractant*, Thèse Université de Paris II, Economica - 1988, Coll. Droit privé, Préf. G. CHAMPENOIS, n° 121 et s.

1346 Art. 1122 C. civ.

l'engagement était tel que la caution y fut obligée. Plus encore, le cautionnement est un contrat *intuitu personae*. Enfin, une donnée d'ordre moral, la protection des héritiers contre les engagements inconsidérés souscrits par le défunt, doit être prise en compte. Il n'est donc pas juste de leur faire supporter la charge de ces obligations sur leurs patrimoines personnels par l'effet de la confusion de patrimoines résultant de leur acceptation[1347]. Si, à la suite d'une considérable évolution de la jurisprudence, le principe de la transmission des engagements de la caution a été maintenu, cette transmission n'est plus limitée qu'aux seuls cas de cautionnement de dettes déterminées (**section 1**). En effet, lorsque le cautionnement a été donné en garantie des dettes indéterminées, seule l'obligation de règlement des dettes déjà nées est transmise aux héritiers (**Section 2**).

SECTION 1

LA TRANSMISSION INTEGRALE DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE DETTE DETERMINEE

408. – Plan. En principe, le patrimoine se transmet aux héritiers lorsqu'une personne décède. Les modalités de cette transmission sont prévues et organisées par le Code civil. Aux termes de l'article 768 du Code civil, cette transmission se fait grâce à l'acceptation de la succession par les héritiers et cette acceptation peut se faire purement et simplement ou à concurrence de l'actif net. Dans ce dernier cas, leur patrimoine personnel se confond avec le patrimoine successoral. Cette acceptation présente un danger évident pour l'héritier, celui de recueillir un patrimoine dont le passif serait plus élevé que l'actif, voire de son patrimoine personnel, en raison notamment d'un cautionnement qui le grève. Ce risque est pris en compte par le droit qui distingue selon que le cautionnement garantit des dettes déterminées ou indéterminées. C'est pourquoi, à côté de la transmission intégrale du

[1347] B. SAVOURE, « Caution et famille : la caution et ses héritiers », *Dr. & patr*. 2001, n° 92, p. 90 et s.

cautionnement de dettes déterminées (**§1**), la loi a prévu la possibilité pour les héritiers de se libérer de certaines successions (**§2**).

§ 1. – LE PRINCIPE DE LA TRANSMISSION INTEGRALE DU CAUTIONNEMENT DES DETTES DETERMINEES

409. – Division. Lorsque le cautionnement donné par la caution défunte garantissait l'exécution d'une dette déterminée, ce cautionnement est intégralement transmis à ses héritiers, pour peu qu'ils acceptent la succession purement et simplement. Cette solution, assez catégorique, repose sur de solides justifications juridiques (**A**). Toutefois, la confrontation de la nature commerciale du cautionnement ainsi transmis avec le droit des successions ne va pas sans incidence (**B**).

A. – LES JUSTIFICATIONS

410. – Deux justifications. Deux justifications, dont une principale et une secondaire, sont avancées à l'appui de la transmission intégrale du cautionnement de dettes déterminées. La première est propre au droit des successions, à savoir la règle de la transmission universelle du patrimoine aux héritiers (*1*). La seconde, propre au droit des obligations, tient à l'impossible révocation d'un cautionnement garantissant le paiement d'une dette déterminée (*2*).

1. – La règle de la transmission universelle du patrimoine

411. – De la théorie du patrimoine… Lorsque la succession d'une personne décédée est acceptée purement et simplement par ses héritiers, c'est-à-dire sans aucune condition, ni réserve quelconque, son patrimoine se transmet entièrement à ces derniers. Par cette transmission universelle de patrimoine, les héritiers sont censés continuer la personne du défunt. Cette transmission universelle est une conséquence de la théorie du patrimoine

conceptualisée à la fin du XIXème siècle par AUBRY et RAU dans leurs Cours de droit civil[1348]. Emanation de la personnalité et expression de la puissance juridique dont une personne se trouve investie comme telle, le patrimoine désigne l'ensemble des biens et des obligations d'une personne, envisagé comme formant une universalité de droit, c'est-à-dire un tout, une unité juridique. Cette universalité comprend dans son actif les biens de la personne et l'ensemble de ses droits ayant une valeur pécuniaire et, dans son passif, les dettes de la personne[1349]. Sa valeur se détermine par conséquent de la déduction du passif de son actif : « *Ce qui fait le patrimoine, c'est que les biens, les droits y sont soudés par la nécessité de répondre des dettes*[1350]. » De cette construction théorique, d'importantes conséquences de la notion du patrimoine ont été tirées, à savoir que seules les personnes (physiques ou morales) pouvaient avoir un patrimoine et un seul, quand bien même ces personnes ne posséderaient aucun bien[1351].

412. – …à la transmission universelle du patrimoine. Sous l'effet du temps, cette théorie a subi d'importants assauts, dont le plus important reste la théorie du patrimoine d'affectation[1352], laquelle remet en cause le principe de l'unité du patrimoine[1353]. De récents travaux vont encore plus loin en prônant purement et simplement « l'abandon de toute construction de la notion de patrimoine »[1354], c'est-à-dire rien moins que la disparition de cette notion juridique[1355]. Pour autant, la théorie classique du patrimoine reste encore un

---

1348 C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zacharie, 6ème vol., 4ème éd., Paris 1873, p. 229 et s. pour un aperçu des racines de cette règle chez DOMAT, v. M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes, op. cit*., n° 116.

1349 C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, p. 233.

1350 J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. 1, op. cit*., n° 166.

1351 C. AUBRY et C. RAU, *op. cit.*, p. 234 et s.

1352 V. F. COHET-CORDEY « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *op. cit*., n° 2 à 4.

1353 La possibilité de créer une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée (EURL) en atteste.

1354 D. HIEZ, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, L.G.D.J. - 2003, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome. 399, Préf. PH. JESTAZ, n° 6.

1355 Selon M. D. HIEZ, il faut « *délester le patrimoine de sa charge juridique pour ne laisser survivre que le sens commun* » (*Thèse préc*., n° 11). A l'appui de cette proposition, il soutient que le patrimoine est « *doté d'une inaptitude congénitale à rendre compte de l'appréhension par le droit du phénomène collectif* » qu'il recouvre (*Ibid*., n° 12) ; le patrimoine ne justifie pas, par ailleurs, « *l'unité de l'être et de l'avoir* » (*ibid*., n° 15). Pourtant, plus loin dans sa démonstration, en partant d'une analyse critique de la diversité des situations de successeurs et la diversité du sort des dettes d'un patrimoine, cet auteur reconnaît que « *le droit français se rattache sans conteste au système de la succession à la personne* » (n° 522). Il admet, ce faisant, « le lien de personne à patrimoine » que le droit positif français consacre. Il n'y a donc pas, selon nous, de quoi entretenir la polémique, d'une part, parce qu'il faudrait dans ce cas déconstruire tout le droit privé français, voire tout le droit français dans la mesure où le patrimoine n'est pas uniquement une notion de droit privé ; et d'autre part, parce que notre étude ne traite pas, à titre principal, de la question du patrimoine, bien que son encrage dans notre sujet soit profond.

solide soubassement qui assure la pérennité de plusieurs branches du droit français tout en préservant leur armature technique[1356]. Il a même été démontré que la théorie du patrimoine constituait une explication fondamentale de la structure et des mécanismes du droit positif français[1357] et que la continuation de la personne du défunt explique l'obligation aux dettes héréditaires[1358].

Ainsi, la transmission universelle du patrimoine et la continuation de la personne du défunt trouvent-t-elles encore à s'expliquer à partir de cette théorie[1359]. Dans ce sens, il est admis que la mort d'une personne ne fait pas perdre à l'ensemble de ses biens le caractère d'universalité juridique. C'est, en effet, le maintien de ce caractère qui permet la transmission des biens du défunt, sous le terme technique d'hérédité, à ceux qui sont appelés – par sa volonté, exprimée dans un testament, ou par la loi – à les recueillir en totalité ou seulement en partie aliquote[1360]. La saisine héréditaire confère donc la qualité de continuateur ou de représentant du défunt à ceux qui en sont investis. M. M. BILLIAU[1361] note à cet égard que par cette qualité de continuateur de la personne du défunt, l'héritier « *assume la passé juridique de son auteur, comme s'il était le sien* ». Le Code civil permet d'ailleurs d'établir la corrélation entre la continuation de la personne du défunt par ses héritiers et la saisine légale dont ils sont investis[1362].

1356 D'ailleurs, lorsque AUBRY et RAU élaboraient leur théorie, le Code civil admettait déjà l'acceptation du patrimoine sous bénéfice d'inventaire de telle sorte que le patrimoine hérité formait une universalité à part aux mains de l'héritier (*op. cit*., p. 234).

1357 F. COHET-CORDEY, *op. cit.*

1358 J. PARCEROU, « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD. civ*. 1905, p. 537.

1359 Historiquement, explique F. COHET-CORDEY (*op. cit.,* n° 8) : « [Le] *droit du créancier sur la personne du débiteur n'avait aucune valeur pécuniaire, il était tout aussi personnel que le besoin de vengeance dont il n'était qu'un dérivé. En cas de décès du débiteur son créancier ne pouvait que se saisir de sa dépouille (sa dette n'était pas transmise avec le patrimoine qui ne comportait alors que des éléments actifs), le privant de sépulture, ce qui constituait une peine redoutable selon les croyances religieuses romaines. Cette crainte d'un malheur sans fins pour l'âme du débiteur donna naissance à la fiction de la continuation de la personne du défunt par son successeur qui se trouva alors tenu à la place de son auteur et dans les mêmes termes que celui-ci* ». Sur ces aspects historiques, *Cf* : J. PARCEROU, *op. cit*., p. 549 à 573.

1360 Dans l'ancien droit, seuls les parents légitimes jouissaient du titre d'héritiers et étaient, à cet égard, considérés comme continuateurs de la personne du défunt. Reprenant cette règle, le législateur de 1804 en a légalement investi les héritiers par le sang et il fallut attendre 1896, 1958 et 2001 pour que les enfants naturels, le conjoint survivant et les enfants adultérins en soient respectivement investis (J. CHARLIN, W. DROSS, M. DURRLEMAN, *Dictionnaire de droit patrimonial de la famille* - Dir. J.-P. SCARANO-, éd. Ellipse 2008, p. 458). Ceci explique qu'ils soient aujourd'hui encore les seuls investis de la saisine héréditaire (Art. 724 C. civ). La jurisprudence retient néanmoins que chacun des héritiers est saisi de l'universalité de l'hérédité), quand bien même ils seraient en concours avec des héritiers à réserve. V. par exemple : Cass. 1ère civ. 24 novembre 1969, *D*. 1970, 164.

1361 M. BILLIAU, *La transmission des créances et des dettes, op. cit*., n° 117.

1362 Ainsi, l'article 1122 de ce Code dispose que l' « *on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants-cause* […] ». Ainsi encore, l'article 1220 du même Code énonce que les héritiers ne peuvent demander la dette ou ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus

413. – Transmission de l'engagement de caution. Ainsi, succédant au patrimoine du défunt en recueillant tout ou partie de celui-ci, les héritiers succèdent à la personne, et c'est parce qu'ils succèdent à la personne qu'ils sont tenus comme celle-ci pouvait l'être[1363], activement et passivement, en raison de l'indivisibilité caractéristique de l'hérédité[1364]. Cette indivisibilité a pour conséquence de rendre chaque héritier théoriquement responsable de l'ensemble des dettes qui grèvent l'hérédité quelle que soit sa part héréditaire, c'est-à-dire en principe au-delà de l'actif qu'il recueille ou qui lui revient. Prenant en compte les implications pratiques de cette indivisibilité, le législateur, reprenant en cela une règle du droit romain qui avait abandonné le caractère viager du cautionnement[1365], a opté pour une répartition des dettes en fonctions des parts héréditaires déterminées au moment du partage[1366]. Ainsi s'explique la transmission de l'engagement de caution portant sur une dette déterminée pris par le défunt à ses héritiers.

414. – Considérations économiques et exigences du crédit. Des considérations économiques et les exigences de la sécurité nécessaires au crédit s'ajoutent également à ses raisons. L'éventualité d'une perte automatique de la sûreté garantissant les engagements d'une société à la suite du décès de la caution est en effet inconciliable avec toute idée de crédit, en raison de la précarité qui en résulte. « *La société vit de crédit. Il n'est pas possible que les relations économiques de ses membres soient précaires à ce point d'être rompues brusquement par la mort, que le décès du débiteur suffise à éteindre ses dettes, ni que le décès du créancier suffise à libérer les débiteurs. Il est indispensable que ces évènements n'empêchent point l'exécution des engagements existants*[1367]. »

415. – *Intuitus personae*. Certes, il est possible de penser que cette transmission n'est pas possible en raison du caractère *intuitu personae* du cautionnement, puisque l'obligation

---

comme représentant le créancier ou le débiteur. Et l'article 877 de ce texte prévoit : « *Le titre exécutoire contre le défunt l'est aussi contre l'héritier, huit jours après que la signification lui en a été faite* ».

1363 F. COHET-CORDEY, *op. cit.,* n° 27.

1364 Art. 870 C.civ.

1365 CH. MOULY, *Thèse préc*., n° 311.

1366 *Ibid*. Il convient toutefois de retenir qu'en dépit de cette précaution législative, l'acceptation (pure et simple) du patrimoine du défunt entraine une confusion entre ce patrimoine et celui de l'héritier acceptant. Il est de ce fait tenu *ultra vires successionis*, c'est-à-dire au-delà de la valeur de la succession. Cela suppose qu'il peut être poursuivi par le créancier garanti sur son patrimoine personnel, à moins qu'il ne soit déchargé de cette dette par le juge lorsqu'il avait de motifs légitimes de l'ignorer lors de l'acception du patrimoine ou lorsque l'acquittement de cette dette aurait pour conséquence d'obérer gravement son patrimoine personnel (Art. 786 C. civ.).

1367 J. PARCEROU, *op. cit*., p. 545.

souscrite en considération de la personne ne peut être exécutée par une personne autre que son débiteur, sous réserve de l'*intuitus personae* au second degré. Plus directement, la caution garantissant l'exécution d'une dette déterminée est débitrice envers le créancier parce que cette dette est présente. Son obligation de payer est « inscrite » au passif de son patrimoine. Son décès n'influence en rien cette situation par rapport à l'avenir : son décès fixe le présent et supprime l'avenir[1368]. Les héritiers qui recueillent le patrimoine du *de cujus* et qui, ce faisant, continuent la personne du défunt auront par conséquent comme seule obligation de s'acquitter de cette dette grevant la masse successorale. Ainsi, outre l'effet fixateur de la mort, la transmission du cautionnement aux héritiers tient également à l'impossibilité pour les héritiers de révoquer un cautionnement garantissant des dettes déterminées.

2. – L'impossible révocation d'un cautionnement garantissant des dettes déterminées

416. – Il a été démontré précédemment que le cautionnement garantissant l'exécution de dettes déterminées est un cautionnement fermé dans la mesure où l'obligation garantie est à exécution instantanée ou que la dette est échue[1369]. L'engagement de la caution est donc un engagement ferme et définitif qui ne peut être révoqué, à la différence d'un cautionnement ouvert. Dans ce dernier, en effet, la possibilité de révoquer son engagement est reconnue à la caution dans la mesure où elle constitue le corollaire et l'exutoire à l'interdiction des engagements perpétuels[1370]. Plus précisément, si l'indétermination des dettes garanties a pour effet de rendre d'une certaine manière la caution maîtresse du moment où se dénouera le lien contractuel dont elle est tenue, la détermination de cet engagement produit exactement l'effet inverse en annihilant la volonté de la caution de rompre le lien contractuel qui l'unit au créancier.

Ainsi, ne pouvant être rompu par la caution de son vivant, l'engagement de caution se transmet à ses héritiers sans que ces derniers puissent le remettre en cause lorsque survient son décès[1371]. Toutefois, cette transmission de l'engagement de caution qui

---

1368 M. BEHAR-TOUCHAIS, *Thèse préc*., n° 169, p. 151.
1369 *Supra*, n° 123 et 124.
1370 *Supra*, n° 164.
1371 *Rappr.,* M. BEHAR-TOUCHAIS, *Thèse préc*., n° 186.

s'effectue suivant la règle de la transmission universelle de patrimoine ne va pas sans confronter le droit des successions à la nature commerciale de l'engagement de caution.

B. – L'INCIDENCE DE LA NATURE COMMERCIALE DU CAUTIONNEMENT SUR LE DROIT DES SUCCESSIONS

417. – Position du problème. Le cautionnement donné à une société emprunte la nature commerciale à l'opération principale garantie, avons-nous démontré. Son régime est donc essentiellement celui des obligations commerciales, lequel implique la solidarité de l'engagement de la caution avec le débiteur principal. La transmission pour cause de mort de l'engagement de caution ne lui fait pas perdre cette nature commerciale et la solidarité qu'elle implique. Théoriquement donc, le créancier peut exercer son recours contre l'un quelconque des héritiers pour la totalité de la dette sans qu'il puisse se prévaloir du bénéfice de discussion ou de division de la dette.

Néanmoins, la transmission de l'obligation de caution, bien que commerciale, n'emporte pas automatiquement cet effet. En effet, la solidarité inhérente à la nature commerciale du cautionnement heurte certaines règles propres au droit des successions. Dans ce sens, lorsque s'ouvre une succession, son passif est divisible entre les différents héritiers. Précisément, la charge de l'obligation du débiteur décédé se répartit entre l'ensemble des héritiers. Ce faisant, les héritiers d'une obligation susceptible de division ne sont tenus de payer la dette qui en résulte que pour la part dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le débiteur[1372]. La Cour de cassation juge ainsi que chacun des héritiers n'est tenu qu'à concurrence de la part qu'il recueille dans la succession, quand bien même la dette conserve son caractère solidaire à l'égard de l'hérédité[1373]. La règle s'applique du reste quel que soit le mode d'acceptation de la succession[1374].

1372 Art. 1220 C. civ.

1373 Cass. civ., 2 janvier 1924 : *DP* 1924. 14 (2 espèces). – Cass. 1ère civ. 10 mai 1988 : *Bull. civ. I*, n° 140 ; *JCP. N* 1989. II, 10, note PH. SALVAGE ; *RTD. civ.* 1989. 77, obs. J. MESTRE. La Cour juge en l'espèce que « *le décès de l'un des codébiteurs solidaires qui laisse plusieurs héritiers n'efface pas le caractère solidaire de la dette au regard des débiteurs originaires ; qu'il en modifie seulement les effets pour les héritiers, tenus dans la proportion de leurs parts héréditaires* ».

1374 Cass. 1ère civ., 3 décembre 2002 : *Bull. civ. I*, n° 298.

418. – Solution : la stipulation d'une clause de solidarité ou d'indivisibilité. Pour se prémunir contre les risques d'un recouvrement infructueux ou en limiter les difficultés, les praticiens insèrent généralement dans les contrats des clauses d'indivisibilité prévoyant que les ayants droit de la caution seront tenus solidairement et indivisiblement à l'égard du créancier[1375]. Ainsi, le créancier pourrait se retourner contre l'un quelconque des héritiers pour la totalité de la dette de telle sorte que l'obligation divisible serait exécutée comme si elle était indivisible[1376]. L'utilité de ces clauses de solidarité et d'indivisibilité est de contourner, entre autres, les contraintes liées au droit des successions, et d'accroître ainsi les chances de remboursement à échéance[1377]. Fort heureusement, le législateur a prévu des voies permettant aux héritiers de se défaire de pareilles chaînes.

§ 2. – LA LIBERATION DES HERITIERS

419. – Division. Dire que le régime d'une succession dépend en partie de la volonté de l'héritier n'est pas exagéré. Le Code civil dans son article 768 laisse, en effet, aux héritiers la liberté d'accepter ou non la succession. Ainsi, à côté de l'acceptation pure et simple, c'est-à-dire sans condition, ni réserve de la succession[1378], les héritiers peuvent choisir de renoncer purement et simplement à la succession ou de l'accepter à concurrence de son actif net. Ces deux dernières options présentent l'intérêt de libérer les héritiers de l'engagement de caution grevant la succession (**A**). Toutefois, à côté de cette libération des héritiers reposant sur l'exercice de l'option que leur offre le Code civil, il existe un autre moyen, indépendant de leur volonté, qui conduit à les libérer de l'engagement de caution pris par le défunt. Il s'agit de la souscription d'une assurance-décès (**B**).

1375 B. SAVOURE, *op. cit*., p. 92.

1376 F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit civil – Les obligations*, *op. cit*., n° 1265.

1377 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 675. Cette clause n'a toutefois pas pour effet d'engager les héritiers des dettes qui pourraient naître après l'extinction de l'obligation de couverture de la caution. *Infra*, n° 444.

1378 L'acceptation pure et simple d'une succession est somme toute risquée, en raison de l'engagement indéfini aux dette et charges de la succession qu'elle implique. C'est par ailleurs un choix irrévocable et qui ne peut se muer en acceptation à concurrence de l'actif net.

A. – LA RENONCIATION A LA SUCCESSION OU L'ACCEPTATION A CONCURRENCE DE L'ACTIF NET

420. – Explication. La renonciation à la succession ou son acceptation à concurrence de l'actif net sont deux moyens qui permettent aux héritiers de ne pas être liés par l'engagement de caution pris par le *de cujus*. La renonciation à la succession est un moyen radical par lequel l'héritier abandonne volontairement son droit à succéder. Elle rend l'héritier étranger à la succession en le privant de tout droit sur l'actif successoral. Le Code civil précise même que « *l'héritier qui renonce* [à une succession] *est censé n'avoir jamais été héritier* »[1379]. Ce faisant, il n'est pas tenu au paiement des dettes et charges de la succession[1380]. Autrement dit, par la renonciation à la succession, les héritiers se déchargent de l'engagement de caution pris par le *de cujus*. La renonciation à la succession sera toutefois, en pratique, le choix d'un ou de quelques héritiers et exceptionnellement le choix de l'ensemble des héritiers, au risque de laisser la succession en état de vacance[1381].

421. – Opposabilité de la renonciation à la succession. Soucieux de protéger les créanciers, le législateur a posé des conditions strictes de procédure pour que la renonciation soit opposable aux tiers. Selon les articles 771 et 804 du Code civil et 1339 du Nouveau Code de procédure civile, l'héritier renonçant dispose d'un délai de quatre mois à compter de l'ouverture de la succession pour renoncer à celle-ci et cette renonciation ne se présume pas. En effet, l'héritier renonçant doit en faire déclaration au greffe du Tribunal dans le ressort duquel la succession s'est ouverte. L'intérêt de cette procédure étant d'informer les créanciers et conséquemment de leur permettre d'exclure l'héritier renonçant des actions qu'ils pourraient engager, le défaut de cette déclaration prive la renonciation de tout effet[1382].

La jurisprudence admet cependant que cette renonciation puisse se faire indirectement. En effet, « […] *si la renonciation à une succession ne peut plus être faite qu'au greffe,* […] *il n'est nullement défendu à l'un ou plusieurs de s'obliger – en vertu de*

[1379] Art. 805 C. civ.
[1380] Art. 806 C. civ.
[1381] Art. 809, 2° C. civ.
[1382] Cass. 1ère civ., 20 octobre 1982 : *Bull. civ. I*, n° 299 ; *Defrénois* 1983, p.627, note A. BRETON ; *RTD. civ*. 1983, 771, obs. J. PATARIN ; *D*. 1983, 120, note PH. REMY.

contrats particuliers, et notamment par voie de transaction – envers les autres successibles, à ne pas se porter héritier »[1383]. Le choix du parti radical que constitue la renonciation à une succession peut donc se faire indirectement ou de manière directe par une déclaration au greffe du Tribunal territorialement compétent. Entre cette extrémité et l'acceptation pure et simple, le législateur a prévu une autre voie qui permet d'accepter une succession à concurrence de son actif net.

422. – L'acceptation à concurrence de l'actif net. Exposé. L'acceptation de la succession à concurrence de l'actif net[1384] est un choix prudent qui permet à un héritier d'éviter la confusion de ses biens personnels avec ceux de la succession. En clair, ce choix lui permet de conserver l'ensemble de ses droits sur les biens du défunt sans être tenu du passif de la succession au-delà de la valeur des biens qu'il recueille[1385]. L'héritier ainsi accepte la succession en limitant cette acceptation à l'actif net de la succession sur lequel les créanciers peuvent faire reconnaître leurs droits ; son obligation aux dettes de la succession est limitée *intra vires* et le gage des créanciers successoraux est limité au seul actif de la succession[1386].

423. – Procédure de l'acceptation. L'acceptation à concurrence de l'actif net est encadrée par une procédure stricte, prévue aux articles 1334 et suivants du Nouveau Code de procédure civile et 768 du Code civil. La déclaration d'acceptation à concurrence de l'actif net se fait au greffe du tribunal de grande instance qui l'inscrit dans un registre tenu à cet effet et en donne récépissé au déclarant. L'article 789 C. civ. prévoit que cette déclaration est accompagnée ou suivie, dans un délai de deux mois, de l'inventaire de la succession qui comporte une estimation détaillée de l'actif et du passif. La déclaration de l'acceptation à concurrence de l'actif net est ensuite publiée, même par voie électronique, afin d'en informer les cohéritiers et les créanciers successoraux. Cette publicité revêt d'autres intérêts. Elle constitue d'abord le point de départ de la computation du délai de quinze mois imparti aux créanciers pour déclarer leurs créances au domicile élu de la succession. Elle

---

1383 Req., 28 juillet 1938 : *S*. 1940, 1, 33, note D. BASTIAN.

1384 Avant la Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités, ce choix était désigné « *acceptation sous bénéfice d'inventaire* ».

1385 Art. 791 C. civ.

1386 V. BREMOND, « La nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP. N* 2006, 1331.

interdit ensuite toute voie d'exécution et toute nouvelle inscription de sûreté de la part de créanciers de la succession, portant tant sur les meubles que les immeubles.

424. – Révocation de l'acceptation à concurrence de l'actif net au profit de l'acceptation pure et simple. S'il n'est pas possible à l'héritier acceptant à concurrence de l'actif net de renoncer à la succession[1387], il lui est néanmoins permis de révoquer ce choix en acceptant purement et simplement la succession tant que la prescription de son droit d'accepter la succession n'est pas acquise[1388]. Cette situation a pour principal effet de faire rétroagir le choix de l'héritier au jour de l'ouverture de la succession et entraîne conséquemment la réunion des deux patrimoines par confusion.

Ce revirement de l'héritier peut présenter un danger pour les créanciers successoraux, spécialement lorsque le patrimoine personnel de l'héritier est passablement obéré. En effet l'actif successoral qui constitue le gage des créanciers successoraux peut, de ce fait, se trouver considérablement réduit sous l'effet combiné de la confusion des deux patrimoines et du concours des créanciers personnels de l'héritier, s'il en existe. Pour les protéger contre ce risque, il leur est possible d'inscrire un privilège personnel de séparation de patrimoines. Ce privilège a pour finalité de leur assurer sur les biens de la succession une préférence par rapport aux créanciers personnels de l'héritier[1389]. La priorité sur l'actif successoral que leur donne ce privilège est reconnue par la jurisprudence[1390].

Toutefois, la loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités a « bilatéralisé » ce privilège en reconnaissant aux créanciers personnels de l'héritier le droit de s'en prévaloir lorsque, par la confusion de patrimoines consécutive au revirement de l'héritier, leur gage portant sur le patrimoine personnel de l'héritier peut se trouver réduit. L'article 878, al. 2 C. civ. leur reconnaît la possibilité d'inscrire ce privilège sur les biens de l'héritier non recueillis dans la succession.

425. – Parce que la renonciation à une succession peut avoir une portée sociale négative et que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire reste difficile à mettre en œuvre, une autre voie – ne dépendant certes pas de la volonté des héritiers et préservant les intérêts de tous,

---

1387 Cass. 1ère civ., 24 janvier 1990 : *Bull. civ. I*, n° 26.

1388 Article 801 C. civ.

1389 V. BREMOND, « Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis* », *JCP. N* 2006, 1366.

1390 Cass. civ. 20 juin 1908 : *D*. 1908, 1, 575 ; *S*. 1912, 1, 419.

aussi bien la société débitrice, le créancier que les héritiers – existe. L'assurance-décès permet véritablement de préserver les intérêts de toutes les parties en cas de décès de la caution.

B. – LA SOUSCRIPTION D'UNE ASSURANCE-DECES

426. – Intérêts de la souscription. Lorsqu'une société obtient un crédit d'un établissement de crédit, il n'est pas rare qu'une assurance soit souscrite derrière pour garantir le risque de décès de la caution. Si les dirigeants sociaux souscrivent souvent des assurances destinées à couvrir le risque d'invalidité ou d'incapacité qui les rendraient inaptes à l'exercice de leurs fonctions, l'assurance-décès peut, quant à elle, être souscrite par toute caution[1391]. L'assurance-décès est une variété d'assurance sur la vie dont le but est de prémunir les proches de l'assuré contre les conséquences de son décès[1392]. Reposant sur le décès du souscripteur qui en constitue l'aléa[1393], le mécanisme de l'assurance-décès est relativement simple : le souscripteur qui cumule cette qualité avec celle d'assuré signe un contrat aux termes duquel un capital sera versé au bénéficiaire au cas où son décès surviendrait avant le terme du contrat[1394].

La souscription de cette assurance a une double finalité. Il s'agit, d'une part, de permettre au créancier de recouvrer sa créance garantie en cas de défaillance de la société et de décès de la caution. Elle accroît, ce faisant la sécurité financière du dispensateur de crédit en lui offrant une garantie sur le droit que possède le souscripteur contre l'assureur. D'autre part, la souscription d'une assurance-décès par la caution des dettes sociales a pour but de permettre à ses héritiers d'être désengagés de la charge du remboursement de l'opération garantie à la survenance de son décès. Or, selon les stipulations de la police d'assurance, spécialement de la clause de désignation du bénéficiaire du capital-décès, d'importantes conséquences fiscales sont possibles pour la

---

1391 Pour un associé d'une SCI, caution des dettes sociales, C.E., 10 juin 1983, n° 28.921 : *RJF* 1983, n° 990.
1392 D. KRAJESKI, *Droit des assurances*, éd. Montchrestien 2004, Coll. focus droit, p. 26.
1393 P. BOUTEILLER, « L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie », *JCP. E* 2001, p. 646.
1394 J. BONNARD, *Droit des assurances*, 2ème éd. Litec 2007, n° 164.

société débitrice. Ces conséquences varient selon que les primes d'assurance sont versées par la caution elle-même (***1***) ou par la société (***2***).

1. – Primes d'assurance versées par la caution elle-même

427. – Choix des bénéficiaires de l'assurance-décès. Lorsqu'une assurance-décès est souscrite par une caution des dettes sociales, il est nécessaire que celle-ci désigne le bénéficiaire de cette assurance. Certes, le Code des assurances n'en fait pas une condition de validité du contrat, puisqu'en l'absence de bénéficiaire désigné, le bénéfice du contrat est attribué selon les règles des successions légale ou testamentaire[1395]. Cependant la double finalité de l'assurance-décès souscrite par une caution impose une désignation directe des bénéficiaires. Les premières personnes susceptibles d'être désignées bénéficiaires de cette assurance sont l'établissement créancier bénéficiaire du cautionnement et la société débitrice principale. A défaut de désigner l'une de ces deux personnes morales, la caution peut désigner ses héritiers comme bénéficiaires du contrat d'assurance. En fonction des bénéficiaires désignés, les incidences fiscales ne seront pas les mêmes.

428. – Banque créancière comme bénéficiaire de l'assurance-décès. Lorsque la banque créancière est désignée comme bénéficiaire de l'assurance-décès, le capital-décès lui est directement versé lorsque le décès de la caution survient. Ce capital lui est versé à hauteur de la créance garantie. Or, le décès de la caution sera exceptionnellement concomitant à la défaillance de la société dans le remboursement de son prêt, alors que, dans le même temps, le versement direct du capital décès à la banque éteint la dette de la société envers cette dernière. Ce faisant, la société débitrice réalise un profit équivalent au capital versé à la banque, très logiquement soumis à imposition[1396]. En effet, la dette de la société (le crédit à elle accordé) figurant au passif de son bilan est éteinte, ce qui entraîne corrélativement une augmentation de son actif net[1397].

1395 Art. L. 132-8 C. ass.

1396 L'article 38, 2 C.G.I. dispose que « *le bénéfice net est constitué par la différence entre les valeurs de l'actif net à la clôture et à l'ouverture de la période dont les résultats doivent servir de base à l'impôt diminuée des suppléments d'apport et augmenté des prélèvements effectués au cours de cette période par l'exploitant ou par les associés* ».

1397 B. JADAUD, « L'assurance décès du dirigeant d'entreprise », *Dr. & Patr*. 1993, n° 10, p. 32 et s.

Selon la jurisprudence du Conseil d'Etat[1398], lorsqu'un dirigeant d'entreprise a souscrit une assurance-décès afin de garantir le remboursement d'un crédit ou d'un découvert contracté pour les besoins de l'entreprise et que cet engagement figure au passif du bilan, l'extinction de cette dette par l'effet du versement du capital-décès à la banque créancière crée un profit imposable pour l'entreprise. Elle devra par conséquent acquitter cet impôt, alors même que concomitamment elle n'aura bénéficié d'aucune rentrée d'argent frais[1399].

429. – Société débitrice comme bénéficiaire de l'assurance-décès. La situation est rigoureusement identique lorsque la société débitrice est désignée comme bénéficiaire du capital-décès. En effet, le versement du capital-décès qui lui sera fait après le décès de la caution le sera dans l'optique d'éteindre sa dette envers la banque créancière. De manière imagée, le capital sera versé à la banque créancière par l'intermédiaire de la société débitrice. Sur le plan de la technique fiscale, le résultat est le même : la dette de la société envers la banque créancière est éteinte grâce au versement du capital-décès. En effectuant ce versement du capital-décès à la société créancière, la société débitrice s'est enrichie, ce qui justifie qu'elle s'acquitte d'un impôt sur ce profit.

430. – Conséquences pour les héritiers. Au regard des héritiers de la caution, ces derniers percevront, au mieux, le capital-décès diminué de ce qui aura été immédiatement versé à la banque. Quoi de plus normal, objectera-t-on, dès lors que l'assurance est souscrite pour décharger les héritiers ! L'actif successoral aura cependant été augmenté pour le calcul des droits de succession[1400]. Pour éviter ces deux écueils, une autre modalité d'exécution du contrat d'assurance-décès reste possible. Celle-ci consiste à désigner ses héritiers comme bénéficiaires du capital-décès.

431. – L'assurance-décès souscrite au profit des héritiers. Dans cette seconde modalité, les héritiers de la caution sont désignés comme bénéficiaires dans la police d'assurance-

---

1398 C.E., 17 mai 1985, n° 37540 : *RJF* 1985, n° 1013.- C.E., 10 juin 1983, n° 28.921, *préc.*

1399 C'est cependant le crédit (ou l'ouverture de la ligne de crédit) dont a bénéficié la société antérieurement qui représente l'entrée d'argent inscrite au passif de son bilan.

1400 La Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007, en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat, dite Loi TEPA, (J.O. n°193 du 22 août 2007 p. 13945 – Décret n° 2008-294 du 1er avril 2008 portant incorporation au code général des impôts de divers textes modifiant et complétant certaines dispositions de ce code, J.O. n° 78 du 02 avril 2008) exonère les conjoints survivants des droits de succession et prévoit d'importants abattements pour les autres héritiers. CGI. Art. 777, 779 et s.

décès. Cependant, à la survenance du décès de la caution, le capital-décès est versé à un tiers séquestre pour le compte de la succession[1401] – et non plus directement à la banque. Les ayants droit de la caution, par leur acceptation de la succession restent tenus de l'engagement de caution envers la banque créancière. Ils reçoivent donc théoriquement le capital-décès, lequel est déposé auprès d'un séquestre. La société débitrice n'en bénéficie alors pas directement ou indirectement dans la mesure où le crédit à elle accordé continue à figurer dans son passif. Si la société se retrouvait défaillante, le cautionnement donné par la caution décédée serait mis à exécution. Les ayants droit de la caution, continuateurs de sa personnalité juridique seront logiquement sollicités. Grâce au montant du capital-décès déposé en séquestre, ils pourront faire face à l'engagement de caution pris par le défunt.

432. – Intérêts de la souscription au profit des héritiers. Les intérêts de cette modalité sont incontestables. Les héritiers reçoivent un capital-décès qui ne figure pas dans l'actif successoral, puisque reçu sur le fondement de la stipulation pour autrui[1402] et par conséquent net d'impôts[1403]. Parallèlement, la banque créancière est remboursée et la société débitrice ne bénéfice d'aucun enrichissement externe à son activité, puisque le cautionnement est mis en œuvre suite à sa défaillance. Cependant, la question se pose en de termes différents lorsque c'est la société débitrice qui s'est acquittée de la prime d'assurance-décès. Plus précisément, la conformité de cet engagement de la société à son objet social se pose. La théorie fiscale de l'acte anormal de gestion peut alors être invoquée.

2. – Primes d'assurance versées par la société débitrice et théorie de l'acte anormal de gestion

433. – Position du problème. Lorsque les primes du contrat d'assurance-décès souscrit par la caution ont été acquittées par la société débitrice, il se pose la question de la conformité de cet engagement de la société à son objet social. En effet, les engagements d'une société doivent être conformes à son objet social ou à ses intérêts. Cela suppose que la société puisse tirer un profit direct ou indirect de ses engagements. En l'absence de cet intérêt pour

1401 Ce tiers séquestre peut être aussi bien le banquier créancier que toute autre personne telle un notaire. Tel était le cas dans l'arrêt du C.E. du 10 juillet 1992, n° 110213 : *RJF* 1992, n° 1249.
1402 C. ass., art. L. 132-12.
1403 Le capital-décès ainsi reçu n'est soumis ni à l'impôt sur le revenu, ni aux droits de succession.

la société, l'engagement de la société est dit non conforme à ses intérêts. Cette théorie commercialiste trouve un prolongement en droit fiscal sous la qualification de l'acte anormal de gestion. L'acte anormal de gestion est un acte passé par la société dans l'intérêt d'un tiers ou qui n'apporte à la société qu'un intérêt négligeable par rapport à son engagement et à l'avantage que ce tiers en tire[1404]. En d'autres termes, il ne suffit pas simplement que l'acte soit fait dans l'intérêt du tiers, il faut surtout que la société n'en tire aucun avantage proportionnellement à son engagement.

Cependant, à la différence de la théorie commercialiste de l'acte non conforme, la particularité de la théorie de l'acte anormal de gestion est que seule l'administration peut l'invoquer et peut agir d'office[1405]. L'usage de cette théorie permet à l'administration fiscale de refuser à la société en cause la déduction des charges résultant de cet acte anormal qui viendraient diminuer le résultat imposable. La question est donc de savoir si le versement par la société des primes de l'assurance-décès souscrite par une caution, fût-elle garante de ses dettes, constitue une charge normale pour la société et à ce titre déductible du bénéfice net imposable[1406].

434. – Evolution de la jurisprudence. Dans un premier temps, la jurisprudence a retenu que le versement par une société des primes d'assurance-décès souscrite par une caution garante de ses dettes constituait un acte anormal de gestion lorsque le bénéficiaire était le tiers créancier ou les héritiers de la caution. Le Conseil d'Etat jugeait, en effet, que lorsque les héritiers de la caution étaient désignés bénéficiaires de l'assurance-décès, cette assurance perdait son caractère professionnel pour la société. Par conséquent, les primes versées par la société débitrice principale perdaient leur déductibilité du bénéfice imposable[1407]. Cette solution a également été retenue par la Cour administrative d'appel de Nancy[1408]. Le critère qui était retenu dans ces arrêts était uniquement le tiers bénéficiaire du capital-décès. Il suffisait donc simplement que ce bénéficiaire ne fût pas la société débitrice qui versait les primes pour retenir l'acte anormal de gestion.

1404 M. COZIAN, FL. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises*, *op. cit*., n° 1526 à 1533.

1405 J. BURGURUBU, « Acte anormal de gestion : le juge prend-il trop de risques ? », *RJF* 4/08, p. 331.

1406 L'article 93, 1. C.G.I. prévoit que les charges déductibles sont les dépenses nécessitées par l'exercice de la profession.

1407 C.E., 25 juillet 1975, n° 94.884 : *RJF* 1975, n° 460. – C.E., 22 décembre 1982, n° 27.846 : *RJF* 1983, n° 278.

1408 C.A.A. Nancy, 27 juin 1989, cité par B. JADAUD, *op. cit*, p. 39.

Cette jurisprudence a été abandonnée par le Juge administratif et l'appréciation de l'acte anormal de gestion s'est fondée sur le critère de l'intérêt de la société. Ainsi, pour retenir la qualification d'acte anormal de gestion, le Juge administratif vérifie que la société qui s'acquitte des primes ne trouve aucun intérêt dans cet engagement. Le critère de l'intérêt avait déjà été retenu par le Conseil d'Etat en 1983[1409]. Mais c'est un arrêt de cette juridiction rendu en 1992 qui a clairement affirmé cette solution s'agissant de l'assurance-décès souscrite par une caution et dont les primes avaient été versées par la société débitrice[1410]. Cette solution a été largement confirmée dans d'autres domaines[1411] et un récent Avis du Conseil d'Etat[1412] autorisant la déduction des sanctions pécuniaires du bénéfice net imposable rappelle que l'intérêt de la société reste le critère d'appréciation de l'acte anormal de gestion. Certes, le Conseil d'Etat s'appuie quelquefois sur le risque excessif pris par la société dans son engagement pour qualifier l'acte anormal de gestion. Mais ce critère n'est utilisé que pour adapter le principe à des circonstances particulières ou à en limiter les effets[1413].

435. – « L'intérêt de la société », critère d'appréciation de la normalité de l'acte de gestion. Le versement par la société de primes de l'assurance-décès ne constitue donc plus en soi un acte anormal de gestion, dès lors que la société y trouve un intérêt. Ce versement constitue bien au contraire une charge normale de la société dès lors que l'assurance est souscrite au profit de la banque créancière dans la mesure où les engagements pris par la société à son égard ne seraient pas respectés. Il n'est, dans ces conditions, pas possible de retenir l'acte anormal de gestion dans la mesure où l'assurance-décès respecte sa cause originelle qui est d'affecter le capital-décès au remboursement de la dette de la société[1414].

Même lorsque les bénéficiaires de l'assurance sont les héritiers de la caution, l'acte anormal de gestion n'est pas retenu du seul chef du versement par la société de la prime

---

1409 C.E. 28 septembre 1983, n° 34.626 : *RJF* 11/83, n° 1284.

1410 C.E. du 10 juillet 1992, n° 110213, *préc.*

1411 C.E. 26 février 2003, n° 223092 : *RJF* 5/03, n° 607.- C.E., 10 janvier 2005, n° 253490 : *RJF* 4/05, n° 298.

1412 Avis C.E. 29 décembre 2004, n° 269992 : *RJF* 3/05, n° 216.

1413 J. BURGURUBU, *op. cit.*, p. 335.

1414 *Rappr*. CE, 30 juin 2008, n° 291710 : *Juris-Data* n° 2008-081355 ; *Droit fiscal* 2008, n° 42. comm. 541. En l'espèce, une société mère s'était engagée à rembourser les engagements personnels de caution des associés de sa filiale. Le Conseil d'Etat juge que cet engagement de la société mère ne constituait pas un acte anormal de gestion dès lors qu'elle avait intérêt à ce que les associés souscrivent ces engagements de caution en vue de permettre un fonctionnement normal de sa filiale.

d'assurance. Dans cette hypothèse, en effet, le Conseil d'Etat retient que le versement par la société des primes d'assurance n'est pas étranger à ses intérêts, puisque le capital est remis entre les mains d'un tiers séquestre[1415]. Dans les deux cas, l'acte anormal de gestion est écarté et les primes d'assurance sont déduites des bénéfices imposables de la société. En effet, les contrats d'assurance sur la vie obligatoirement souscrits pour garantir le remboursement d'un emprunt revêtent le caractère de charge financière déductible du résultat imposable[1416].

436. – Déductibilité des primes d'assurance du bénéfice net imposable de la société. Deux situations doivent cependant être distinguées quant à cette déductibilité. D'une part, lorsque la souscription du contrat d'assurance est imposée par le prêteur en vertu d'une stipulation expresse du contrat de prêt – hypothèse la plus fréquente en pratique –, les primes sont déductibles du résultat imposable des exercices successifs, au fur et à mesure des échéances[1417]. D'autre part, si l'assurance est souscrite librement par l'entreprise, le montant total des primes ne peut être déduit, globalement, qu'au moment du décès de l'assuré, ou en cas de survie de ce dernier lors de l'expiration du contrat de prêt. En revanche, si l'entreprise décide d'étaler sur cinq ans la taxation du profit résultant du remboursement de l'emprunt par la compagnie d'assurance, elle doit échelonner sur la même durée, et par fractions égales, la déduction du montant global des primes[1418].

L'assurance-décès constitue en définitive un excellent moyen pour les cautions de libérer leurs héritiers de leurs obligations de cautions au moment où elles décèdent. Lorsque les cautions versent elles-mêmes les primes de cette assurance, il est souhaitable qu'elles désignent leurs héritiers comme bénéficiaires du capital en prenant le soin d'insérer dans le contrat une clause de séquestre. Lorsque les primes sont versées par la société débitrice, il est important que le capital soit effectivement utilisé pour le remboursement du crédit garanti, au risque de subir les foudres du fisc. Cette prudence n'est pas exclue lorsque le cautionnement garantit des dettes indéterminées.

1415 C.E. du 10 juillet 1992, n° 110213, *préc.*
1416 F. DOUET, *Précis de fiscalité des assurances et des indemnités*, Litec 2009, n° 38.
1417 *Ibid.,* n° 39.
1418 Art. 38 quater C.G.I.

SECTION 2

L'EXCLUSION DES DETTES POSTERIEURES EN CAS DE CAUTIONNEMENT DES DETTES INDETERMINEES

437. – Division. La démarche de la jurisprudence face au cautionnement garantissant des dettes indéterminées a été séquentielle et évolutive. Dans un premier temps, il était jugé que le cautionnement se transmettait aux héritiers à travers ses deux obligations de couverture et de règlement. Cette transmission de l'obligation de couverture s'est d'abord accompagnée d'une admission, par la jurisprudence, d'une obligation de renseignement à la charge du créancier (**§ 1**). Il a été ensuite admis que seule l'obligation de règlement se transmettait aux héritiers, l'obligation de couverture s'éteignant (**§ 2**).

§ 1. – DE LA TRANSMISSION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE DES DETTES FUTURES A L'ADMISSION JURISPRUDENTIELLE D'UNE OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT A LA CHARGE DU CREANCIER

438. – Division. Avant qu'elle ne mette à la charge du créancier une obligation de renseignement des héritiers (**B**), la jurisprudence admettait la transmission de l'obligation de couverture aux héritiers (**A**).

A. – LA TRANSMISSION INITIALE DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE DES DETTES FUTURES

439. – La solution initiale. Initialement, la jurisprudence jugeait que le cautionnement de dettes illimitées se transmettait entièrement aux héritiers et que le décès de la caution ne

mettait pas fin au cautionnement[1419]. Ces derniers étaient donc tenus de payer au créancier garanti les sommes dues par la société, résultant des dettes par elle contractées après le décès de la caution. Cette jurisprudence reposait sur une interprétation stricte de l'ancien article 2017 du Code civil, devenu article 2294 du même Code, selon lequel *« les engagements des cautions passent à leurs héritiers* […] *si l'engagement était tel que la caution y fût obligée* ». Par conséquent, les engagements de caution passés par le défunt continuent à produire leurs effets en la personne de l'héritier, comme ils les produisaient envers le défunt. La solution avait été souvent rappelée par la jurisprudence qui faisait une lecture stricte de l'article 2017 précité.

Ainsi, la Cour de cassation a jugé que l'article 2017 du Code civil requérait seulement pour son application que l'engagement fût tel que la caution y fût obligée, mais non pas que l'obligation de la caution fût exigible lors du décès de celle-ci[1420]. La logique de ce raisonnement était assez simple : c'est l'engagement même de la caution qui est transmis à l'héritier et non pas seulement le passif existant au jour du décès, la naissance de la dette ou son accroissement ultérieur étant sans incidence. La solution reposait en outre sur de solides fondements textuels. En effet, outre l'article 2294 précité (dans son ancienne numérotation), le Code civil, en son article 1122, ne permet de déroger à ce principe que si une volonté contraire est exprimée ou si la nature du contrat ne le permet pas. Et, bien qu'étant un contrat *intuitu personae*, la transmission est admise dans la mesure où cette considération est axée sur le patrimoine de la caution et c'est ce patrimoine qui passe à ses héritiers lorsqu'elle décède[1421].

440. – Conséquences. A la vérité, cette solution n'était pas sans danger pour les héritiers ignorant des engagements passés par le défunt. L'éventualité d'être obligés de s'acquitter des dettes contractées par la société, après le décès de la caution, se présentait comme une obligation extrême. Ce danger était d'autant plus grand que les héritiers pouvaient accepter une succession en réalité déficitaire, en plus d'être déjà tenus de l'obligation de règlement des dettes présentes au moment du décès de la caution. Or, aucune obligation générale d'informer les héritiers ne pesait sur le créancier bénéficiaire d'un cautionnement. Par

---

1419 J. HONORAT, « Société et cautionnement », *op. cit*., n° 17.

1420 Cass. com., 8 juillet 1969 : *Banque* 1970, 296, note MARIN ; *RTD. com*. 1970, 160, obs. R. HOUIN. – Paris, 23 juin 1977 : *RJC* 1979, p. 175, note Y. CHARTIER.

1421 *Supra*, n° 411 et s.

ailleurs, dans d'autres cas, le créancier pouvait lui-même être dans l'ignorance de la disparition de la caution.

En toute hypothèse, cette application stricte du principe de la transmission des engagements de caution aux héritiers n'a pas manqué de susciter la critique de la doctrine. Certains auteurs soutenaient, en effet, que l'article 2017 du Code civil (actuel article 2294 du même Code) ne transmettait aux héritiers que les dettes dont la caution était tenue avant son décès[1422]. La formule de l'article 2017 devait par conséquent s'interpréter comme astreignant les héritiers à garantir la dette à hauteur de la somme due au jour du décès. Et, lorsque la garantie portait sur un compte courant, les héritiers devaient garantir le solde au niveau où il se trouvait au jour de l'ouverture de la succession[1423]. Aussi, sensible à la situation pour le moins précaire dans laquelle pouvaient se retrouver les héritiers, la jurisprudence a-telle progressivement admis l'existence une obligation d'information du créancier au profit des héritiers.

B. – L'ADMISSION JURISPRUDENTIELLE D'UNE OBLIGATION DE RENSEIGNEMENT A LA CHARGE DU CREANCIER

441. – L'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 juin 1977[1424]. Tout en appliquant rigoureusement le principe de la transmission universelle de patrimoine, la jurisprudence a tenté d'améliorer le sort des héritiers en mettant à la charge du créancier une obligation de renseigner les héritiers. C'est l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 23 juin 1977 qui a amorcé ce virage en retenant la responsabilité du banquier qui n'avait pas révélé à un notaire chargé de la liquidation d'une succession l'existence d'un cautionnement vieux de plus de deux dizaines d'années.

1422 J. CHEVALLIER, note sous Cass. sect. com., 14 novembre 1966, *RTD. civ*. 1967, p. 627 : « *Ne sont transmises à l'héritier que des dettes dont son auteur était tenu à son décès ; la caution n'est obligée que si la dette principale existe ; l'héritier n'est donc tenu que des dettes dont la caution était elle-même tenue lors de son décès* ».

1423 M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE, obs. sous Cass. com., 16 décembre 1969, *RTD. com*. 1970, p. 459, n° 7.

1424 Paris, 23 juin 1977, *RJC* 1979, p. 175, note Y. CHARTIER.

Dans cet arrêt, la responsabilité du créancier qui n'avait pas utilement renseigné la liquidation de la succession a été clairement retenue, en raison du préjudice que causait ainsi le créancier aux héritiers en leur privant du droit de résilier l'engagement souscrit par le *de cujus*. Mais encore fallait-il que le manquement de la banque fût clairement établi.

A lire les juges parisiens dans les troisième et quatrième considérants de leur arrêt, quatre conditions étaient nécessaires pour que ce manquement fût caractérisé. En premier lieu, la banque devait être détentrice du seul exemplaire de l'acte de caution. En deuxième lieu, l'engagement devait être illimité dans le temps et en montant. En troisième lieu, il devait y avoir parmi les héritiers des mineurs. Enfin, il fallait qu'aucun des héritiers ne fût informé de l'existence de ce cautionnement. C'est en réunissant ces quatre conditions que la responsabilité du banquier pouvait être retenue.

442. – Responsabilité du créancier. Le manquement du banquier à cette obligation d'informer les héritiers le rendait civilement responsable, dans la mesure où elle causait le préjudice de perte d'une chance aux héritiers. En effet, en ne renseignant pas les héritiers sur l'existence de cautionnement, le banquier manquait à son devoir de renseignement découlant du contrat de cautionnement et faisait perdre aux héritiers une éventualité favorable avant que la succession soit acceptée : la chance de renoncer à la succession[1425]. L'abstention ou omission du banquier maintenait par conséquent les héritiers dans l'ignorance du cautionnement donné par le défunt. Cette perte par les héritiers « *d'un futur qui ne sera jamais vécu* »[1426] représente une valeur pécuniaire dont la réparation était ici incontestable[1427]. L'obligation des héritiers au titre du cautionnement constituait, en définitive, la mesure du préjudice que la banque était tenue de réparer et une simple compensation permettait de l'éteindre[1428].

[1425] B. SAVOURE, *op. cit*., p. 91.

[1426] Formule empruntée à J. BORE, « L'indemnisation pour les chances perdues : une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable », *JCP. G*. 1974, *Doctr*., 2620.

[1427] R. SAVATIER, « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *D*. 1970, *Chron.,* p. 123 et s ; N. LESOURD, « La perte d'une chance », *Gaz. Pal*., 1963. 2. *Doctr*., p. 49.

[1428] La réparation de la perte d'une chance correspond, en effet, à une compensation de la valeur que représente, en elle-même, une possibilité. En ce sens, N. LESOURD, *op. cit*., p. 49.

Dans cet arrêt du 23 juin 1977, au fond, la Cour d'appel de Paris a étendu l'obligation de loyauté du créancier envers la caution aux héritiers de celle-ci[1429]. Avec le recul, il peut être noté que l'un des apports de cet arrêt a été de retenir de façon caractérisée la responsabilité du banquier, « [celui-ci étant] *habilité par l'ordre juridique à remplir une certaine fonction sociale, et celle-ci justifie les prérogatives qui lui sont reconnues, mais dès lors qu'il ne remplit plus cette fonction, sa responsabilité doit être engagée* »[1430]. Jusqu'à cet arrêt, en effet, la doctrine n'envisageait les devoirs du banquier que de façon sommaire ou négligeable, à la notable exception du devoir de discrétion dont on se demandait d'ailleurs s'il s'agissait d'un simple devoir civil ou d'une obligation au secret professionnel du banquier[1431].

443. – Nécessité d'une information spécifique aux héritiers de la caution. Même si le législateur a réagi quelques années plus tard en mettant à la charge du banquier et plus généralement du créancier une véritable obligation d'information à travers diverses lois[1432], il n'existe pas d'obligation d'information spécifique au profit des héritiers d'une caution décédée. Certes, la Cour de cassation juge que l'obligation d'information doit être respectée jusqu'au complet paiement des sommes dues[1433] et que le décès de la caution permet à ses héritiers de se prévaloir de cette obligation d'information[1434], le secret bancaire ne leur étant pas par ailleurs opposable[1435]. Il n'en reste pas moins que l'absence

---

1429 Y. CHARTIER, note sous Paris, 23 juin 1977, *préc.* Sur la jurisprudence postérieure à cet arrêt, allant dans le même sens, V. PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 789, note 168.

1430 R. ROUTIER, *Obligations et responsabilités du banquier*, 2ème éd. Dalloz 2008, n° 022-13.

1431 J. STOUFFLET, « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », *RD bancaire et financier*, novembre 2007, *Dossier* 26, p. 78.

1432 Ainsi, la loi n° 84-148 du 1er mars 1984, relative à la prévention et au règlement des difficultés en son article 48, devenu art. L. 313-22 C. mon. fin. ; La loi n° 94-126 du 11 février 1994, relative à l'initiative et entreprise individuelle, en son art. 47 II, al. 3, modifié par la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, portant lutte contre les exclusions ; et plus récemment la Loi n° 2003-721du 1er août 2003, art. 11, devenu art. L. 341-6 C. cons.

1433 F.-J. CREDOT et Y. GERARD, note sous Cass. com., 9 décembre 1997 : *RD bancaire et bourse* 1998, p. 102.

1434 Cass. com., 9 décembre 1997, *préc.*

1435 Le secret bancaire est une règle qui interdit au banquier de communiquer à un tiers des informations relatives à la tenue ou à l'état du compte d'un client, sauf autorisation expresse du bénéficiaire du secret. Cette règle est fondée sur l'obligation de protection des clients mise à la charge des banquiers. La règle n'est toutefois pas absolue, puisqu'elle souffre de multiples exceptions, généralement au regard de l'intérêt général, sont admises (par exemple : art. L. 511-33, al. 2 C. mon. fin. rend inopposable le secret bancaire au juge pénal). Dans ce sens, la Cour de cassation, dans un récent arrêt (Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-19.777 : *JCP. E* 2009, 1037, p. 11, note TH. BONNEAU), a admis que le secret bancaire ne peut être opposé à la caution ou ses ayants-droit et que ces derniers sont en droit d'obtenir toute information concernant la dette du débiteur.

d'une disposition spécifique aux héritiers est déplorable d'autant qu'ils disposent d'un délai relativement court pour accepter la succession. L'article 771 du Code civil limite, en effet, ce délai à quatre mois. Ce délai est une disposition impérative qui s'applique aux héritiers d'une caution, quel que soit le caractère déterminé ou indéterminé de la dette.

Ainsi, après avoir retenu que l'obligation de couverture des dettes futures se transmettait aux héritiers d'une caution, puis assoupli cette analyse en mettant à la charge du banquier créancier une obligation d'informer les héritiers, la jurisprudence a finalement admis que seule se transmettait aux héritiers l'obligation de règlement des dettes présentes lors du décès de la caution.

§ 2. – LA TRANSMISSION DE L'OBLIGATION DE REGLEMENT DES DETTES PRESENTES ET L'EXTINCTION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE DES DETTES FUTURES

444. – La jurisprudence « Ernault » du 29 juin 1982[1436]. La Cour de cassation, dans cet arrêt, a fait évoluer de façon considérable sa jurisprudence en retenant pour la première fois que la caution ne peut transmettre à ses héritiers d'engagement pour les dettes qui naîtraient postérieurement à son décès. La solution de cet arrêt se déclinait en une alternative : soit la dette garantie par la caution est présente au jour du décès de la caution et, dans ce cas, l'obligation de la caution de la régler est transmise à ses héritiers en cas de défaillance du débiteur ; soit la dette de la caution est simplement future et dans cette hypothèse l'engagement de la caution s'éteint par son décès. L'apport de cet arrêt a été de faire du décès de la caution une cause d'extinction de l'obligation de couverture de la caution[1437].

[1436] Cass. com., 29 juin 1982 : *Bull. civ. IV*., n° 258, p. 224 ; *J.CP. G* 1984, *II*, 20148, note P. BOUTEILLER ; *D*. 1983, *Jurispr*., p. 360, note CH. MOULY, et *I.R*. n° 189, obs. M. VASSEUR ; *Defrénois* 1983, Art. 33027, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD. civ*. 1983, p. 354, obs. PH. REMY ; *RTD. com*. 1983, p. 97, obs. CABRILLAC et TEYSSIE ; *Gaz. Pal*. 1982, 2, 583, note A. PIEDELIVRE.

[1437] CH. MOULY, note sous Cass. com., 29 juin 1982, *préc.*

Cette jurisprudence, depuis lors bien ancrée dans le droit positif[1438], prend uniquement en compte la date de naissance de la dette garantie. De fait, l'obligation de règlement ne passe aux héritiers que si la dette a pris naissance pendant que l'obligation de couverture était encore effective. Cette conséquence ne peut être écartée par une convention particulière, au risque de constituer un pacte sur succession future[1439]. Dans cette hypothèse, cette convention serait simplement nulle[1440].

445. – Application au compte courant. L'application de cette jurisprudence au compte courant bancaire a suscité d'importantes difficultés quant à la détermination de la dette transmissible aux héritiers. L'on sait, en effet, que le solde définitif du compte courant n'existe qu'à sa clôture[1441]. La tentation de déduire du fonctionnement du compte courant que les héritiers ne reprennent aucun engagement de la caution décédée est grande dans la mesure où le compte n'est pas clôturé au moment du décès. La jurisprudence ne succombe cependant pas à cette tentation. Elle retient qu'il doit être tenu compte du solde provisoire à la date du décès de la caution si celui-ci est débiteur. Toutefois, ce solde doit être diminué de tout crédit postérieur à cette date jusqu'à la clôture définitive du compte[1442].

1438 Cass. 1er civ., 3 juin 1986 : *Bull. civ. I*, n° 147, p. 148.- Cass. com., 13 janvier 1987 : *D*. 1987, *Somm*. 453, note L. AYNES ; *JCP.E* 1988, 15014, note M. BEHAR-TOUCHAIS.- Cass. 1er civ. 10 juin 1997, *RD bancaire et bourse* 1997, p. 222, note M. CONTAMINE-RAYNAUD.

1439 Cass. com., 13 janvier 1987 : *D*. 1987, *Somm*. 453, note L. AYNES ; *JCP.E* 1988, 15014, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

1440 Rouen, 19 février 1992 : *Juris-Data* n° 042159 ; *RJDA* 1993, p. 56.

1441 *Supra*, n° 169 et s.

1442 Cass. com., 15 avril 2008 : *Juris-Data* n° 043719 ; *JCP.G* 2008, *I*, 152, n° 9, obs. PH. SIMLER.- Cass. 1ère civ. 24 janvier 1990, *BRDA* 1990/9, p. 14.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

446. – Comme la perte de son statut initial, le décès de la caution constitue une circonstance extérieure au rapport contractuel ; mais à la différence de la perte du statut initial, elle constitue une situation plus radicale et irréversible et le lien contractuel est d'autant plus fragilisé que le cautionnement peut cesser. En effet, par le cautionnement, la caution engage son patrimoine personnel et c'est ce patrimoine qui fonde notamment la confiance du créancier en la caution. Or, lorsqu'une caution décède, elle cesse, comme toute personne physique, d'avoir une existence juridique ; sa personnalité juridique disparaît par conséquent avec son être.

Toutefois, sur le fondement des règles du droit successoral, le patrimoine de la caution qui comprend ses droits et ses obligations, dont le cautionnement, se transmet à ses héritiers et ayants cause. L'engagement de la caution se trouve ainsi transmis à ses héritiers et ayants cause, la caution étant censée avoir stipulé pour elle-même et pour ses héritiers ou ayants cause[1443]. Cette transmission de l'engagement de la caution à ses héritiers est toutefois bien encadrée. « *Les engagements de cautions ne passent à leurs héritiers que si l'engagement était tel que la caution y fut obligée*[1444] ». La mise en œuvre de cette règle, combinée au caractère *intuitu personae* de l'engagement de la caution, aboutit à des deux grandes solutions qui dépendent de la nature des engagements garantis. Ainsi, s'agissant d'un cautionnement fermé, l'engagement de la caution décédée se transmet intégralement à ses héritiers, un tel cautionnement ne pouvant par ailleurs être révoqué.

En revanche, lorsqu'il s'agit d'un cautionnement ouvert, toute dette postérieure au décès de la caution, de fait exclue de la couverture de son engagement, ne peut être transmise aux héritiers. Néanmoins, les héritiers ou ayants cause ont toujours la possibilité de renoncer à la succession et de se débarrasser ainsi de la charge du cautionnement ; ils peuvent aussi n'accepter la succession qu'à concurrence de son actif net.

447. – La portée sociale négative du choix et la mise en œuvre difficile du second choix devraient inciter les personnes engagées comme cautions des dettes sociales à souscrire

[1443] Art. 1122 C. civ.
[1444] Art. 2294 C. civ.

plus souvent une assurance-décès. La souscription de cette assurance constitue un excellent moyen qui permet de libérer les héritiers du *de cujus* de l'obligation de caution qui leur est transmise. L'intérêt de la souscription est indéniable, dans la mesure où les héritiers sont libérés dans tous les cas, que l'assurance ait été souscrite par la caution elle-même ou par la société qui en bénéficie.

TITRE 2

LES MUTATIONS DE LA SOCIETE DEBITRICE OU CREANCIERE ET LEURS CONSEQUENCES SUR L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION

448. – Plan. Autant les circonstances extérieures au rapport contractuel peuvent affecter la caution, autant la société débitrice principale ou créancière peut connaître des mutations plus ou moins profondes. Ces événements n'atteignent toutefois pas la société avec la même intensité. Certaines circonstances gardent l'identité de la société en préservant sa personnalité juridique. Il en va ainsi des mutations qui ont pour origine la volatilité et l'incertitude du contexte économique général ou, plus simplement, de celles qui résultent d'un changement des objectifs économiques de la société, telle une réorganisation interne.

En revanche, d'autres circonstances bouleversent et affectent de manière plus profonde la société, qu'il s'agisse de la société créancière ou débitrice. Résultant de la volonté de prédation qui anime les opérateurs économiques dans la conquête des marchés encore plus porteurs ou, à l'inverse, de la morosité de ces mêmes marchés en raison d'une conjoncture difficile, la société sera absorbée ou liquidée et sa personnalité juridique éteinte. Si la fonction de garantie du cautionnement conduit logiquement à réserver à cette sûreté un sort différent de celui de la société affectée en le maintenant, le particularisme du cautionnement donné à une société pousse plutôt à arrimer le sort du cautionnement aux conséquences plus ou moins marquées de ces événements sur la personnalité morale de la

société débitrice ou créancière. C'est pourquoi à l'étude des événements n'entraînant pas la perte de la personnalité morale de la société (**chapitre 1**) succédera l'examen des événements entraînant la disparition de cette personnalité morale (**chapitre 2**).

CHAPITRE 1

LES EVENEMENTS N'ENTRAINANT PAS LA DISPARITION DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA SOCIETE

449. – Plan. Il a été démontré au début de cette étude que le cautionnement donné à une société est un engagement *intuitu personae*, quelle que soit par ailleurs la personne caution. Cet *intuitus personae* s'apprécie par «l'individualisation » et la détermination de la société débitrice. C'est pourquoi, aussi longtemps que la personnalité de cette société ne serait pas affectée, la caution restera théoriquement engagée. Car, en cours de vie sociale, la société peut connaître diverses mutations sans pour autant que sa personnalité morale en soit affectée (**section 2**).

Toutefois, toute vie étant fatalement conditionnée par une naissance, la société ne peut exercer son activité et connaître ces mutations si elle n'a pas préalablement accédé à la vie juridique grâce à son immatriculation au registre de commerce et des sociétés. Or, l'immatriculation de la société est précédée d'une période particulière au cours de laquelle une activité limitée est déployée en son nom, bien que n'ayant pas encore d'existence juridique. C'est alors que des engagements garantis par un cautionnement peuvent être pris au nom de cette société en formation. Le sort cautionnement ainsi donné à cette société en formation mérite analyse (**section 1**).

SECTION 1

LE CAS PARTICULIER DE LA SOCIETE EN FORMATION

450. – Les données du problème. A la notable exception de la société en participation qui est dénuée de personnalité morale, la société, qu'elle soit civile ou commerciale, n'acquiert la personnalité morale qu'à dater de son immatriculation au registre du commerce et des sociétés[1445]. Avant cette immatriculation qui rend opposable sa personnification et conditionne le bénéfice du statut des baux commerciaux[1446], la société n'a – en principe[1447] – pas d'existence juridique[1448].

Toutefois, l'immatriculation est l'aboutissement d'un processus qui couvre la période de formation de la société[1449], période de gestation au cours de laquelle les

---

1445 Art. 1842 C. civ. et L. 210-6, al. 1 C. com. Les caisses de crédit agricole mutuel ne sont toutefois pas tenues de s'immatriculer au registre du commerce et des sociétés (Art. L. 512-30 C. mon & fin).

1446 Art. L. 145-1 C. com.

1447 Sous réserve de disqualification en société de fait. La théorie des sociétés créées de fait a notamment pour rôle de donner une qualification sociale à des groupements non régulièrement constitués mais présentant des éléments essentiels des sociétés (V. G. RIVES, « Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales », *RTD. com*. 1969, p. 407 et s, spéc. n° 1 ; 10 et s.). Il en va ainsi lorsque la société non encore immatriculée développe de façon durable et importante une activité dépassant l'accomplissement de simples actes nécessaires à sa constitution (V. Y. DEREU, « Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 1998, § 204, p. 607, spéc., n° 11 et s.). Pour une application, *Cf* : Cass. com., 18 mai 1989, *JCP. G*. 1989, *IV*, p. 268 ; Paris, 3 juin 1981 : *Dr. sociétés* 1981, n° 163. Au contraire, la société créée de fait désigne la situation dans laquelle deux ou plusieurs personnes se sont comportées en fait comme des associés, mais sans entreprendre des démarches nécessaires à la création d'une société. V. PH. MERLE, *op. cit*., n° 67. Sur la distinction de la société en formation d'avec la société créée de fait, V. P. LE CANNU, note sous Bordeaux, 2ème ch., 14 mai 1990 : *Rev. sociétés* 1990, p. 591. Et sur l'ensemble de la question, v. D. BASTIAN, « La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre de commerce », *in Etudes de droit commercial à la mémoire de HENRY CABRILLAC*, Librairie technique – 1968, p. 23 et s.

1448 Le Conseil d'Etat a toutefois reconnu le droit à agir d'une société en formation et déclaré recevable sa requête en suspension de l'exécution d'une délibération d'un Conseil municipal. V. CE, 23 janvier 2006 : *Rev. sociétés* 2006, p. 798, note N. MATHEY. En revanche, la Cour de cassation reste ferme sur cette question en déclarant irrecevable la demande formulée par une société en formation. *Cf* : Cass. com., 20 juin 2006 : *D*. 2006, p. 1820, obs. A. LIENHARD.

1449 La Cour de cassation juge, en effet, qu'une société est en formation dès lors les intentions de la créer sont affirmées avec netteté (Cass. com., 12 avril 1976 : *Bull. civ*. IV, n° 122). Cette position libérale tranche avec les critères réducteurs retenus par le Conseil d'Etat. Cette juridiction retient en effet que une société ne peut être considérée comme étant en cours de constitution, au regard du droit des implantations commerciales, si « *le projet de statuts n'est pas daté et si ces statuts n'ont pas été enregistrés ni même présentés auprès des services fiscaux* ». V. C.E., 13 octobre 2008, n° 314116 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 457, note T. DE REVEL D'ESCLAPON.

fondateurs[1450] vont œuvrer à la création de ladite société[1451]. Outre la signature des statuts qui clôt à la fois l'ensemble des formalités préliminaires à la constitution de la société tout en caractérisant cette « constitution » en elle-même, des démarches tendant à la reconnaissance de la personnalité morale de la société sont entreprises par les fondateurs[1452]. Ainsi, au cours de cette période présociale marquée par la préparation matérielle et administrative [1453] de l'immatriculation de la société, une activité sociale est déployée dans l'intérêt de la société en vue d'anticiper son activité future[1454]. Les contrats conclus au cours de cette période au nom de la société en formation sont en principe repris par elle une fois immatriculée, ce qui est capital pour ses partenaires dans la mesure où la société offre de plus grandes garanties de paiement, eu égard à sa surface financière plus large. Il n'en va pourtant pas toujours ainsi. Et, bien qu'immatriculée, la société ne reprend pas toujours tous les engagements passés en son nom.

451. – Cette situation n'est pas sans dangers pour ses partenaires qui peuvent se sentir abusés, puisqu'ils ont accordé leur confiance aux fondateurs en faisant crédit à une société « existant virtuellement ». Aussi, ces engagements pris pour le compte d'une société en formation peuvent-ils être garantis par un cautionnement[1455]. Si l'on a pu s'interroger sur la validité d'un tel cautionnement, en raison du fait qu'il garantit l'obligation d'un débiteur non encore existant et que l'obligation garantie reste elle-même virtuelle[1456], c'est surtout

---

1450 Ce sont des personnes qui concourent activement à l'organisation et à la mise en mouvement de la société, en s'assurant notamment de l'accomplissement des formalités légales et en concluant des actes au nom de la société en formation et en deviennent plus tard des associés de cette société. En ce sens, CH. LOPEZ, « La responsabilité solidaire et indéfinie des fondateurs : le sort des engagements pris au nom d'une société en formation en cas de défaut de reprise des actes par la société », *JCP. E* 1998, p. 412.

1451 D. PLANTAMP, « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales », *RTD. com*., 1994, p. 1 et s ; D. BASTIAN, « La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre de commerce », *op. cit.* ; Y. CHARTIER, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *op. cit*.

1452 PH. MERLE, *op. cit*., n° 59, 76 et s. ; M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, *op. cit*., n° 186 et s.

1453 Rennes, 5ème ch., 14 octobre 1976 : *Gaz. Pal*. 1977-79, p. 689, n° 15.

1454 E. PAILLET, « L'activité de la société en formation », *Rev. sociétés* 1980, p. 419 et s. La doctrine reconnaît majoritairement que cette activité doit être limitée, car le début de l'exploitation effective entraine la fin de la période d'exploitation. H. BAUDELET, « Les banques et l'activité de la société en formation », *Banque* 1986, p. 66. E. GARAUD, « L'ouverture d'un compte chèque au nom d'une société en formation », *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 236, p. 728 ; D. PLANTAMP, *op. cit*., n° 6. La Cour d'appel de Paris (26 avril 1984, *BRDA* 1984, n° 13, p. 8) juge d'ailleurs assez nettement que la société est en formation dès lors que les fondateurs de la société effectuent une ouverture de comptes bancaires ainsi qu'une prospection de la clientèle.

1455 Par exemple : Cass. 1er civ., 3 décembre 1980 : *D*. 1980, *I.R*., p. 69, obs. J.-C. BOUSQUET.

1456 J. BONNARD, « Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation », *Rev. Sociétés* 1992, p. 255 et s. La validité d'un tel cautionnement n'est toutefois pas

le sort de la caution qui mérite attention. D'une part, lorsque les actes ou engagements que garantit la caution sont repris par la société, son cautionnement est maintenu et elle reste engagée vis-à vis du créancier. Dans ce cas, c'est la fonction de garantie du cautionnement qui est privilégiée. D'autre part, il peut s'avérer que l'engagement garanti ne soit pas repris par la société. Dans cette hypothèse, les règles du droit des sociétés, spécialement celles qui régissent la responsabilité des associés pendant la période de formation, auront pleinement vocation à s'appliquer. Selon que le cautionnement a été donné par le fondateur souscripteur de l'acte ou par un tiers, les conséquences seront différentes. Dans le premier cas, la responsabilité personnelle du fondateur ayant agi sera retenue ; dans le second cas, la caution, tiers à la société, sera simplement libérée de son engagement. Le sort du cautionnement donné à une société en formation doit par conséquent être envisagé selon que les engagements garantis sont repris (**§ 1**) ou qu'ils sont délaissés par la société (**§ 2**).

§ 1. – LE MAINTIEN DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE REPRISE DES ENGAGEMENTS GARANTIS

452. – Division. Lorsque des engagements sont pris au nom d'une société en formation, ces engagements sont repris par la société après son immatriculation, pour peu que les mécanismes de reprise de ces engagements soient respectés (**A**). La conséquence de cette reprise est de maintenir le cautionnement donné comme sûreté d'exécution de ces engagements (**B**).

A. – LES TECHNIQUES DE REPRISE DES ENGAGEMENTS PAR LA SOCIETE

453. – Le cadre juridique. La reprise par une société des actes souscrits en son nom pendant la période de formation est soumise à des contraintes techniques que posent les

contestée, dès lors que l'objet de la garantie est déterminée ou déterminable et que la personne garantie est identifiée ou suffisamment délimitée, en raison de la substitution rétroactive de débiteur. V. Cass. com., 22 février 1994 : *Bull. civ. IV*, n° 68. – Cass. 1er civ., 3 décembre 1980 : *Bull. civ. I*, n° 314 ; *Défrenois* 1981, p. 1647, obs. J.-L. AUBERT. – Paris, 25e ch. A, 17 décembre 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 85, p. 287.

articles L. 210-6 pour les sociétés commerciales et 1843 C. civ. pour les sociétés civiles[1457]. Les modalités de cette reprise ainsi que la procédure y relative sont prévues par le législateur[1458].

454. – La souscription de l'acte « au nom de la société en formation ». Lorsque les fondateurs, futurs dirigeants ou personne mandatée agissent au non de la société en formation, il est nécessaire qu'il soit précisé dans l'engagement pris qu'ils agissent au nom de la société en formation. Cette indication se présente même comme un devoir, surtout pour l'associé unique fondateur d'une entreprise unipersonnelle à responsabilité limitée agissant lors de la période de formation de la société[1459] ; elle conditionne aussi la validité de l'acte ainsi pris et sa reprise par la société après immatriculation. En effet, « *les dispositions édictées par le Code civil et le Code de commerce en matière de sort des actes de la période constitutive sont conçues pour permettre de déterminer le débiteur d'un tel engagement : ou bien la société s'il y a eu reprise, ou à défaut la personne qui a agi en son nom* »[1460]. Aussi, l'omission de cette mention ou toute autre mention incomplète ou maladroite rend-elle la reprise de l'engagement par la société impossible. Cela se justifie tant du point de vue théorique, que d'un point de vue pratique.

D'un point de vue théorique, tout d'abord, si la personnalité morale de la société survit pour les besoins de liquidation[1461], il n'est nullement concevable qu'une société l'acquiert pour les besoins de la réalisation de son objet social avant l'aboutissement de son immatriculation au registre de commerce et des sociétés[1462]. Par ailleurs, si la reprise des actes par la société s'opère rétroactivement, cette rétroactivité ne signifie nullement que la société en formation constitue une entité contractante[1463].

Du point de vue pratique, ensuite, s'il est évident pour les associés qu'ils agissent au nom de la société en formation, cela ne va pas sans dire pour leurs cocontractants qui

---

1457 D. BASTIAN, « La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre de commerce », *op. cit*., p. 30 et s ; Y. CHARTIER, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *op. cit*.

1458 Article 6, Décret n° 78-704 du 03 juillet 1978 (relatif à l'application de la loi n° 78-9 du 4 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre III du Code civil) et article R. 210-5 du Code de commerce.

1459 CH. LOPEZ, *op. cit*., p. 411.

1460 Y. DEREU, note sous Cass. 3ème civ., 19 décembre 2001 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, § 118, p. 534.

1461 *Infra*, n° 556 et s.

1462 J.-P. GARÇON, note sous Cass. 3ème civ., 28 octobre 1992 : *JCP. N* 1993, *II*, p. 279.

1463 *Ibid*.

veulent savoir avec qui ils contractent en définitive[1464]. En outre, il est requis que l'acte soit pris dans l'intérêt de la société et non dans l'intérêt égoïste de la personne agissante[1465]. La Cour de cassation écarte donc la validité des engagements pris pour une société en formation dans lesquels cette précision n'apparaît pas.

455. – Applications diverses. La troisième chambre civile de cette Cour juge à cet égard que, pour être valable, l'acte doit être passé non par la société elle-même mais en son nom[1466]. Dans le même sens, la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation a-t-elle approuvé les juges du fond d'avoir annulé un prêt accordé à une société en formation aux motifs que « *l'acte de prêt* […] *n'avait pas été souscrit au nom d'une société en formation mais, sans ambiguïté, par la société* […] *elle-même, et qu'elle n'était pas encore immatriculée au registre du commerce et des sociétés* […] » [1467]. Cette jurisprudence de la Cour de cassation rappelle, en substance, qu'une société encore en formation, donc dépourvue d'existence juridique, ne peut s'engager vis-à-vis des tiers. Prendre des engagements au non d'une société en formation n'autorise donc aucune méprise de cette spécificité de la part des personnes qui agissent dans ce cadre, au risque pour cette société de ne pouvoir reprendre ces engagements après son immatriculation.

456. – Les modalités et la procédure de la reprise des engagements. Lorsque l'immatriculation de la société est acquise, cette société peut reprendre les engagements souscrits en son nom[1468]. Cette reprise s'opère suivant des modalités et une procédure bien définies. Tout d'abord, l'immatriculation de la société emporte reprise automatique des actes pris au nom de la société en formation dès lors que ces actes sont recensés dans un état annexé aux statuts[1469]. Pour chaque acte, les obligations qui en découlent pour la société doivent apparaître de telle sorte que la signature des statuts entraîne leur reprise automatique. De fait, en signant les statuts, les associés ratifient ces engagements et manifestent leur volonté de les reprendre.

1464 P. LE CANNU, note sous Cass. com., 13 décembre 2005, n° 04-12528 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 518.

1465 M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *op. cit*., n° 201.

1466 Cass. 3ème civ., 28 octobre 1992, *préc*. En l'espèce, la Cour approuve les juges du fond d'voir retenu la nullité d'un compromis signé par la fondatrice d'une SCI, au motif que ce compromis était signé par la SCI – qui n'était alors qu'une société en formation – et non en son nom.

1467 Cass. com., 17 juillet 2001, n° 99-19-576 : *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 1268, note P. SCHOLER.

1468 Articles 1843 C. civ. et L. 210-6 C. com.

1469 Cass. com., 13 mars 2001 : *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 896, n° 193, note J. VALLANSAN.

Ensuite, les actes pris au nom d'une société en formation sont automatiquement repris lorsqu'ils ont été conclus en vertu d'un mandat donné par les associés à l'un deux ou à toute autre personne, soit dans les statuts[1470], soit par acte séparé[1471]. Si la jurisprudence admet que ce mandat peut être donné postérieurement à l'accomplissement de l'acte mais avant l'immatriculation de la société[1472], fixant ainsi la limite dans le temps à la ratification de l'acte à la date de l'immatriculation[1473], elle précise tout autant que ledit mandat doit être exprès, précis et doit déterminer la nature des actes à accomplir[1474].

Enfin, il est possible que certains actes aient été pris sans que ces conditions aient été remplies. Ces actes peuvent malgré tout être repris, pour peu qu'une décision spéciale, prise à la majorité des associés, sauf clause contraire des statuts, autorise cette reprise[1475]. Lorsque ces modalités et procédures sont respectées, les actes sont repris par la société qui est alors supposée avoir contracté dès l'origine. Cette reprise a pour conséquence de maintenir le cautionnement donné.

B. – LE MAINTIEN DU CAUTIONNEMENT DONNE

457. – Rétroactivité de l'immatriculation. Une fois la société immatriculée, l'ensemble des engagements pris en son nom sont normalement repris par elle suivant l'une quelconque des modalités prévues à cet effet. La reprise de ces engagements a pour principale conséquence de réputer rétroactivement ces engagements conclus dès l'origine par cette société[1476]. La jurisprudence retient ainsi qu'une société qui reprend après sa

---

1470 Lorsqu'il s'agit d'une société constituée avec appel public à l'épargne, les actes accomplis pour le compte de la société en formation peuvent être repris au moment de la signature des statuts ou lors de l'assemblée générale constitutive. V. D. GIBIRILA, note sous Cass. 3ème civ., 05 janvier 1994, n° 90-17902 : *LPA*, 19 août 1994, n° 99.

1471 Par exemple, Cass. com., 13 décembre 2005, n° 04-12528, *préc*.

1472 Cass. 2e civ., 19 déc. 2002, n° 00-20250 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 483, note B. SAINTOURENS.

1473 J.-P. LEGROS, note sous Cass. com., 1er juillet 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 323.

1474 Cass. com. 14 novembre 2006 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, § 85, p. 374, note J.-F. BARBIERI ; *JCP.E* 2007, 1145, note J. MONNET.

1475 Cass. com., 12 juillet 2004 : *Bull. Joly Sociétés*, p. 1504, note J.-J DAIGRE. - Cass. com., 22 novembre 2005 : *Droit des sociétés* 2006, n° 24, obs. J. MONNET.

1476 La société ne reprend que les obligations contractuelles et non délictuelles ou quasi-délictuelles qui découleraient des agissements des fondateurs au cours de la période de formation. En ce sens, Paris, 24 mars 1988, *D*. 1988, p. 556, note D. MARTIN. Il s'agissait en l'espèce de l'émission par l'un des fondateurs d'une société d'un chèque sans provision sur le compte de ladite société.

constitution et son immatriculation au registre du commerce et des sociétés l'engagement souscrit envers un tiers en son nom alors qu'elle était en formation se trouve engagée dès la date de signature du contrat[1477].

458. – Absence d'effet de la rétroactivité sur le cautionnement. Toutefois, si la reprise par la société des engagements pris en son nom opère substitution rétroactive de la société à celui qui a agi, cette reprise n'affecte que l'engagement principal et non point le cautionnement qui en garantit l'exécution. En effet, la reprise libère simplement les personnes qui ont agi au nom de la société et ne produit pas d'effet sur l'engagement de la caution. En cette occurrence, précisément, le cautionnement retrouve sa pleine efficacité, puisqu'il a été donné comme sûreté d'exécution d'un engagement dans la perspective de sa reprise par la société. En reprenant l'engagement principal, la société valide cet engagement tout en validant concomitamment le cautionnement qui en garantit l'exécution. Partant, la personne caution de cet engagement se trouve fatalement engagée quelle qu'elle soit par ailleurs. Si le souscripteur de l'engagement qui a agi au nom de la société en formation s'est en outre engagé comme caution de cet engagement, la reprise de cet engagement par la société le libère à titre de personne ayant agi mais l'oblige à titre de caution.

De même, lorsque la caution est un tiers à la société, par exemple le conjoint de l'un des fondateurs, elle reste engagée en raison de la reprise de l'engagement par la société. Dans cette configuration, le cautionnement remplit pleinement sa fonction de garantie ; la jurisprudence est en ce sens.

459. – Illustration. La chambre commerciale de la Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler[1478]. En l'espèce, un contrat de bail portant sur un local nécessaire à l'exploitation d'un fonds de commerce avait été signé au nom d'une société en formation par un de ses fondateurs. Une autre société totalement étrangère à celle alors en formation s'était engagée comme caution du paiement des loyers. La société en formation a par la suite été immatriculée et repris le contrat de bail. En proie à d'importantes difficultés financières, une procédure de liquidation des biens a été ouverture à l'encontre de la société locataire.

1477 Cass. com., 22 mai 1991 ; *Bull. Joly Sociétés* 1991, § 254, p. 702, note P. LE CANNU. – Cass. 1er civ., 3 décembre 1980, *préc.*

1478 Cass. com., 24 février 1987 : *Bull. Joly Sociétés* 1987, p. 211, note P. LE CANNU.

C'est alors que le bailleur a sollicité la caution, laquelle a refusé de payer. Assignée en paiement de loyers, la société caution a prétendu bénéficier d'une libération de son engagement suite à la reprise du contrat de bail par la société. Cet argument est écarté par la chambre commerciale qui approuve les juges du fond d'avoir fait ressortir que la caution n'avait pas agi au nom de la société en formation, seule qualité qui pouvait justifier sa libération.

460. – La solution est indiscutable juridiquement ; elle répond surtout à l'impératif de sécurité juridique recherché par le créancier en exigeant la constitution à son profit d'une garantie. La solution eut sans doute été différente si l'engagement avait été délaissé par la société. La caution s'était, en effet, engagée en cette qualité. Il ne s'agissait pas ici de rendre la société en formation caution après son immatriculation. Au contraire, il s'agissait de lui faire acquérir la qualité de preneuse à bail une fois la personnalité juridique acquise, ce qui exigeait précisément un cautionnement donné par un tiers.

§ 2. – LE SORT DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE DELAISSEMENT DE L'ENGAGEMENT GARANTI

461. – Division. Lorsque l'engagement garanti par un cautionnement est délaissé par la société, « *les personnes qui ont agi au nom d'une société en formation avant l'immatriculation sont tenues des obligations nées des actes ainsi accomplis, avec solidarité si la société est commerciale, sans solidarité dans les autres cas* »[1479]. Les fondateurs ou futurs associés ayant agi restent donc personnellement engagés à l'égard des tiers contractants (**A**). Cette solution a pour conséquence de libérer la caution garante de cet engagement non repris lorsque cette personne caution est étrangère à la société (**B**).

[1479] Art. 1843 C. civ. et L. 210-6 C. com.

A. – L'ENGAGEMENT PERSONNEL DU SOUSCRIPTEUR DE L'ACTE

462. – Deux cas de délaissement des engagements. Le souscripteur d'un engagement pour le compte d'une société en formation reste personnellement engagé lorsque cet engagement est délaissé par la société après son immatriculation. Deux cas de délaissement des engagements sont ainsi à distinguer. Il peut s'agir d'une part, d'une absence de reprise de l'engagement par la société après son immatriculation. La reprise des engagements n'est, en effet, pas une conséquence mécanique de l'immatriculation de la société mais reste une faculté qui s'exerce dans un cadre légal précis[1480]. Aussi, ce délaissement peut-il être qualifié de *technique ou fonctionnel*, dans la mesure où l'engagement n'est pas repris en raison d'un dysfonctionnement ou d'une observation peu scrupuleuse des conditions de souscription des actes pour une société en formation. D'autre part, il peut y avoir délaissement des engagements en cas d'absence d'immatriculation de la société. Ce délaissement peut être qualifié de *catégorique*, puisque la non reprise de l'acte est une conséquence de l'absence d'immatriculation de la société. N'ayant pas formellement accédé à la vie juridique, la société non immatriculée ne peut reprendre aucun engagement souscrit en son nom.

En toute hypothèse, qu'il soit *fonctionnel* ou *catégorique*, le délaissement par une société des engagements pris en son nom a pour conséquence d'engager personnellement les personnes ayant agi vis-à-vis des contractants.

463. – Justifications de l'engagement personnel des personnes ayant agi. Les personnes ayant agi au nom de la société en formation restent personnellement engagées si les engagements par elles souscrits sont délaissés. Cette responsabilité personnelle tend à protéger les tiers qui sont entrés en affaire avec une société en formation. Si le représentant de la société en formation n'a pas agi pour le compte de celle-ci, il n'a pu régulièrement l'engager. Cette société n'est donc pas tenue par l'engagement garanti qui sera alors techniquement délaissé et la personne ayant agi sera personnellement engagée. En effet, le fondateur concourt à l'édification de la société. Il doit par conséquent assumer les conséquences de sa négligence ou de sa méprise, car le droit des affaires assure la

---

1480 « […] *La société régulièrement immatriculée peut reprendre les engagements souscrits, qui sont alors réputés avoir été contractés par celle-ci* ». Art. 1843 C. civ. C'est nous qui soulignons.

protection des tiers à travers les responsables de l'entité juridique en formation qui passent des engagements au nom de cette société[1481]. La jurisprudence retient du reste qu'il appartient aux personnes qui agissent au nom de la société en formation d'apporter la preuve de la reprise de leurs engagements pour être dégagées de leur responsabilité, solidaire ou conjointe selon les cas[1482].

De surcroît, lorsque s'ajoute à cette souscription un engagement comme caution de la personne agissant, sa responsabilité se trouve d'autant plus manifeste. Engagée formellement comme caution, elle se retrouve tenue dès lors que la société au nom de laquelle il a agi n'a pu reprendre à son compte l'engagement souscrit[1483]. De ce point de vue, la situation des fondateurs-cautions des engagements pris pour une société en formation paraît plus dramatique que celle d'un tiers caution, puisqu'ils restent en toute hypothèse engagés[1484].

464. – Applications jurisprudentielles. La Cour de cassation veille au respect de ce principe en laissant les personnes ayant agi au nom de la société en formation responsables des engagements délaissés par cette dernière. Sa première chambre civile juge, dans ce sens, que « *le prêt contracté au nom d'une société en cours de constitution n'engage, en cas de méconnaissance des exigences* [légales], *que celui qui se dit être son représentant* […][1485]. Et, dans ces conditions, précise-t-elle, « *l'obligation de restituer les fonds est dès lors à la charge d'une partie distincte de la personne morale prévue tant par le contrat de prêt que par le contrat de cautionnement garantissant l'exécution de celui-ci* […] *; le cautionnement ne pouvant fonder la condamnation de la caution à garantir la dette d'une personne autre que le débiteur prévu* »[1486].

1481 CH. LOPEZ, *op. cit*., p. 408.

1482 Paris, 26 mars 1979 : *Rev. sociétés* 1979, p. 521, note J. HONORAT.

1483 PH. DELEBECQUE, note sous Paris, 25e ch. A, 17 décembre 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 85, p. 287.

1484 Théoriquement, sa responsabilité à titre de caution se superpose à la responsabilité en tant que personne ayant agi. En pratique, cette superposition reste sans incidence.

1485 Cass. 1ère civ., 2 octobre 2002, n° 00-10-499 : *Bull. civ. I*, n° 227 ; *Bull. Joly Sociétés* 2002, § 282, p. 1335, note B. SAINOURENS ; *D*. 2002, *Act. Jur*., p. 2807, obs. A. LIENHARD. En l'espèce, une personne s'était engagée comme caution d'un prêt accordé à une autre société en formation. Ce prêt avait été contracté par le futur gérant de ladite société sans qu'il dispose à cet effet d'un mandat de ses co-associés et l'acte n'apparaissait pas, de surcroit, dans l'état annexé aux statuts. La une société, sans avoir repris l'engagement, l'avait néanmoins exécuté en s'acquittant des paiements à échéance grâce à l'émission de diverses traites. Elle a ensuite fait apparaître ces paiements dans ses comptes sociaux.

1486 *Ibid.*

C'est aussi la solution retenue par la troisième chambre civile de cette même Cour qui approuve les juges du fond d'avoir déclaré inexistant un engagement pris par le futur gérant d'une société en formation au motif qu'il n'avait pas indiqué qu'il agissait au nom de la société en formation mais plutôt au nom de la société, alors même que cet engagement avait été repris à l'unanimité des associés après immatriculation de la société[1487]. Dans le même sens, la chambre commerciale de cette même Cour refuse d'admettre la reprise d'un contrat conclu au nom de la société en formation lorsque la procédure de reprise n'a pas été respectée, lors même que l'ensemble des futurs associés a participé à la signature de ce contrat[1488]. Elle ne considère donc pas que l'acceptation par la majorité des associés vaille mandat tacite ou reprise implicite des engagements. Cette analyse est suivie par les juges du fond[1489].

465. – Appréciation de la solution jurisprudentielle. Si la finalité de ce rigorisme peut être le souci de protéger les créanciers en leur réservant un recours en cas de non immatriculation de la société et de garder sauf l'intérêt social en évitant à la société d'être handicapée dès le départ par l'existence d'un passif lourd[1490], il n'est pas certain que cette rigueur soit opportune à tous égards. Il est, dans ce sens, possible de se demander si, dans certains cas, l'engagement personnel de la personne ayant agi peut être écarté au profit de la responsabilité de la société.

Sous l'angle de l'opportunité, d'abord, il n'est pas certain que la responsabilité personnelle des personnes ayant agi assure au créancier plus de chances d'un remboursement à échéance. L'importance de la surface financière de la société, comparativement à une personne physique, suffit à l'attester.

Au regard de l'interprétation des règles relatives à la reprise des engagements, ensuite, une certaine souplesse est sans doute souhaitable. Lorsque par exemple un engagement est souscrit par l'ensemble des fondateurs et futurs associés de la société

1487 Cass. 3ème civ., 28 octobre 1992 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 85, note P. LE CANNU ; *JCP. N* 1993, *II*, *Jurispr*., p. 279, note J.-P. GARÇON.

1488 Cass. com., 06 décembre 2005 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 517, § 103, note P. LE CANNU ; *D*. 2006, p. 233, obs. A. LIENHARD ; *Dr. sociétés* 2006, *Comm*. n° 35, obs. H. LECUYER ; *RTD. com*. 2006, p. 118, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET ; *RJDA* 2006/3, n° 267 ; *RJC* 2007 mai-juin 2006, p. 206. – Cass. com., 1er avril 2003 : *Bull. Joly* 2003, § 176, p. 827, note P. SCHOLER.

1489 Grenoble, 5 octobre 1989 : *Bull. Joly Sociétés*, 1990, p. 452. – Paris, 8 février 1977 : *RTD. com*. 1978, p. 578, obs. CL. CHAMPAUD.

1490 C. PRIETO, note sous Cass. com., 03 janvier 1996 : *Bull. Joly Sociétés* 1996, § 108, p. 316.

encore en formation, n'y a-t-il pas lieu de faire prévaloir, dans ce cas, l'unanimité des fondateurs sur l'absence de la précision que l'engagement est pris au nom de la société en formation ? En effet, ce sont ces mêmes fondateurs qui décident, *in fine*, de la reprise des actes par la société et il n'est, semble-il, d'autres personnes que ces futurs associés pour apprécier l'opportunité d'engager la société[1491].

Enfin, il est peut être souhaitable de dépasser la lettre des textes pour privilégier leur esprit et en avoir une approche fonctionnelle. Dans ce sens, le rigorisme de la jurisprudence serait justifié lorsque notamment la société est en proie à d'importantes difficultés de telle sorte qu'une reprise des engagements compromettrait les chances d'un paiement à échéance pour le créancier. Dans ce sens, le seul constat d'un démarrage timide de l'activité pourrait suffire à faire définitivement supporter la charge de l'engagement à son (ou ses) souscripteur(s). En revanche, le constat d'une société *in bonis* devrait conduire à admettre la reprise de l'acte par la société, nonobstant l'existence d'une négligence au moment de sa souscription.

466. – Sensibilité des juges du fond. Ce « monolithisme de la jurisprudence »[1492] cède parfois le pas au pragmatisme. Les juges du fond se montrent ainsi particulièrement sensibles aux modalités de reprise des actes d'une société en formation et s'intéressent à l'effectivité de la reprise plutôt qu'à la rigueur légale de ces modalités[1493]. S'attachant à une application du droit qui prend appui sur la réalité de la vie des affaires et ses multiples contingences, certaines Cours d'appel admettent la reprise des engagements dès lors que la société a commencé à les exécuter[1494] ou que la société s'est prévalue de cet acte auprès des tiers[1495] ou encore que les comptes sociaux retraçant les opérations contestées ont été approuvés à l'unanimité des associés[1496].

467. – Souplesse de la Cour de cassation « à tâtons ». Ces décisions des juges du fond ne laissent pas la Cour de cassation de marbre. La chambre commerciale de cette juridiction a été conduite à introduire un peu de souplesse dans l'hermétisme de la jurisprudence de la

---

1491 *Cf.* : déjà, *supra*, n° 318.

1492 A. LIENHARD, note sous Cass. 1ère civ., 2 octobre 2002, *préc*.

1493 J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com., 5 novembre 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, § 47, p. 272, n° 3.

1494 Paris, 25 ch. B, 4 novembre 1994 : *Bull. Joly Sociétés* 1995, p172, note PH. DELEBECQUE. La reprise est, en l'espèce, déduite du paiement par la société de certaines échéances du prêt.

1495 Paris, 12 mars 1990, *JCP. E* 1990, *I*, n° 19865.

1496 Paris, 30 avril 1980, *Rev. sociétés* 1981, p. 63, note J.-J. DAIGRE.

haute Cour. Par petites touches, elle a admis la possibilité de reprises implicites des engagements souscrits au nom d'une société en formation. Ainsi, dans un arrêt du 12 mai 1998[1497], la chambre commerciale approuve les juges du fond d'avoir condamné deux cautions solidaires du solde d'un compte courant et du remboursement d'un prêt accordé à une société en formation, lors même que ces engagements, contractés par le gérant de cette société, n'avaient pas été repris par l'assemblée générale après l'immatriculation de la société. Elle motive son arrêt par l'usage du compte courant par la société[1498]. Dans un autre arrêt du 14 janvier 2003[1499], elle admet que le mandat d'agir au nom d'une société en formation peut être donné postérieurement à l'accomplissement des actes ainsi pris. Cette solution a été récemment confirmée[1500].

De manière plus explicite encore, un arrêt du 5 novembre 2003[1501] de cette même chambre a approuvé les juges du fond d'avoir déclaré deux cautions solidaires tenues de leurs engagements, dès lors que la société, sans avoir repris l'engagement litigieux, assumait la charge de son remboursement.

Mérite enfin d'être pris en compte un arrêt rendu par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation le 14 décembre 2006[1502]. Dans cet arrêt, une « *procédure de rattrapage* »[1503], inédite pour le moins, de l'omission de reprise des engagements conclus pour le compte d'une société en formation a été admise. Précisément, les seconds juges du fond sont approuvés d'avoir déclaré une société tenue des engagements pris par son fondateur, au regard de l'exécution par elle des engagements en cause, alors même qu'au moment où ces engagements ont été pris, le gérant n'avait nullement mentionné qu'il agissait au nom de cette société, laquelle n'était alors qu'un simple projet.

1497 Cass. com., 12 mai 1998, *RDT. com*. 1998, p. 852, obs., CL. CHAMPAUD et D. DANET.

1498 « *Mais attendu qu'ayant constaté que les dettes contractée l'avaient été pour le compte de la société et que celle-ci avait, pour son fonctionnement, utilisé le compte courant, la Cour d'appel a décidé a bon droit, que les cautions restaient tenues des engagements qu'elles avaient pris* ».

1499 Cass. com., 14 janvier 2003, *préc*.

1500 Cass. com., 1er juillet 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 959, note J.-F. BARBIERI.

1501 Cass. com., 5 novembre 2003, *préc* : « *Mais attendu qu'ayant constaté que le prêt* […] *avait été contracté pour le compte de la société et que celle-ci, après son immatriculation au registre du commerce et des sociétés, assumait la charge de son remboursement, la Cour d'appel a décidé à bon droit que les cautions restaient tenues des engagements qu'elles avaient pris* ».

1502 Cass. 2ème civ., 14 décembre 2006 : *RTD. com*. 2007, p. 368, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET ; *Dr. sociétés* 2007, n° 2, p. 29, obs. H. LECUYER.

1503 H. LECUYER, obs. sous Cass. 2ème civ., 14 décembre 2006, *préc.*

468. – Somme toute, à côté d'une ligne orthodoxe se ramenant à une interprétation stricte des règles relatives à la reprise des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation, existe une tendance plus réaliste qui tolère une reprise implicite de ces engagements. Cette orientation pragmatique vise à rendre plus souple et moins paralysante pour les affaires la reprise des engagements par une société des engagements pris en son nom. Ce faisant, elle tend à desserrer l'étreinte technique sous laquelle la jurisprudence enferme la reprise des actes passés au nom d'une société en formation[1504]. Majoritairement, néanmoins, c'est une lecture rigoriste des mécanismes de reprise des engagements qui prévaut, la responsabilité personnelle des personnes ayant agi étant retenue lorsque les conditions de reprise ne sont pas remplies, cette responsabilité n'étant toutefois pas collective.

469. – Absence de responsabilité collective des personnes ayant agi. Les articles 1843 du Code civil et L. 210-6, al. 2 du Code de commerce précisent que la responsabilité des personnes ayant agi est indéfinie et solidaire ou conjointe, suivant la nature de la société. La jurisprudence considère que seules les personnes qui ont accompli les actes pour le compte de la société en formation restent indéfiniment et solidairement (ou conjointement) tenues[1505]. De fait, cette solidarité ne joue pas entre la société qui reprend l'acte et les personnes ayant agi[1506] ; elle ne concerne que les personnes ayant passé l'acte ou ayant donné mandat de le passer et non pas celles qui sont restées étrangères à l'acte, c'est à dire l'ensemble des fondateurs. Cette analyse est amplement justifiée. L'on sait qu'en cas d'absence d'immatriculation d'une société, celle-ci est disqualifiée en société créée de fait[1507]. Or, les règles de responsabilité s'appliquant à la société créée de fait sont celles de la société en participation dans laquelle seul l'associé ayant contracté est engagé à l'égard des tiers[1508]. Ainsi, de l'engagement de la responsabilité personnelle des fondateurs ou des personnes ayant agi au nom de la société en formation découle la libération de la caution et ce, en raison du délaissement de l'engagement par la société. Cette situation juridiquement

---

1504 En ce sens, J.-F. BARBIERI, note sous Cass. com., 29 janvier 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 571. La chambre commerciale approuve, en l'espèce, les juges du fond de s'être fondés sur la lecture des statuts pour admettre la reprise par la société du contrat de bail souscrit en son nom. V. aussi Cass. com., 1er juillet 2008, *préc*.

1505 Cass. 1ère civ., 2 octobre 2002 : *Bull. civ. I*, p. 175. – Cass. com., 4 mai 1981 : *D*. 1982, p. 482, note J.-J. DAIGRE ; *Rev. sociétés* 1982, p. 277, note C. PHILIPPE. – Cass. com., 25 octobre 1983 : *Rev. sociétés* 1984, p. 523, note J.-L. SIBON. - Bordeaux, 2ème ch., 14 mai 1990, *préc*.

1506 R. MICHA GOUDET, note sous Lyon, 3ème ch., 27 novembre 1998, *JCP.E* 1999, p. 1016.

1507 PH. MERLE, *op. cit*., n° 67.

1508 Art. 1872 et 1873 C. civ.

incontestable laisse le créancier bénéficiaire du cautionnement sans recours. Pour se prémunir contre cette situation, il est souhaitable que le cautionnement soit donné à la fois à la société – dans l'optique de son immatriculation – et aux personnes qui souscrivent l'acte au nom de la société en formation. Cette précaution évite définitivement la libération de la caution.

B. – LA LIBERATION DE LA CAUTION ETRANGERE A LA SOCIETE

470. – Explications. Lorsque l'engagement pris au nom d'une société en formation est délaissé par la société, la responsabilité personnelle de la personne ayant agi est engagée, que ce délaissement soit *fonctionnel* ou *catégorique*. Telle est la règle lorsque la personne engagée comme caution est l'un des fondateurs ou associés de la société considérée. En revanche, lorsque le cautionnement a été donné à cette même société par une personne autre, étrangère à la société, et que celle-ci vient à délaisser l'engagement principal cautionné, le cautionnement donné tombe et la caution est tout simplement libérée de son engagement. N'étant pas associé ou fondateur de la société, sa responsabilité personnel ne peut être engagée et son engagement perd toute efficacité. Garante des seules dettes sociales, la caution se voit protégée de la tentation d'être mise à contribution pour le remboursement du passif laissé à la charge des fondateurs par les dispositions légales[1509].

471. – Caducité ou inexistence du cautionnement. La Cour de cassation juge ainsi que la caution ne peut être tenue à garantir la dette d'une personne autre que celle désignée dans l'acte de cautionnement[1510]. Dans certains cas, elle retient la caducité d'un tel cautionnement[1511]. Dans d'autre cas, c'est l'inexistence de ce cautionnement qui est

---

1509 A. LIENHARD, note sous Cass. 1ère civ., 2 octobre 2002, *préc*., p. 2808.

1510 « [L'engagement] *contracté au nom d'une société en formation, qui, n'ayant pas été immatriculée, est dépourvue de personnalité morale n'engage que celui qui agit en son nom, de sorte que l'obligation* [qui en résulte] *est à la charge d'une personne distincte de la personne morale prévu dans* [ce contrat ainsi que le cautionnement qui le garantit] *et que la caution ne peut être tenue à garantir la dette d'une personne autre que celle désignée dans l'acte de cautionnement* ». V. Cass. com., 16 juin 2004, *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1095, note R. ROUTIER ; *Banque et droit* 2005, p. 87. - Cass. 1ère civ., 2 octobre 2002, *préc*.

1511 Cass. com., 29 avril 1997 : *D*. 1998, *Somm*., p. 178, obs. J.-C. HALLOIN. – Cass. com., 05 mars 1985 : *D*. 1987, *Somm*. 30, obs. J.-C. BOUSQUET.

affirmée[1512]. La doctrine approuve ces sanctions, estimant que l'inexistence du cautionnement est justifiée dans la mesure où « *le cautionnement est affecté d'un vice objectif et technique touchant sa validité* »[1513]. Dans une appréciation plus générale de la position de la jurisprudence, il est souligné que le raisonnement de la Cour de cassation est juridiquement implacable et s'inscrit dans la droite ligne de la jurisprudence refusant d'étendre le cautionnement donné à une société à ses filiales[1514].

472. – La justesse de ces analyses est éclatante. Le cautionnement donné à une société en formation tend à garantir les engagements pris pendant la période constitutive dans l'optique de leur reprise par cette société après son immatriculation. L'absence de reprise de cet engagement fait perdre au cautionnement son objet. Le caractère accessoire du cautionnement suivant lequel le cautionnement doit garantir une obligation principale valable ne dit pas autre chose[1515]. Du reste, le caractère *intuitu personae* de l'engagement de la caution donné en considération de la société en formation s'oppose au maintien de son engagement en l'absence de la reprise de cet engagement par la société.

473. – Neutralisation de la fraude. Au demeurant, toute combinaison mise en œuvre en vue de sauver le cautionnement en cas de défaut d'immatriculation de la société reste vaine. Ainsi, une immatriculation tardive de la société en formation suivie de la reprise des engagements des actes passés par les associés, postérieurement à une demande de paiement formée par les créanciers est constitutive de fraude. Cette fraude tend précisément à faire supporter à la société cet engagement en lui en transférant la charge. Dans ce cas, précisément, les juges retiennent que l'immatriculation de la société vise simplement à transférer frauduleusement la charge de l'engagement sur la société, plus solvable que le gérant ou fondateur indélicat et de ce fait tenu personnellement[1516]. Faut-il alors considérer que le créancier est définitivement privé de garantie, puisqu'il reste potentiellement sans recours ? Sans doute pas. Peut-être, peut-il invoquer la théorie des sociétés créées de fait.

1512 Cass. 3ème civ., 28 octobre 1992, *préc*.

1513 P. LE CANNU, note sous Cass. 3ème civ., 28 octobre 1992, *préc*. Dans le même sens, F. DELATTRE-BEYNET, « Cautionnement et entreprise : difficultés pratiques », *in Dr. & Patr*., n° 172, juillet-août 2008, p. 82 et s.

1514 R. ROUTIER, note sous Cass. com., 16 juin 2004, *préc*, n° 3.

1515 Il convient de noter à cet égard que c'est au visa des 2012 et 2015 C. civ. que la Cour de cassation rend ses arrêts. Par exemple : Cass. com., 16 juin 2004, *préc*.

1516 Paris, 3ème ch. soc. A, 22 novembre 1988 : *Rev. sociétés* 1989, p. 88, obs. Y. GUYON ; *RTD. com*. 1989, p. 241, n° 2, obs. CL. CHAMPAUD et P. LE FLOCH.

474. – Le recours possible à la théorie des sociétés créées de fait. L'invocation de la société créée de fait peut être d'un grand secours au créancier privé de la garantie donnée par un tiers à société, en raison du délaissement de l'engagement principal cautionné. L'on sait, en effet, que la disqualification d'une société en formation en société créée de fait se présente comme une sanction du défaut d'immatriculation. Cette sanction vise à faire supporter aux fondateurs la responsabilité personnelle de leur manque de diligence ou de leur inadvertance dans le processus d'immatriculation de la société. L'accession de la société à la vie juridique, dans ces conditions, vise à protéger les créanciers et à liquider la société irrégulièrement constituée[1517]. Ce souci de protection des créanciers, spécialement du créancier bénéficiaire du cautionnement, peut conduire, en cas de délaissement catégorique, à retenir l'existence d'une société créée de fait dans l'optique d'engager la responsabilité des fondateurs. Et, dans l'hypothèse d'un délaissement fonctionnel, la possibilité d'engager la responsabilité personnelle des fondateurs et associés pour faute peut être envisagée : en effet, en ne reprenant pas l'engagement principal cautionné, ces derniers auraient commis une faute qui cause un préjudice au créancier bénéficiaire de la garantie.

475. – Il faut dire en définitive que le défaut d'accession de la société à la vie juridique par voie d'immatriculation constitue définitivement un obstacle rédhibitoire à la mise en œuvre du cautionnement donné par un tiers à une société en formation. Un sort différent est toutefois réservé au cautionnement donné à une société ayant bien accédé à la vie juridique mais qui, pour des considérations économiques ou des perspectives de développement, est restructurée sans toutefois que sa personnalité morale soit affectée.

1517 Dans l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 16 juin 2004 précité, les juges du fond sont censurés pour, semble-il, s'être placés sur le terrain de la société créée de fait pour maintenir l'engagement de la caution, lors même que l'engagement garanti n'avait pas été repris faute d'immatriculation de la société. La motivation des juges du fond, rapportée par l'arrêt de cassation était en effet la suivante : « [la caution] *ne saurait se soustraire aux obligations résultant de son engagement de caution en faveur de la société au motif que celle-ci ne fut, en définitive, jamais immatriculée* ».

SECTION 2

LE MAINTIEN DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE RESTRUCTURATION DE LA SOCIETE DEBITRICE OU CREANCIERE SANS AFFECTATION DE LA PERSONNALITE MORALE

476. – Délimitation. Restructurer, c'est « *donner une nouvelle structure ; organiser de nouvelles bases* »[1518]. La restructuration d'une société consiste, d'une manière générale, à apporter à celle-ci certaines modifications, aussi bien externes qu'internes et profondes, au regard notamment des considérations économiques, des exigences de gestion ou de l'intérêt stratégique de la société. Cette définition de la restructuration de société permet d'avoir une double approche de cette notion. La restructuration peut se faire de manière radicale en entraînant la disparition de la société existante ou par la création d'une société nouvelle. C'est notamment le cas lorsque la société est absorbée dans une fusion ou lorsqu'elle est scindée pour donner naissance à deux sociétés nouvelles[1519]. Elle peut aussi se faire sans que la personnalité morale de la société soit affectée. Il en est ainsi de la transformation de la société[1520], de l'apport partiel d'actif ou de la prise de contrôle de société[1521].

477. – Position du problème. Démarche. Par rapport au cautionnement, la transformation d'une société et l'apport partiel d'actif – qui seuls seront analysés, à l'exception de la prise de contrôle[1522] – posent la question du maintien de l'engagement de la caution après la

---

1518 Définition du Petit Robert.

1519 *Infra*, n° 487 et s.

1520 La transformation de société n'est, en générale, pas présentée par la doctrine comme procédé de restructuration (M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *op. cit*., n° 1352). Sans doute, cela s'explique-t-il, d'une part, par le fait que la transformation peut toucher toute les formes sociales ; et, d'autre part, par le fait que les restructurations renvoient aux groupes de sociétés et au droit boursier, ce qui explique que les opérations de prise de contrôle soient incluses dans les restructurations. Il n'en demeure pas moins vrai que le changement de « costume » que vise la transformation modifie, même de manière ténue, la structure de la société.

1521 Les analyses qui suivent reposent essentiellement sur la société garantie ; les solutions retenues ou suggérées sont tout autant vraies appliquées à la société créancière, puisque les éléments de détermination de l'engagement de la caution présentent une moindre intensité ; ce qui influence d'autant moins la garantie.

1522 Que la société soit cotée ou non, la prise de contrôle pose la question du pouvoir au sein de la société. Lorsque la société n'est pas cotée, la prise de contrôle intervient à la suite d'une cession d'action ou de parts sociales dont les conditions sont librement négociées entre cédants et cessionnaires. S'agissant des

survenance ou réalisation de ces événements. En clair, il s'agit de savoir si l'engagement pris par la caution se maintient au profit de la société issue de la transformation ou de la société apporteuse dans le cas d'un apport partiel d'actif. Si le maintien du cautionnement donné trouve une ample justification dans l'absence de l'affectation de la personnalité morale de la société en cas de transformation de la société (**§ 1**), la solution ne coule pas de source dans le cas d'un apport partiel d'actif. En effet, l'apport partiel d'actif est analysé en droit positif comme entraînant un transfert universel de patrimoine, au même titre que la fusion ou la scission[1523].

Or, au regard de la technique juridique, le transfert universel de patrimoine est exclusif de toute idée de maintien de la personnalité morale de la société. Fort de cette considération, si l'apport partiel d'actif a pour effet d'entrainer un transfert universel de patrimoine, c'est que la personnalité morale de la société apporteuse et bénéficiaire de la garantie est au moins affectée ou, plus sûrement, qu'elle disparaît. Cette disparition de la personnalité morale ne peut être sans conséquence sur le cautionnement donné. Dans ces conditions, de deux analyses l'une : soit l'apport partiel d'actif est analysé comme entraînant effectivement un transfert universel de patrimoine et dans ce cas, il y a bien affectation de la personnalité morale et conséquemment libération de la caution ; soit l'apport partiel d'actif est analysé comme entraînant un simple transfert de certains éléments ou biens de la société, ce qui suppose qu'il n'y a pas d'affectation de la personnalité morale de la société, d'où le maintien du cautionnement donné. C'est ce dernier parti qui est retenu (**§ 2**).

---

sociétés cotées, la prise de contrôle s'effectue par offres publiques d'achat (OPA) des titres de la société convoitée à un prix supérieur à leur valeur boursière ou encore par échange de ces mêmes titres (OPE). Cette prise de contrôle n'exige pas un régime dérogatoire au droit commun de la cession des titres, quelle que soit leur importance, dès lors que la société conserve son existence, sa personnalité juridique et qu'il n'y a pas de modification de ses statuts (Cass. com., 21 janvier 1970 : *JCP* 1970, *II*, 16541, obs. B. OPPETIT ; *RTD. com*. 1970, p. 738). Aussi, les analyses relatives à la perte de son statut initial par le dirigeant et / ou associé caution sont-elles aussi valables pour la prise de contrôle. Pour une prise de contrôle par cession de titres d'une société non côtée, *Cf* : Paris, 15ème ch. B, 5 janvier 1995, n° 94/3614 : *Bull.Joly Sociétés* 1995, note P. LE CANNU. – Paris, 25ème ch. B, 15 février 2002, *RTD. com*., 2002, p. 318, n° 7, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET.

1523 *Infra*, n° 501 et s.

§ 1. – LE MAINTIEN DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE TRANSFORMATION DE LA SOCIETE

478. – Division. « *La transformation d'une société est son changement de forme juridique en une autre forme, tout en maintenant inchangée sa personnalité morale* »[1524] ; c'est, « *l'opération par laquelle une société adopte une forme juridique différente de celle sous laquelle elle avait été constituée ou existait* »[1525] ou encore l'acte qui consiste à changer le vêtement qui couvre la personne morale[1526]. C'est donc la même société qui poursuit son existence après sa transformation. De fait, lorsqu'elle bénéficie d'un cautionnement en tant que société créancière, ou que l'exécution de ses engagements envers ses partenaires est garantie par un cautionnement, cette garantie est maintenue (**A**). Ce n'est qu'à titre exceptionnel et sous de strictes conditions que la caution peut être libérée de son engagement (**B**).

A. – LE PRINCIPE DU MAINTIEN DE L'ENGAGEMENT DE CAUTION

479. – Survie de la personnalité morale primitive dans la société issue de la transformation. Le législateur de 1966, reprenant en cela une solution ancienne, a énoncé que la transformation régulière d'une société n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle[1527]. L'article 1844-3 du Code civil énonce la même définition en de termes identiques. Parce que la forme de la société est statutaire, son changement requiert le respect des conditions de majorité nécessaires à toute modification statutaire[1528]. En revanche, le changement d'un mode de fonctionnement à l'intérieur d'une même forme sociale ne constitue pas une transformation de société. Ainsi en est-il du passage d'une

---

1524 PH. MERLE, *op. cit*., n° 98.

1525 J. FISCEL, « L'absence d'être moral nouveau dans les transformation de sociétés », *Gaz. Pal*. 1986, *II*, *Doctr*., p.724.

1526 G. RIPERT et R. ROBLOT, par M. GERMAIN, T. 1, Vol. 2, n° 1138.

1527 R. HOUIN, note sous Cass. com., 08 juillet 1969 : *RTD. com*. 1970, p. 159, n° 24. L'article 5, al. 1 de la loi du 24 juillet 1966, devenu L. 210-6 du Code de Commerce.

1528 Cass. com., 10 décembre 1996 : *Bull. civ. IV*, n° 308.

société anonyme duale vers la société anonyme avec conseil d'administration ; ou encore du passage d'une EURL vers la SARL.

De ce point de vue, il apparaît qu'il n'y a de transformation de société qu'autant que la modification de la forme sociale s'accompagne d'une incidence sur la nature de la responsabilité des associés. N'affectant pas la personnalité juridique, la transformation d'une société se présente comme un mode de restructuration « *soft* », puisqu'elle répond souvent à « *un souci d'acclimatation aux réalités économiques* »[1529]. Ainsi, la perspective d'une inscription de la société à la cote conduit les associés à adopter une forme anonyme. Dans une telle hypothèse, il s'agit tout simplement d'une pure stratégie d'affaire. Parfois aussi, la transformation procède de motifs légaux[1530]. Aussi, la Cour de cassation juge-t-elle que « *la transformation régulière d'une société en société d'une autre forme, qu'elle soit civile ou commerciale, n'entraîne pas la création d'une personne morale nouvelle* »[1531] et que « *le changement de forme, le transfert du siège social, la mise en place de moyens nouveaux ne sont pas de nature à entraîner la création d'une personne morale nouvelle* »[1532].

480. – Préservation des droits des créanciers. S'appuyant sur la survie de la personnalité morale de la société primitive dans la société issue de la transformation, en raison précisément de l'absence de création d'une société nouvelle, la jurisprudence retient le maintien du cautionnement donné[1533]. Dans certains cas, cette survie de l'engagement de la caution est précisée dans le procès verbal de l'assemblée adoptant la transformation[1534]. Cette solution s'appuie sur les principes directeurs du droit des sociétés. En effet, si à dater de la transformation les associés sont soumis aux règles régissant la nouvelle forme sociale retenue, les intérêts des créanciers restent cependant préservés et leurs droits antérieurs à la

---

1529 COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *op. cit*., n° 432.

1530 Par exemple : Art. L. 221-15 al. 7 C. com., en cas de décès d'un associé d'une SNC ayant laissé un héritier mineur ; art. L. 223-3 ; L. 224-2 ; L. 225-1 en matière de seuil exigé pour les SARL et les SA.

1531 Cass. 2ème civ., 8 juillet 2004, n° 02-15623 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, § 299, p. 1508, note J.-J. DAIGRE. – Cass. com., 7 mars 1984 : *Rev. sociétés* 1984, p. 804, note M. JEANTIN ; *Defrénois* 1984, p. 1246, note B. JADAUD.

1532 J. FISCEL, *op. cit*., p. 726.

1533 Cass. com., 20 février 2001 : *Defrénois* 2001, p. 535, note H. HOVASSE. – Cass. com., 03 janvier 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 593, note PH. DELEBECQUE ; *Bull. Joly Sociétés* 1995, § 70, p. 237, note P. LE CANNU. – Cass. 1ère civ. 18 juin 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1991, § 288, p.803, note PH. DELEBECQUE. – Cass. com., 2 octobre 1979, *Rev. sociétés* 1980, p. 73, note CH. MOULY.

1534 Limoge, 10 mars 1969, *JCP* 1969, *II*, 16078, note J.R.

transformation sont maintenus[1535]. Par conséquent, les cautionnements dont ils bénéficient comme garanties des engagements de la société avant la transformation de celle-ci gardent leur pleine efficacité. Ainsi, lorsqu'une société à risque illimité prend la forme d'une société à risque limité, la situation des créanciers n'est pas atteinte, car ils conservent l'ensemble de leurs recours contre les associés qui étaient tenus personnellement et solidairement ou conjointement[1536].

481. – Absence d'aggravation de la portée de l'engagement de la caution. Ce *statu quo ante* se répercute sur la caution. C'est ainsi que si la forme sociale originaire était à responsabilité illimitée, la caution préserve son recours subrogatoire contre les associés qui étaient tenus personnellement au moment de la naissance de la dette. En effet, la caution sollicitée après la transformation de la société est subrogée dans l'ensemble des droits du créancier avant la transformation. Le passage d'une forme sociale à responsabilité illimitée vers une forme qui limité la responsabilité des associés n'entraîne donc pas une aggravation de la portée de l'engagement de la caution – pour le passé tout au moins –, puisque par cette subrogation la caution pourra se retourner vers les associés dont la responsabilité était illimitée[1537].

Réciproquement, le passage d'une forme sociale à responsabilité limitée vers une forme à responsabilité illimitée n'améliore guère le sort de la caution. Au cas où elle serait conduite à exécuter son obligation garantissant des engagements nés avant la transformation, elle ne pourrait se retourner contre les associés sur le fondement de leur responsabilité – illimitée – issue de la forme nouvelle[1538].

482. – Nécessité d'aligner la situation de la caution sur celles des créanciers antérieurs à la transformation. Cette dernière solution lèse considérablement la caution. En effet, à la suite d'une transformation de société, les créanciers antérieurs bénéficient immédiatement des garanties résultant de la forme sociale nouvelle. Ainsi, les créanciers d'une ancienne SARL, devenue SNC, sont fondés à rechercher la responsabilité indéfinie et

---

1535 PH. MERLE, *op. cit*., n° 103 & s. Pour une application : Cass. 1ère civ., 13 mars 1990 : *Bull. Joly Sociétés* 1990, § 102, p. 439, note M. JEANTIN.

1536 Cass. 1ère civ. 18 juin 1991, *préc*.

1537 Telle était la solution retenue par les juges d'appel parisiens dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt de la chambre commerciale du 20 février 2001, précité.

1538 Paris, 3ème ch. A, 25 mai 1993 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, p. 871, n° 254, note A. COURET.

solidaire des associés[1539]. Cette solution est expliquée par la connaissance qu'ont les associés des risques inhérents à la transformation. Ce faisant, les créanciers bénéficiaires de cautionnement voient ainsi leurs garanties s'accroître. Outre le cautionnement, la possibilité de se retourner contre l'un quelconque des associés leur est reconnue alors que, dans le même temps, la situation de la caution reste celle d'avant la transformation de la société. Aussi, sans exclure la possibilité pour la caution d'aménager la transformation comme condition de libération, un alignement de sa situation sur celle des créanciers est-il souhaitable pour plus de cohérence.

B. – LA TRANSFORMATION DE LA SOCIETE COMME CONDITION EXCEPTIONNELLE DE LA LIBERATION DE LA CAUTION

483. – Modification des critères économiques de l'engagement de la caution. La transformation de la société ne crée pas d'être moral nouveau et le cautionnement garantissant les engagements de cette société est maintenu. Si cette situation n'affecte pas l'engagement de la caution au regard de sa situation d'avant la transformation, la même analyse ne saurait être tenue pour l'avenir. En effet, s'agissant d'un cautionnement ouvert, le passage d'une forme sociale à responsabilité illimitée vers une forme qui limite la responsabilité des associés fait perdre à la caution – pour des engagements qui prendraient naissance postérieurement à la transformation mais tombant dans la couverture de la garantie – son recours subrogatoire après paiement contre l'un quelconque des associés. Sous cet angle, la transformation de société modifie les critères économiques existant au moment de l'engagement de la caution[1540].

484. – Libération possible de la caution. Aussi, la jurisprudence admet-elle la libération possible de la caution à la suite de la transformation de la société bénéficiaire de la garantie. Il faut pour ce faire que l'acte de cautionnement prévoit, en ce cas, « *la caducité*

[1539] Cass. 3ème civ., 10 janvier 1973, *Rev. sociétés* 1973, p. 647, note J.-P. SORTAIS. – Paris, 3ème ch. A, 25 mai 1993, *préc*.
[1540] CH. MOULY, note sous Cass. com., 2 octobre 1979 : *Rev. sociétés* 1980, p. 73, n° 1.

de l'obligation de caution »[1541]. Autrement dit, il faut que la transformation de la société ait été érigée en un terme extinctif du cautionnement.

485. – Nécessité d'une stipulation formelle. Ce terme doit toutefois être formellement stipulé dans le contrat ou dans un avenant à celui-ci et ne peut être déduit d'une expression tacite. L'existence de cette stipulation préserve la recherche d'un terme extinctif sous-jacent ou d'une interprétation fondée sur un usage, contrairement à certaines suggestions doctrinales[1542]. En effet, à la différence de la caution qui perd son statut initial, une transformation de société n'affecte pas la personnalité juridique de la société. Entre ces deux situations, la différence n'est pas de degré : elle est de nature. Dans un cas, la transformation de la société, c'est l'enveloppe de l'être moral ; dans l'autre cas, la perte par la caution de son statut initial affecte la personne dans la qualité qui a déterminé son engagement.

De ce point de vue, la perte du statut initial de la caution présente la même radicalité et gravité que la disparition de l'être moral. En revanche, lorsque la transformation de la société est concomitante ou est immédiatement suivie de la perte par la caution de son statut initial, l'extinction de son engagement doit être admise[1543].

486. – En somme, la transformation d'une société dont les engagements sont garantis par un cautionnement est sans effet sur cette sûreté d'exécution, en raison de l'absence de création d'une personne morale nouvelle. La société issue de la transformation est, en effet, la même entité mais qui revêt une forme autre. C'est cette même logique qui conduit à maintenir le cautionnement donné lorsque la société bénéficiaire fait un apport partiel d'actif, mais cette fois pour une raison inverse : l'absence de disparition de la personnalité juridique de la société.

1541 Cass. com., 03 janvier 1995, *préc*. – Cass. com., 18 juin 1991, *préc*.

1542 CH. MOULY, note sous Cass. com., 2 octobre 1979, *préc*., n° 16 et 17.

1543 Cass. com., 08 juillet 1969 : *RTD. com*. 1970, p. 159, n° 24, obs. R. HOUIN ; *Banque* 1970, p. 296, note X. MARIN.

§ 2. – LA SURVIE DU CAUTIONNEMENT EN CAS D'APPORT PARTIEL D'ACTIF AU REGARD DE LA THEORIE DU PATRIMOINE

487. – Description et utilité de l'apport partiel d'actif. Modalité particulière de prise de participation du droit des sociétés[1544], mais répondant à des impératifs de restructuration[1545], l'apport partiel d'actif consiste pour une société à apporter une branche de son activité à une autre société et à recevoir en contrepartie des titres sociaux (actions ou parts sociales) de la société bénéficiaire de l'apport[1546]. Indépendamment des éléments qui le constituent, l'apport partiel d'actif s'analyse pour la société apporteuse en une augmentation du capital, à due concurrence des titres reçus en contrepartie de l'apport ; pour la société bénéficiaire, il s'analyse en un apport en nature[1547]. Elaboré par une pratique guidée par des considérations économiques, l'apport partiel d'actif a pour finalité « *d'assurer la pérennité d'une société en la débarrassant d'une de ses activités pour la confier à d'autres mains* »[1548]. Ainsi, à la suite d'une fusion de deux ou trois sociétés, la société nouvelle peut être obligée par les autorités de régulation de la concurrence de se délester d'une partie de ses activités pour lesquelles elle se trouverait en position dominante[1549]. L'apport partiel d'actif peut aussi poursuivre comme objectif la filialisation d'un département dépourvue d'autonomie juridique[1550].

488. – Analyse positive de l'apport partiel d'actif. Fiscalement, l'apport partiel d'actif s'analyse en une transmission d'un tout, c'est-à-dire une transmission universelle d'une branche d'activité susceptible de fonctionner par des moyens propres et non en un simple

---

1544 PH. MERLE, *op. cit*., n° 647 et s.

1545 M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY, *op. cit*., n° 1354.

1546 Ce qui permet qui distinguer l'apport partiel d'actif de la simple vente d'un bien. Alors que dans la vente la rémunération est le prix du bien, dans l'apport ce sont des titres de la société bénéficiaire de l'apport. De même, alors que l'apport partiel d'actif s'accompagne d'une augmentation de capital, la vente n'entraîne aucune conséquence sur le capital social de la société acquéreuse.

1547 M.-L. COQUELET, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse dactyl. Paris X-Nanterre, 1994, n° 207.

1548 CL. CHAMPAUD et D. DANET, note sous Cass. com., 05 mars 1991 : *RTD. com*. 1992, p. 385, n° 4.

1549 N. MORELLI, *La portée de la transmission universelle de patrimoine dans les opérations de restructuration*, Thèse, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2005, *passim*.

1550 Y. GUYON, « Les apports partiels d'actifs », *in Prospectives du droit économique – Dialogues avec M. JEANTIN*, éd. Dalloz 1999, p. 237 et s., n° 1.

transfert d'une partie des éléments du patrimoine de la société apporteuse[1551]. Il en résulte une assimilation de la partie apportée à une branche et l'apport à la fusion. De ce *continuum* patrimonial résulte l'application à l'opération d'apport partiel le régime juridique, social et fiscal de la fusion ou de la scission. Cette solution consacrée par le droit fiscal[1552] l'est aussi par le droit des procédures collectives[1553] et en droit des sociétés. S'agissant tout spécialement du droit des sociétés, l'article L. 236-22 du Code de commerce permet aux sociétés apporteuses et bénéficiaires d'un apport partiel d'actif de placer cette opération sous le régime des scissions[1554]. La possibilité de placer l'apport partiel d'actif sous le régime de la scission s'infère, d'une certaine manière, de la similitude des deux techniques : qu'il s'agisse de l'apport partiel d'actif ou de la scission, les deux techniques tirent leur source d'un démembrement de la société.

Le droit positif analyse donc l'apport partiel d'actif en une transmission universelle de patrimoine[1555]. La chambre commerciale de la Cour de cassation juge ainsi que : « *Sauf dérogation expresse prévue par les parties dans le traité de scission ou d'apport, la communauté ou confusion d'intérêts ou fraude, dans le cas d'un apport partiel d'actif placé sous le régime des scissions, il s'opère de la société apporteuse à la société bénéficiaire, laquelle est substituée à la première, une transmission universelle de tous ses droits, biens et obligations pour la branche d'activité faisant l'objet de l'apport* […] » [1556]. Cette solution consacre assurément l'autonomie patrimoniale de la branche d'activité

1551 Selon l'article 301 E, annexe II, CGI : « *Constitue un apport partiel d'actifs l'opération par laquelle une société apporte à une société relevant du statut fiscal des sociétés de capitaux, en voie de formation ou préexistante, l'ensemble des éléments qui forment soit une, soit plusieurs branches complètes et autonomes d'activité, lorsque l'opération n'entraîne pas la dissolution de la société apporteuse* [...] ». Sur la question et l'analyse de l'administration fiscale, V. O. RENAULT, « Les nouveaux contours de la notion de branche complète et autonome d'activité - Un essai de clarification de la notion par l'Administration ou une tentative d'imposer des sous-jacents restrictifs ? », *JCP. E* 2002, *Etude*, 368.

1552 Art. 210-B-1 CGI : « *Les dispositions de l'article 210 A s'appliquent à l'apport partiel d'actif d'une branche complète d'activité ou d'éléments assimilés* […] ».

1553 L'article L. 642-1 C. com., modifié par l'article 110 de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 dispose : « *La cession de l'entreprise a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif. Elle peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités*. » C'est nous qui soulignons.

1554 Seules s'appliquent à l'apport partiel d'actif les articles L. 236-16 à L. 236-21 C. com., ainsi que les articles L. 236-9 et L. 236-10 du même Code.

1555 M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *in Mélanges J. Derruppé*, GNL Joly & Litec, 1991, p. 287 et s., n° 17 et s ; J.-J. DAIGRE, note sous Cass. 2ème civ., 12 juillet 2001, *JCP. E* 2001, p. 327.

1556 Cass. com., 05 mars 1991 : *RTD. com*. 1992, p. 385, n° 4, note CL. CHAMPAUD et D. DANET ; *RJDA* 7/1991, n° 605, p. 525 ; *Rev. Sociétés* 1991, p. 546, note C. BOLZE. – Cass. com., 16 février 1988 : *Bull. civ. IV*, n° 69, p. 48 ; *RTD. com*. 1988, p. 639, note Y. REINHARD.

apportée et l'effet dévolutif de l'apport partiel d'actif. Cette solution soulève un important questionnement.

489. – Appréciations de la doctrine. La conception positive de l'apport partiel d'actif est défendue par certains auteurs. Dans ce sens, il est avancé que l'apport d'une partie de l'actif d'une société est un apport en nature qui peut être placé sous le régime des scissions par la seule volonté des sociétés en cause[1557]. De là se déduit l'effet de transfert universel de patrimoine de l'opération[1558]. Cet effet dévolutif de l'apport partiel trouve un fondement dans la contribution économique de la société apporteuse à la société bénéficiaire[1559].

A cette conception, d'autres auteurs opposent que l'effet de transfert universel de patrimoine ne peut avoir de sens que s'il s'applique à une quote-part de patrimoine. Dans ce sens, précisément, l'ont est en présence d'un « apport-scission », c'est-à-dire un apport qui n'aboutira *in fine* sur l'existence de deux sociétés que lorsqu'il porte sur une branche d'activité[1560]. Selon M. P. LE CANNU[1561], « *si une branche autonome d'activité est l'objet d'un apport partiel soumis au régime des scissions, cet apport, selon une jurisprudence controversée de la Cour de cassation, entraîne une transmission universelle de patrimoine* ». En revanche, l'apport de divers éléments d'un fonds de commerce peut encore être placé sous le régime des scissions, parce que l'article L. 236-22 C. com. le permet dès lors que cet article n'exige pas que la partie de l'actif apportée forme nécessairement une branche d'activité ; mais l'effet de transfert universel de patrimoine ne se produit pas dans ce cas[1562].

490. – Incompatibilité notionnelle. En réalité, ce que dévoile cette controverse est l'impossibilité qu'il y a à retenir un transfert universel de patrimoine en présence d'une opération d'apport partiel d'actif. D'une part, la transmission d'une universalité nécessite la disparition préalable de la personne qui sert de support à cette universalité[1563]. D'autre part,

---

1557 J.-J. DAIGRE, note sous Cass. 2ème civ., 12 juillet 2001, *préc*., note n° 6.
1558 *Ibid.*
1559 R. ROUTIER, *Les fusions de sociétés commerciales – Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, L.G.D.J. 1994, Tome 237, Préf. GILLES-J. MARTIN, n° 89.
1560 M. COZIAN, A. VIANDIER et FL. DEBOISSY, *op. cit*., n° 1419, 1422 et s. Dans le même sens, M. COZIAN, FL. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises, op. cit*., n° 1411.
1561 *Droit des sociétés*, 2ème éd. éd. Domat-Montchrestien - 2003, n° 1584.
1562 *Ibid*., n°1585.
1563 C. BOLZE, note sous Cass. com., 5 mars 1991 et 5 février 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 549, n° 7.

il n'est d'autres successeurs universels que le (ou les) successeur (s) au patrimoine d'une personne décédée ou d'une société dissoute, s'agissant des personnes morales[1564]. Par conséquent, en l'absence de disparition de la société titulaire du patrimoine transmis, point de transfert universel de patrimoine[1565]. Or, dans l'apport partiel d'actif, la société apporteuse ne disparaît pas ; bien au contraire, elle continue à exister en exerçant le restant des activités prévues dans son objet social. Certes, le patrimoine de la société apporteuse est divisé ; mais c'est uniquement une fraction de ce patrimoine qui est transmise à une autre société, nouvelle ou déjà existante. Dans ce sens, précisant la notion de fusion, COPPER-ROYER, écrit : « [Dans la fusion], *il faut que des êtres moraux se fondent, et qu'une des personnalités disparaisse. Sans cela il n'y aurait qu'apport* […] »[1566] et de souligner que « *l'apport est une opération à titre particulier, la fusion est réalisée à titre universel* »[1567].

Ainsi, en dépit de la possibilité légale de placer l'apport partiel d'actif sous le régime des fusions et scissions, une assimilation totale de ce mécanisme à celles-ci n'est pas possible et le raisonnement relatif à la transmission universelle de patrimoine ne peut être tenu.

491. – Au demeurant, les impératifs économiques qui dictent et justifient l'apport partiel d'actif ne peuvent conduire à forcer l'esprit juridique pour lui faire admettre une égalité de traitement entre un acquéreur d'une universalité de fait et l'acquéreur d'une universalité de droit[1568]. Aussi, « *le trait distinctif de l'apport partiel d'actif en regard des fusions et de la scission est qu'il laisse subsister la société apporteuse. Celle-ci n'est pas dissoute ; elle ne disparaît pas et conserve sa personnalité juridique* »[1569]. Se dévoile ainsi l'irréductible incompatibilité notionnelle entre l'apport partiel d'actif et le transfert universel de patrimoine. Et, plutôt qu'un transfert universel de patrimoine, une transmission à titre universel eût sans doute été plus indiquée[1570], dans la mesure où c'est l'ensemble des

---

1564 En ce sens, L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit*., n° 156.

1565 M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *op. cit*., n° 20.

1566 J.-COPPER-ROYER, *De la fusion des sociétés*, *Dalloz* – 1933, p. 6.

1567 *Ibid*. p. 7. C'est nous qui soulignons.

1568 En ce sens, M.-L. COQUELET, *Thèse préc*., n° 11, p. 8.

1569 O. BARRET, « A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », *in Prospectives du droit économique – Dialogues avec M. JEANTIN*, éd. Dalloz 1999, p. 109 et s., n° 8.

1570 Y. GUYON, « Les apports partiels d'actifs », *op. cit*., n° 13.

droits, biens et obligations de la branche d'activité qui font l'objet de l'apport. A l'analyse, même cette dernière qualification apparaît totalement inappropriée.

492. – Absence d'une universalité de droit. Alors qu'il est constant que toute transmission universelle porte sur les deux composantes qui forment l'universalité de droit, l'actif et le passif, l'apport partiel d'actif, qu'il porte sur une branche complète et autonome d'activité ou un ensemble de biens, ne vise que les biens transférés. Ces biens se composent d'éléments permettant leur exploitation autonome ou leur fonctionnement par des moyens propres[1571]. L'administration fiscale exige, dans ce sens, que la branche apportée « jouisse » d'une double autonomie. Une « autonomie interne », d'abord, qui s'apprécie bien avant le transfert par l'existence d'une branche distincte des autres divisions de la société apporteuse[1572]. Une « autonomie externe », ensuite, qui serait la capacité de fonctionner par des moyens propres dans des conditions normales et dans le secteur d'activité considéré[1573].

493. – Ainsi défini, l'apport partiel d'actif occulte totalement l'existence d'un passif, nécessaire pendant de l'actif dans toute universalité de droit[1574]. En effet, il est difficilement concevable qu'un passif soit attaché à une branche d'activité capable de fonctionner de manière autonome[1575]. La transmission de ce passif paraît du reste aléatoire, compte tenu de l'apparition possible de certains risques. Ainsi, s'agissant de la société bénéficiaire de l'apport, le risque pour ses associés d'être ruinés est évident si le passif lié à l'apport est plus important que les actifs apportés. Le risque existe aussi pour les créanciers de la société bénéficiaire, dans la mesure où la transmission du passif a pour conséquence de les soumettre au concours des créanciers de la société apporteuse, ceci en raison de la

---

1571 M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *op. cit*., n° 21.

1572 O. RENAULT, *op. cit*., p. 365.

1573 *Ibid*., p. 366. Cette double autonomie est également exigée par la Directive 90/434/CEE du 23 juillet 1990 (JO L 225 du 20.8.1990, p. 1) concernant le régime fiscal commun applicable aux fusions, scissions, apports d'actifs et échanges d'actions intéressant des sociétés d'États membres différents. *Cf* : art. 2-i) de cette directive.

1574 Même si, aux termes de l'article L. 236-20 C. com., la société bénéficiaire de l'apport est débitrice solidaire des obligataires et des créanciers non obligataires de la société de la société apporteuse, cette solidarité est très généralement écartée. *Cf* : H. HOVASSE et S. ROBINEAU, « L'inadaptation des articles 385 et 386 de, la loi du 24 juillet 1966 à la protection des créanciers dans une opération d'apport partiel d'actif », *Bull. Joly Sociétés* 1998, § 80, p. 203.

1575 Y. GUYON, « Les apports partiels d'actifs », *op. cit*., n° 4. Le passif de l'apport peut toutefois y être attaché par l'effet de la loi en cas de silence des parties, autrement dit à titre supplétif.

confusion de patrimoines qui en résulte. Ce risque justifie d'ailleurs l'institution d'un droit d'opposition au profit des créanciers de la société bénéficiaire de l'apport[1576].

Ces considérations conduisent bien fréquemment les parties au traité d'apport à écarter le passif de la branche transmise. La pratique révèle ainsi que les traités d'apport ne font apparaître aucune dette et que l'apport est plus souvent net de tout passif[1577]. Cela n'est du reste pas surprenant, puisque dans les traités d'apport sont insérées des clauses mettant à la charge de l'apporteur le passif de l'apport ainsi fait[1578].

494. – Jurisprudence communautaire. La jurisprudence communautaire est, au demeurant, semble-t-il, dans ce sens. En effet, la Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE)[1579] retient qu'il n'y a pas d'apport partiel d'actifs en l'absence d'une transmission dans leur globalité des éléments d'actif et de passif afférents à la branche d'activité apportée[1580]. Ce faisant, s'il ressort que l'exigence d'un transfert global inhérent à l'apport partiel d'actif s'oppose à ce que la société apporteuse conserve un actif inhérent à la branche apportée ou transfère un passif non inhérent à cette même branche, *la CJCE n'exclut nullement la conservation par la société apporteuse d'un passif inhérent à l'apport ainsi fait*. Au soutien de ce positionnement, il peut être avancé que la conservation par la société apporteuse du passif de la branche apportée peut contribuer au renforcement des capacités de survie de la société bénéficiaire et conforter ainsi son autonomie[1581].

495. – Le maintien du cautionnement donné. De cette démonstration, il ressort qu'en cas d'apport partiel d'actif la personnalité morale de la société apporteuse n'est pas affectée, puisque l'apport partiel d'actif ne transfère pas la « *substance* »[1582] de la société mais transfère, au mieux, une branche susceptible de fonctionner de manière autonome. Or, au

---

1576 Art. L. 236-21 C. com., al.2, sur renoi de l'article L. 236-22 du même Code.

1577 J.-J. DAIGRE, note sous Cass. 2ème civ., 12 juillet 2001, *préc.*, p. 329. Dans le même sens, C. BOLZE, note sous Cass. com., 5 mars 1991 et 5 février 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 549, n° 19. *Contra*, M. COZIAN, FL. DEBOISSY, *Précis de fiscalité des entreprises, op. cit.*, n° 1410.

1578 H. HOVASSE et S. ROBINEAU, *op. cit.*, p. 206 ; J.-COPPER-ROYER, *op. cit.*, p. 104.

1579 En application de la directive n° 90/434/CEE du 23 juillet 1990, *préc*.

1580 CJCE, 5ème ch., 15 janvier 2002, *Andersen og Aps C / Skatteministeriert*, n° C-43/00 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 348, note A. COLONNA D'ISTRIA (points 24 et 25 de l'arrêt).

1581 A. COLONNA D'ISTRIA, note sous CJCE, 5ème ch., 15 janvier 2002, *préc.*

1582 *Contra*, G.-J. MARTIN, « La notion de fusion », *RTD. com*. 1978, n° 37 et 38 : « *Si une société transmet à une autre société la quasi-totalité de son actif, si son personnel ou la quasi-totalité de celui-ci est mis au service de ladite société, si, en un mot, "la substance" de l'entreprise est transmise à une autre entreprise, est-il raisonnable d'affirmer qu'il n'y a pas fusion au seul prétexte que la première conserve une certaine vie juridique ?* ».

regard de la théorie du patrimoine, il ne saurait y avoir transmission universelle, faute de transmission d'un passif nécessaire pendant à l'actif transmis. Plus encore, l'apport ainsi fait est aussi souvent net de passif ; l'ensemble des engagements pris par la société apporteuse restant à la charge de la société apporteuse en vue de permettre un meilleur fonctionnement de la société bénéficiaire. Il faut relever, dans ce sens, que si dans l'octroi d'un crédit à une société, la destination des fonds et leur usage futur sont pris en compte par le dispensateur de crédit, cela n'équivaut en aucune manière à tenir pour cocontractant « la partie » ou la branche de la société à laquelle les fonds sont directement destinés, quel que soit son degré d'autonomie. La raison en est que la branche d'activité n'est pas une personne morale et seule la société reste emprunteuse.

Ainsi donc, le cautionnement donné à la société apporteuse reste pleinement maintenu à son profit dans la mesure où l'apport partiel d'actif ne transfère nullement le passif lié à la branche apportée : si les engagements garantis ne sont pas transmis, leurs garanties ne sauraient l'être davantage.

CONCLUSION DU CHAPITRE 1

Le seul « constat » de la continuité de l'être moral assure le maintien du cautionnement donné

496. – La transformation de la société ou le fait pour elle de faire un apport partiel d'actif n'affecte pas la personnalité de la société ou l'être moral. Ces deux déclinaisons des restructurations assurent plutôt la continuité de la société en la faisant passer d'un type à un autre ou en réorganisant son activité. Il faut, sans doute, expliquer cela par le fait que la forme sociale ne permet pas de distinguer avec certitude une personne morale d'une autre, à la différence de l'objet social, qui lui continue d'exister en dépit d'un démembrement des activités jusque là exercées par la société. C'est dire que « *la personnalité morale existe donc bien au-delà de la forme sociale et l'être dépasse le paraître* »[1583].

497. – La transformation d'une société dont les engagements sont garantis par un cautionnement est ainsi sans effet sur cette sûreté d'exécution, en raison de l'absence de création d'une personne morale nouvelle et la société issue de la transformation est la même entité avec tout simplement une forme sociale autre.

Toutefois, l'apport partiel d'actif présente une ambiguïté certaine car, dans certains cas, il peut aboutir à une véritable scission. Cette ambiguïté est particulièrement accentuée par la possibilité qu'ont les parties à un traité d'apport de placer cette opération sous le régime des fusions ou de scissions. Faut-il aussi trouver une explication à cette ambiguïté dans la confusion entretenue un temps par la jurisprudence en parlant de « *fusion ou absorption partielle* »[1584] – formule déjà dénoncée par COPPER-ROYER[1585] – plutôt que d'apport partiel d'actif ? Sans doute. Mais, à la différence des fusions ou scissions qui entraînent la disparition de l'être moral[1586], précisément du lien juridique unissant le patrimoine à son titulaire, l'apport partiel d'actif ne transmet pas le patrimoine et garde

[1583] J.-J. DAIGRE, note sous Cass. 2ème civ., 8 juillet 2004, *préc.*
[1584] Cass. com., 12 décembre 1972 : *Bull. civ. IV*, n° 330, p. 306.
[1585] *Op. cit.*, p. 103 et s.
[1586] *Infra*, n° 502 et s.

sauve la personnalité de la société apporteuse. Le cautionnement donné à la société apporteuse reste par conséquent pleinement maintenu à son profit, puisque l'apport partiel d'actif ne transfère nullement le passif lié à la branche apportée.

498. – A la vérité, cette logique préside aussi le cas spécifique du cautionnement donné comme sûreté d'exécution des engagements d'une société en formation. Le cautionnement est donné dans l'espérance logique que la société accèdera à la vie juridique, qu'elle sera dotée d'une personnalité morale et que, dès cet instant, tout sera tel que si elle avait déjà cette personnalité morale au jour où l'engagement principal cautionné a été pris, en raison de la rétroactivité de l'immatriculation. Dès lors, *le seul constat d'accession de la société à la vie juridique, accompagnée de la reprise des engagements valide et assure le maintien du cautionnement donné*. *De ce point de vue, le délaissement de l'engagement garanti traduit et exprime véritablement une affection de l'être moral (cas de délaissement fonctionnel) ou son inexistence juridique, c'est-à-dire tout simplement son existence factuelle (cas de délaissement catégorique).* Cette logique se vérifie parfaitement lorsque la personnalité morale vient à disparaître : tel est le cas des fusions et des scissions.

CHAPITRE 2

L'INFLUENCE DIVERSIFORME DE LA DISPARITION DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA SOCIETE CREANCIERE OU DEBITRICE SUR LE CAUTIONNEMENT

499. – La mort annoncée de la société : Les procédures collectives. A côté de la transformation de la société ou de l'apport partiel d'actif qui n'affectent pas la personnalité morale de la société existent des mutations plus violentes et radicales qui emportent l'être moral. La liquidation judiciaire de la société qui intervient lorsque le redressement de la société n'est plus possible constitue un de ces événements, puisqu'elle vise à convertir l'actif de la société en argent en vue de liquider son passif. Dans ce cas précis, la règle convenue selon laquelle avoir pour contractant une société parce que sa surface financière est plus importante que celle d'une personne physique se trouve battue en brèche dans la mesure où la personne physique peut se trouver immédiatement plus solvable ou, à tout le moins, plus apte à désintéresser certains créanciers. C'est dans ces conditions précisément que la caution a vocation à jouer son rôle de garant. Toutefois, la liquidation judiciaire s'insère dans un corpus de règles spéciales, le droit des entreprises en difficulté. Ce droit prévoit des dispositions spécifiques aux garanties des engagements de la société. C'est dans ce cadre plus général que sera analysé le sort du cautionnement (**section 2**).

500. – La mort instantanée de la société : les fusions et les scissions. Tout aussi catégoriques, les fusions et les scissions constituent l'autre facette des mutations qu'une société peut traverser et qui peuvent entraîner la disparition de sa personnalité morale. La

fusion, tout autant que la scission, se traduit par la dissolution immédiate mais sans liquidation de la société absorbée ou scindée et par la transmission de son patrimoine au profit d'une autre société ou d'une société nouvelle, laquelle se substitue dans tous les biens, droits et obligations de la société dissoute. Il y a alors transmission universelle du patrimoine. Suivant cette transmission universelle de patrimoine, la société absorbante ou nouvelle est tenue non seulement du passif déjà existant ou expressément visé dans le traité de fusion, mais également des dettes qui n'étaient que virtuelles ou éventuelles, voire « *sans existence perceptible* » [1587] au jour de transmission. Elle doit par conséquent désintéresser les créanciers de la société dissoute. Elle bénéficie, ce faisant, des garanties dont bénéficiait la société dissoute, car elle reprend l'intégralité de son patrimoine. En effet, les garanties étant les accessoires des engagements pris par la société, elles se transmettent normalement en même temps que ceux-ci.

Pourtant, même si le caractère accessoire du cautionnement autorise cette transmission, il reste que le cautionnement, spécialement celui donné à une société garde un particularisme par rapport aux sûretés réelles qui épousent le sort des engagements garantis[1588]. Aussi, la transmission de l'engagement de caution en cas de fusion ou de scission doit-elle se résoudre « *en marge du principe de la transmission universelle* »[1589]. Dans ce sens, l'engagement de la caution doit être maintenu de manière discontinue (**section 1**).

1587 Riom, 5 mai 1980 : *Rev. sociétés* 1981, p. 596, note J. G. (note, n° 10).

1588 Sous l'effet de la transmission universelle de patrimoine, les garanties réelles dont bénéficiait la société dissoute sont normalement transmises à la société nouvelle ou absorbante sans publicité : *infra*, n° 511. Toutefois, s'agissant de l'hypothèque qui est soumise à la publicité foncière, l'article 2430, al. 1 C. civ. exige que toute modification relative à une hypothèque accordée soit inscrite en marge des inscriptions déjà existantes au bureau des hypothèques.

La Cour de cassation (Cass. 3ème civ., 11 octobre 2006, n° 1041 : *RJDA* 3/07, n° 262) a néanmoins jugé que « *l'omission des modifications relatives à l'identité du créancier dans le bordereau de renouvellement de l'inscription établi après la fusion ne rend pas nul le renouvellement de l'hypothèque lorsqu'il n'en résulte aucune aggravation de la situation du débiteur de sorte que ce renouvellement, même fait au nom de la société dissoute produit effet* ». Sur l'ensemble de la question, *cf* : G. DAMY, *Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires et européennes*, Bibliothèque de droit de l'entreprise et Litec – 2005, préf. GILLES.-J. MARTIN, n° 168 à 181 ; L. LEGOUET, « L'incidence des fusions des banques sur les garanties », *Banque & Droit*, mai-juin 2000, p. 23 et s ; M. ROMNICIANU, « Perspective d'ensemble sur le sort des garanties dans le cadre d'une fusion », *JCP. E* 1991, *I*, *Chron*. 34, p. 115.

1589 M.-L. COQUELET, *Thèse préc*., n° 442.

SECTION 1

LE MAINTIEN DISCONTINU DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE FUSION OU DE SCISSION DE LA SOCIETE CREANCIERE OU DEBITRICE

501. – ***Précision méthodologique***. Sans raviver la discussion, le thème des fusions étant jalonné de profondes études[1590], la technique suffisamment « *décrite* »[1591], les solutions législatives et jurisprudentielles étant par ailleurs acquises, *rappeler l'approche théorique des fusions et des scissions nous semble être un préalable nécessaire à l'étude des incidences de ces opérations sur le cautionnement donné à une société*.

502. – Définitions et modalités des opérations de fusions… L'opération de fusion, « *c'est la réunion de diverses sociétés en une seule. Et ce ne peut être que cela* »[1592]. En effet, « *la fusion se comprend de deux sociétés comme de deux rivières qui unissent leurs eaux, l'une gardant sa dénomination et se grossissant de l'autre, ou bien toutes les deux s'amalgament pour former une rivière exclusivement formée des deux eaux, rivière qui dorénavant aura une dénomination nouvelle* »[1593]. La fusion se ramène donc à l'union de deux patrimoines de deux sociétés qui ne forment plus qu'une seule et même entité. La présentation métaphorique de la fusion faite par COPPER-ROYER expose successivement l'hypothèse de la fusion absorption et de la fusion par combinaison. Parce que les incidences sur le cautionnement donné ne sont pas les mêmes selon qu'il s'agit d'une fusion absorption ou d'une fusion par combinaison, d'une part, et selon que la fusion concerne la société créancière ou débitrice, d'autre part, ces deux modalités de fusion méritent d'être explicitées.

1590 J.-COPPER-ROYER, *De la fusion des sociétés*, *Dalloz* – 1933 ; G.-J. MARTIN, « La notion de fusion », *op. cit.* ; R. ROUTIER, *Les fusions de sociétés commerciales – Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements, op. cit.*

1591 G.-J. MARTIN, « La notion de fusion », *op. cit*., n° 3.

1592 J.-COPPER-ROYER, *op. cit.*, p.101.

1593 *Ibid.*

Par la fusion absorption, une société est absorbée par une autre qui subsiste seule et cette dernière recueille l'intégralité du patrimoine de la société absorbée qui disparaît. Dans ce cas, seuls les actionnaires ou associés de la société absorbée reçoivent des titres nouveaux émis par la société absorbante qui doit, elle, procéder à une augmentation de capital. La fusion par combinaison entraîne, quant à elle, la dissolution des sociétés rapporteuses et la transmission de leurs patrimoines à la société nouvelle[1594]. Dans cette modalité de la fusion, c'est l'ensemble des associés ou actionnaires des sociétés dissoutes qui reçoivent des titres de la société nouvelle.

503. – … et de scissions. La scission est une sorte de fusion inversée ou renversée. Elle entraîne la disparition d'une société par la transmission de son patrimoine à des sociétés nouvelles ou préexistantes, moyennant l'attribution aux associés de la société scindée, de parts ou d'actions issues de la scission[1595]. Tout comme la fusion peut se réaliser entre deux sociétés de formes sociales différentes[1596], les sociétés issues de la scission peuvent chacune adopter une forme sociale propre.

504. – La transmission universelle de patrimoines des sociétés fusionnées ou scindées. Ces opérations ont pour caractéristiques communes la disparition d'une société au moins et le transfert universel du patrimoine sans liquidation de la société dissoute. En fait, ce sont des opérations dont l'originalité réside dans leur « *paradoxale conjugaison de la rupture et de la continuité* »[1597]. Le transfert de patrimoine qui en résulte ne se réalise pas de façon analytique, élément par élément, créances et obligations devant être transportées de l'apporteur au bénéficiaire, mais se réalise en bloc et en un trait de temps[1598] de telle sorte qu'elle constitue une opération globale[1599]. La société réceptrice succède à la société scindée ou absorbée, recueille l'ensemble de son patrimoine[1600], et devient, ce faisant,

---

1594 R. ROUTIER, *Thèse préc*., n° 3.

1595 N. MORELLI, *Thèse préc*., *passim*. Il faut relever, à côté de ces deux figures, la dissolution sans liquidation d'une société unipersonnelle appelée « *dissolution confusion* ». Cette dissolution permet à un associé unique d'une société, détenant 100% du capital social, de procéder à la dissolution sans liquidation de ladite société et de recueillir la totalité de son patrimoine. Sur cet aspect, *cf* : M.-L. COQUELET, *Thèse préc*., n° 95 et s.

1596 Art. L. 236-1, al. 2 C. com.

1597 PH. SIMLER, note sous Cass. com., 22 janvier 1985, *JCP. G* 1986. *II*. n° 20591.

1598 C. BOLZE, note *préc*., n° 15.

1599 P.-Y. BERARD, « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitus personae* », *RTD. com*. 2007, p. 279 et s, n° 3.

1600 Cette transmission universelle de patrimoine s'opère de la même manière dans une société civile, nonobstant l'existence d'une clause d'agrément visant la cession des titres à des personnes étrangères à la

titulaire de plein droit des contrats et obligations contractés par la société dissoute sans condition ni formalité particulière[1601]. Bien qu'elle soit aujourd'hui affirmée en droit des sociétés, la transmission universelle de patrimoine est le fruit d'une consécration progressive.

505. – La transmission universelle de patrimoine de sociétés, issue de la pratique, a tout d'abord été affirmée par la Cour de cassation[1602]. Le législateur l'a ensuite expressément consacrée dans le Code de commerce[1603] à la faveur de la loi du 24 juillet 1966, mais uniquement pour les SARL et les SA. La loi n° 78-9 du 04 janvier 1978 modifiant le titre IX du livre II du Code civil, puis la loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 relative à la transmission d'entreprises ont étendu ces dispositions à l'ensemble des sociétés en leur reconnaissant la possibilité de recourir aux fusions[1604]. Cette transmission universelle de patrimoine est aussi affirmée par le droit communautaire[1605]. De la sorte, le cadre juridique des fusions peut se décliner en trois niveaux : le droit commun applicable à toute société contenu dans l'article 1844-4 C. civ., le droit spécial des fusions applicable à toute société commerciale que prévoient les articles L. 236-1 à L. 236-6 C. com. et enfin le droit particulier applicable uniquement aux SA qu'énoncent les articles L. 236-8 à L. 236-22 C. com.

506. – Toutefois, outre la fusion ou la scission de sociétés, le patrimoine social peut aussi être universellement transmis à la suite d'une dissolution par confusion de patrimoine lorsqu'un associé unique reçoit l'intégralité du patrimoine d'une société dont il détient les

---

société, puisque *le mécanisme de la transmission des parts par voie de fusion-absorption des sociétés différent de la cession*. En ce sens, Cass. com., 12 février 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, § 6, p. 28, note P. LE CANNU. L'annotateur de l'arrêt souligne que « *en dehors des hypothèses des sociétés anonymes, le terme "cession" ne permet pas, à lui seul, d'englober la transmission universelle de patrimoine – si ce n'est dans l'hypothèse de la société en non collectif et de la société en commandite simple* ».

1601 *Infra*, n° 511.

1602 Cass. civ., 28 janvier 1946, *D*. 1946, p. 168 : « *Attendu, en effet, que le terme "fusion" suppose la réunion d'au moins deux sociétés préexistantes, soit que l'une absorbe l'autre, soit que l'une et l'autre se confondent pour constituer une société unique ; que l'opération* […] *consistant dans la reprise d'une partie de l'actif d'une société ancienne unique par une société nouvelle formée en vue de cette reprise, n'a pas réalisé une fusion véritable* ».

1603 Art. L. 236-1 C. com.

1604 Art. 1844 C. civ.

1605 Article 19 de la 3 ème directive n° 78/855 C.E. du 9 octobre 1978, relative aux fusions des sociétés anonymes, J.O.C.E. n° L. 295, 20 octobre 1978 ; l'article 17 de la 6ème directive n° 82/891 C.E. relative aux scissions des sociétés anonymes, J.O.C.E. n° L. 378 du 31 décembre 1982 ; article 14 de la directive n° 2005/ 56 du 26 octobre 2005, relative aux fusions transfrontalières de sociétés de capitaux, J.O.C.E., n° L. 310 du 25 novembre 2005.

titres[1606]. Par une simple déclaration au greffe du tribunal de commerce, le patrimoine est intégralement transféré à l'associé unique avec un formalisme souple, comparativement à l'opération de fusion. Cette hypothèse qui ne sera pas envisagée dans les développements qui suivent méritait d'être rappelée, puisqu'elle entraîne une transmission universelle de patrimoine[1607].

507. – La transmission universelle de patrimoine, application du droit successoral. L'application de la transmission universelle de patrimoine au droit des sociétés traduit la mutation de ce principe en un outil de réorganisation des sociétés[1608]. Cette mutation n'occulte pas cependant l'emprunt de ce principe au droit successoral où il reste encore une modalité exceptionnelle d'appropriation visant à organiser les conséquences liées à la mort d'une personne. C'est parce qu'en cas de fusion ou de scission il y a disparition par dissolution d'une ou de plusieurs sociétés qu'il y a transmission universelle du patrimoine sans liquidation et c'est cette dissolution qui fonde le mécanisme de la transmission universelle, lequel joue de manière quasi-successorale[1609]. En effet, le patrimoine est l'émanation de la personnalité, il ne peut être transmis que si la personne qui en est le support disparaît ; tel est bien l'effet de la dissolution consécutive à une fusion ou à une scission[1610]. Et, « *de même que les héritiers, continuateurs de la personne du défunt, reçoivent l'intégralité de son patrimoine, la société bénéficiaire d'une fusion ou d'une scission continue la personne de la société dissoute et recueille l'intégralité de son patrimoine, sans qu'il y ait lieu de procéder au règlement préalable du passif* »[1611].

508. – Discussion. Ce fondement de la transmission universelle de patrimoine reposant sur le droit des successions ne fait pas l'unanimité. Pour M. R. ROUTIER[1612], une telle analogie « *a quelque chose de choquant* ». Selon lui, avoir une conception de la fusion uniquement

---

1606 Art. 1844-5, al. 3.

1607 Lorsque par exemple une filiale est détenue à 100% du capital par la société mère de forme anonyme, la filiale disparaît sans qu'il soit besoin de convoquer une assemblée générale extraordinaire de la société absorbante. Par ailleurs, cette disparition se fait sans l'intervention d'un commissaire aux apports et sans un traité de fusion (*Cf* : art. L. 236-11 C. com.). En recourant à la fusion par confusion des patrimoines, la société mère se voit transférée la totalité des biens de la société dissoute sans liquidation, ce qui n'est rien d'autre qu'une fusion. En ce sens, J.-J. DAIGRE, « La dissolution d'une filiale à 100% est une fusion – A propos de l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil », *JCP. E*. 1992, n° 152.

1608 M.-L. COQUELET, *Thèse préc*., n° 19.

1609 C. BOLZE, note *préc*., n° 7.

1610 O. BARRET, *op. cit*., n° 8.

1611 M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *op. cit*., n° 2.

1612 *Thèse préc*., n° 77.

assise sur la théorie du patrimoine et sur le principe de la transmission universelle reste discutable[1613]. Aussi, propose-t-il de remplacer ces fondements par une approche économique de la société, la contribution économique de la société dissoute à la société bénéficiaire pouvant seule justifier la qualification de fusion[1614].

509. – Incontestablement, des considérations économiques ne peuvent être occultées dans l'approche théorique et surtout pratique de la fusion ou de la scission, dans la mesure où la permanence et la poursuite de l'activité y sont de constantes préoccupations[1615]. Les fusions ont certainement pour finalité de permettre aux sociétés d'être plus compétitives dans un environnement international de plus en plus concurrentiel et libéralisé. Toutefois, la finalité économique de la fusion n'explique pas la dissolution sans liquidation et la transmission consécutive du patrimoine de la société dissoute. Seules les règles du droit des successions et la théorie du patrimoine, particulièrement l'impossibilité pour une personne de transférer son patrimoine de son vivant permettent de l'expliquer.

510. – Même si la décision de fusionner et, par conséquent, de transmettre le patrimoine est prise du « vivant » de la société, c'est-à-dire antérieurement à la dissolution de la société, la mort de la société n'en constituant que le premier effet[1616] – à la différence des personnes physiques pour lesquelles c'est la mort qui déclenche la transmission du patrimoine –, il reste qu'une fois décidée, la mise en œuvre de la dissolution d'une société emprunte nécessairement au droit successoral. De ce point de vue, les règles successorales et la théorie du patrimoine sont, dans les opérations de fusion et de scission, mises au service d'une finalité économique. Cette conclusion n'a rien de choquant pour peu que l'on analyse la diversité des intérêts qui s'y rattachent.

511. – Diversité des intérêts attachés à la transmission universelle de patrimoine. L'application de la transmission universelle du patrimoine aux sociétés revêt plusieurs intérêts. Au regard du droit fiscal, tout d'abord, la dissolution de la société est un préalable

---

1613 *Ibid*., n° 88.

1614 *Ibid*., n° 89.

1615 M.-L. COQUELET, *Thèse préc*., n° 172 et s.

1616 C'est la position défendue par M. G.-J. MARTIN, « La notion de fusion », *op. cit*., n° 20, p. 282. Dans cette filiation, M. G. DAMY ajoute que cette antériorité de la décision de transmettre le patrimoine par rapport à la transmission effective de celui-ci qui explique et conforte la thèse de la permanence de la société dissoute dans la société nouvelle ou absorbante. *Cf* : *Thèse préc*., n° 1214.

à la transmission du patrimoine qui s'explique par l'impossibilité pour une personne de disposer de son patrimoine de son vivant. Cette dissolution permet à la société de ne pas être placée en régime de liquidation judiciaire de bénéficier ainsi d'un régime fiscal favorable, puisque les droits de partage et ceux relatifs à la cessation d'entreprise ne sont pas perçus.

Au regard du droit des obligations, ensuite, la transmission universelle de patrimoine permet non seulement la réalisation aisée d'une transmission du passif social, mais aussi une simplification considérable des modalités du transfert des éléments d'actif. Car, les formalités de l'article 1690 du Code civil exigées pour la cession des créances sont ici exclues, pas plus que n'est applicable l'article L. 141-1 C. com. s'agissant du fonds de commerce[1617].

Au regard du droit processuel, enfin, la société absorbante acquiert de plein droit, à la date d'effet de la fusion, la qualité de partie aux instances antérieurement engagées par la société absorbée et peut se prévaloir des condamnations prononcées au profit de celle-ci[1618]. La transmission universelle de patrimoine des sociétés permet ainsi la réalisation de l'économie de l'application du régime de chacun des éléments d'actif et de passif qui composent le patrimoine transmis.

512. – Démarche. La transmission universelle inhérente aux opérations de fusion ou de scission a donc une très large portée. Cette transmission postule logiquement l'arrimage du sort du cautionnement à celui des obligations qu'il garantit. Des évolutions notables de la jurisprudence, assises pour l'essentiel sur le particularisme du cautionnement donné à une société et la diversité des engagements garantis, ont toutefois permis d'incurver la portée de la transmission du cautionnement dans un sens plus favorable à la caution, à tel point que le cautionnement a été qualifié de « *pénultième limite de la transmission universelle* »[1619]. Reposant sur le cautionnement des dettes dont l'obligation de couverture et de règlement naissent instantanément, la rigueur des dispositions légales, favorables aux créanciers, a été infléchie en prenant en compte les deux temps de détermination de la dette de la caution,

---

1617 Cet article impose au vendeur d'un fonds de commerce le respect d'un formalisme précis. V. par exemple, Paris, 10 avril 1986 : *Rev. sociétés* 1986, p. 428, note J.-J. DAIGRE ; *D.* 1987, *Somm*., 391, obs. J.-C. BOUSQUET.

1618 Cass. com., 21 octobre 2008, n° 07-19-102 : *RJDA* 2/09, n° 104.

1619 R. ROUTIER, *Thèse préc*., n° 356.

même si le caractère *intuitu personae* du cautionnement doit être apprécié avec justesse[1620]. Ainsi, selon que la fusion ou la scission entraîne la disparition de la société créancière ou débitrice, un sort différent doit être réservé au cautionnement donné. En conséquence, en cas de fusion de la société créancière, la transmission universelle doit normalement s'étendre au cautionnement en maintenant l'obligation de couverture (**§ 1**). En revanche, lorsque la fusion ou la scission concerne la société débitrice garantie, seule l'obligation de règlement des dettes déjà nées doit être transmise à la société absorbante ou nouvelle (**§ 2**). Un troisième degré d'analyse doit retenir l'attention, celui où le cautionnement est donné par une société, et que celle-ci est touchée par une fusion (**§ 3**).

§ 1. – DE LA DISPARITION CRITIQUABLE DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE EN CAS DE FUSION DE LA SOCIETE CREANCIERE A UNE RETROACTIVITE ETENDUE

513. – Subdivision. Lorsqu'une société créancière et bénéficiaire d'un cautionnement disparaît par voie de fusion-absorption, la jurisprudence restreint la transmission de l'engagement de caution à la société absorbante à la seule obligation de règlement (**A**). La fusion de la société créancière pose, en outre, un second problème tenant cette fois à la stipulation d'une clause de rétroactivité de la fusion. Le législateur a, en effet, donné aux parties à la fusion la possibilité de donner effet à leur traité à une date antérieure, mais encadrée, à l'achèvement de l'opération de fusion proprement dite. L'usage de cette faculté par les parties à une fusion est interprété restrictivement par la jurisprudence qui refuse d'en étendre le bénéfice à la caution garantissant les engagements de la société absorbée (**B**).

1620 A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », *in Mélanges CH. MOULY*, Tome 1, éd. Litec 1998, p. 193 et s ; X. JASPAR et N. METAIS, « Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bull. Joly Sociétés* 1998, § 156, p. 447 et s ; P.-Y. BERARD, « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitus personae* », *op. cit.*

A. – LES RESTRICTIONS JURISPRUDENTIELLES A LA TRANSMISSION DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE DE LA CAUTION

514. – L'affirmation progressive de la position jurisprudentielle. La transmission universelle de patrimoine est partiellement appliquée par la jurisprudence lorsque la société créancière, bénéficiaire d'un cautionnement, disparaît à la suite d'une fusion. Dans ce cas précisément, la jurisprudence retient que seule l'obligation de règlement se transmet à la société absorbante ou nouvelle et non point l'obligation de couverture.

Cette solution a d'abord été énoncée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 06 mars 1978[1621] dans un cas de fusion-absorption. Elle a été ensuite affirmée dans un arrêt de la chambre commerciale du 20 janvier 1987[1622], appliquée au cas de fusion par combinaison : « *En cas de fusion des sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers l'une des sociétés fusionnées n'est maintenue pour les dettes postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la caution de s'engager envers la nouvelle personne morale* ». Cette jurisprudence, en dépit de la résistance de certaines juridictions de fond[1623], a été largement confirmée par des arrêts postérieurs[1624].

1621 *D*. 1979, *I.R*., p. 138, note M. VASSEUR. En l'espèce, une personne s'était engagée comme caution des dettes d'une société de travaux au profit d'une banque, sans limitation aucune de son engagement. La banque créancière a été par la suite absorbée. A la suite de la mise en liquidation judiciaire de la société de travaux, la banque absorbante demande paiement à la caution de sa créance sur la société de travaux. Portée devant les juges du fond suite au refus de paiement de la caution, la demande est rejetée ; les juges du fond ayant estimé que la caution ne s'était engagée qu'envers la banque absorbée et qu'elle ne pouvait être tenue des dettes contractées par la société de travaux auprès de la banque absorbante. Le pourvoi en cassation de cette dernière, essentiellement axé sur l'absence de limitation de l'engagement de la caution, n'a pas davantage trouvé grâce aux yeux des juges du droit. S'appuyant sur la commune intention des parties, la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir retenu que le cautionnement ne portait que sur les dettes d'une entreprise envers une banque déterminée et que la banque absorbante ne pouvait invoquer cet engament de caution que pour les créances que la banque absorbée avait, lors de la fusion, possédées contre le débiteur cautionné.

1622 *JCP. G*. 1987, *II*, 20844, note M. GERMAIN ; *JCP. E* 1987, *Chron*., 16342, obs. A. VIANDIER ; *Rev. Sociétés* 1987, note O. BARRET ; *RD. bancaire et bourse* 1988, n° 5, p. 28, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

1623 *Cf* : A. PRÜM, « Fusions de banque et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », *RD bancaire et financier* 2006, p. 1 (*spéc*., note n° 3).

1624 Cass. com., 17 juillet 1990 : *Bull. civ. IV*, n° 216 ; *JCP. E* 1991, II, 143 ; *Rev. sociétés* 1991, p. 67, note D. RANDOUX ; *Bull. Joly Sociétés* 1990, p. 871. – Cass. com., 25 novembre 1997 : *RJDA* 5/98, n° 597. – Paris 30 avril 1998, 25ème ch. A, *RJDA* 8/9 1998, n° 1044. V. G. DAMY, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : évolutions et précisions jurisprudentielles pour les banques », *Banque & Droit* 2006, n° 107, p. 28 et s, spéc., p. 37 et 38.

515. – Extension aux cas de scissions de la société créancière. Les mêmes solutions ont été rendues en cas de scission affectant la société créancière. La Cour de cassation a, en effet, jugé qu'en cas de scission de la société créancière bénéficiaire d'un cautionnement, les sociétés issues de cette scission ne peuvent invoquer ce cautionnement que pour les créances dont la société créancière était titulaire avant sa scission[1625]. Cette solution a été réaffirmée très nettement dans un arrêt de la chambre commerciale du 29 février 2000[1626]. Cette même logique conduit la Cour de cassation à maintenir l'obligation de couverture de la caution au-delà de la scission lorsque les sociétés issues de la scission de la société créancière sont toutes absorbées par une même société. Elle juge dans ce cas qu'il n'y a pas de changement de créancier[1627].

516. – Les enseignements de la solution jurisprudentielle. De cette construction jurisprudentielle qui permet de montrer à quel point le cautionnement donné à une société cristallise la confrontation du droit des obligations et le droit des sociétés[1628], *il ressort que la disparition de la société créancière bénéficiaire du cautionnement entraîne l'extinction de l'obligation de couverture de la caution et laisse subsister l'obligation de règlement des dettes existantes au jour de la fusion*. Cette solution est indistinctement appliquée dès lors que, par la fusion, il y a apparition dans le rapport contractuel d'un être moral nouveau concomitamment à la disparition de la société créancière initiale[1629]. Le Doyen PH. SIMLER y a vu une application de l'effet relatif des contrats[1630].

Dans le prolongement de cet effet relatif des conventions, l'extinction de l'obligation de couverture de la caution pourrait aussi s'expliquer par l'extinction du contrat initial suite à la disparition de la société créancière. Dès lors, maintenir

---

1625 Cass. com. 22 janvier 1985, *préc.*

1626 Cass. com., 29 février 2000, n° 559 : *RJDA* 6/00, n° 661, 2ème espèce. La Cour approuve, en l'espèce, les juges du fond d'avoir jugé une caution garante de l'exécution des engagements d'une société tenue du paiement des effets de commerce créés par celle-ci au bénéfice de la société créancière, dès lors que ces effets avaient été créés avant la scission de la société créancière. A rapprocher de cette solution : Cass. com., 05 mars 1991, *préc*.

1627 Cass. com., 17 juillet 2001 : *D*. 2001, *Jurispr*., p. 2414 (1ère espèce).

1628 En effet, tandis que du point de vue du droit des obligations la liberté contractuelle est privilégiée et s'oppose à la transmission d'un contrat intuitu personae, respectant en cela la volonté des parties ; le droit des sociétés privilégie au contraire la transmission de tout contrat sans distinction sur le fondement de la transmission universelle de patrimoine en cas de fusion.

1629 N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », *Bull. Joly. Sociétés* 2004, § 186, p. 940.

1630 PH. SIMLER, note sous com., 22 janvier 1985, *préc.*

l'engagement de la caution à l'égard de la société absorbante reviendrait à engager la caution au-delà de son accord, puisqu'il y a un nouveau contractant[1631].

517. – L'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 08 novembre 2005[1632]. Pourtant, l'arrêt de la chambre commerciale du 08 novembre 2005 avait laissé entrevoir « *une lueur d'espoir d'un revirement de jurisprudence* » [1633]. Les faits de l'espèce étaient relativement simples. Deux cogérants d'une société s'étaient engagés comme cautions solidaires de l'exécution d'un crédit-bail immobilier conclu entre leur société et la société crédit-bailleresse. Cette dernière a été par la suite absorbée par une autre société, elle-même absorbée plus tard. Assignées en paiement des loyers et indemnités diverses par la société crédit-bailleresse définitive, les deux cautions tirent prétexte de la disparition de la société crédit-bailleresse originelle pour se décharger des sommes dues postérieurement à l'absorption de cette dernière. Cette position est suivie par les juges du fond. Mais, la Cour de cassation, au visa de l'article L. 236-3 du Code de commerce, casse l'arrêt d'appel : « *En statuant ainsi, alors qu'en cas de fusion-absorption d'une société propriétaire d'un immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit à la société absorbante*. » Cette solution a été présentée comme attestant du souci de la chambre commerciale de sécuriser les fusions qui entraînent la disparition de la société créancière[1634].

518. – L'analyse de l'arrêt. Cet optimisme était d'autant plus autorisé que la Cour de cassation, réunie en Assemblée plénière, avait dans un précédent arrêt[1635], décidé « *qu'en cas de vente de l'immeuble donné à bail, le cautionnement garantissant le paiement des loyers est, sauf stipulation contraire, transmis de plein droit au nouveau propriétaire en*

1631 En ce sens, B. PICHARD, note sous Aix-en-Provence, 12 juin 1997, *LPA*, 18 février 1998, n° 21, p. 23 et s. Cet argument de l'extinction du contrat initial est développé par d'autres sous l'angle de *la commune intention des parties*. V. J. GRILLOT et M. SAINT-CENE, « Le cautionnement et la garantie des créanciers nées postérieurement à une scission et/ou une fusion de sociétés », *Banque & Droit*, n° 37, septembre-octobre 1994, p. 3 et s.

1632 Pourvoi n° 01-12.896 : *D*. 2005, p. 2875, note A. LIENHARD ; *JCP. G* 2005, *II, Jurispr*., 10170, note D. Houtcieff ; *JCP. E* 2005, 1000, note D. LEGEAIS ; *LPA* n° 4, 5 janvier 2006, p. 10, note S. PRIGENT ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, § 71, p. 345, note P. LE CANNU ; *Banque & Droit* 2006, n° 107, p. 28 ; Dr. sociétés, février 2006, p. 15, note, H. LECUYER.

1633 La formule est du Doyen A. PRÜM, *in* « Fusions de banque et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », *op. cit.*

1634 P. LE CANNU, note sous cass. com., 08 novembre 2005, *préc.*

1635 Cass. ass. plén. 6 décembre 2004 : *JCP. E* 2004, 1901, note C. BELLOC et J. DE FREMINVILLE ; *RDC* 2005, p. 406, note D. HOUTCIEFF ; *D.* 2005, 227, note L. AYNES ; *JCP. G*. 2005, *II*, 10010, note S. PIEDELIVRE ; *JCP. N* 2005, 1103, note S. RABY.

tant qu'accessoire de la créance loyers cédée à l'acquéreur par l'effet combiné de l'article 1743, 2013 et 2015 du Code civil ». Dans les deux arrêts, en effet, la Cour de cassation a semblé innover en posant comme principe le maintien du cautionnement après la disparition de la société créancière originelle, « *sauf stipulation contraire* » expresse de la caution ou des parties[1636]. Manifestement, la Cour de cassation a renversé sa position : *de l'extinction systématique de l'obligation de couverture en cas de fusion de la société créancière, elle a paru passer au maintien systématique de cette obligation, sauf si les parties en ont disposé autrement*[1637]. Mais était-ce vraiment le cas ? Les arrêts du 06 décembre 2004, puis du 08 novembre 2005 marquaient-ils véritablement un changement d'orientation de la jurisprudence ? Ces arrêts ne se bornaient-ils pas à affirmer une solution spécifique, propre aux contrats en cause, garantis ? Répondre fermement à ces questions exige, d'une part, que ces arrêts soient analysés de manière groupée et, d'autre part, que les enseignements qui pourraient en résulter soient mis en perspective avec d'autres espèces, plus récentes.

519. – S'agissant de l'analyse groupée des arrêts susvisés, il faut observer que l'arrêt du 8 novembre 2005 a repris *in extenso* la motivation de l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 décembre 2004[1638]. S'il en a été ainsi, c'est que les deux situations posaient, au fond, le même problème. En effet, dans l'arrêt de l'Assemblée plénière du 6 décembre 2004, le cautionnement garantissait l'exécution d'un contrat de bail donné pour une durée de six années. Le bail était donc à durée déterminée, irrévocable par conséquent. La transmission du cautionnement en même temps que le bail semblait donc s'imposer. Ceci explique d'ailleurs que l'Assemblée plénière ait visé dans son principal attendu les articles relatifs à l'étendue et au caractère accessoire du cautionnement.

1636 *Comp. Jurisprudence citée supra*, n° 514 et s.

1637 *Comp.* Cass. 1ère civ., 28 septembre 2004, n°03-10.810 : *Dr. & Patr.*, mars 2005, p. 96, note D. PORACCHIA. La Cour juge dans cet arrêt « *qu'en cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante* ». La société absorbée en l'espèce était bien la société créancière.

1638 Dans son rapport annuel de l'année 2005, la Cour de cassation énonce clairement que par l'arrêt du 08 novembre la chambre commerciale tire les conséquences de l'arrêt rendu par la l'Assemblée plénière du 6 décembre 2004. *Cf.* : *http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2005_582/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_590/activites_economiques_commerciales_financieres_603/cautionnement_7877.html*

La situation était, semble-t-il, identique dans l'arrêt du 08 novembre 2005, puisqu'il s'agissait, en l'espèce, d'un crédit-bail. Par cette opération, aussi désignée *leasing*, en raison de son origine *anglo-saxonne,* et régie par les articles L. 313-7 et suivants du Code monétaire et financier, un professionnel se fait acheter un bien d'équipement (en l'espèce, un immeuble) par un établissement de crédit qui le lui donne ensuite à bail pour une période dite irrévocable correspondant à la durée normale de l'amortissement ; au terme du contrat, le crédit-preneur dispose d'une option de rachat sur ce bien[1639]. Le crédit-preneur améliore, ce faisant, son service de la dette tandis que le crédit-bailleur commercialise au mieux un actif immobilier[1640]. Une des caractéristiques du contrat de crédit-bail est par conséquent son irrévocabilité, comme dans le bail à durée déterminée.

Dans les deux cas, cette irrévocabilité rendait la caution tenue dès son engagement du paiement dès la défaillance du preneur ou en cas de résiliation du contrat avant terme. Dans les arrêts de l'Assemblée plénière du 6 décembre 2004 et de la chambre commerciale du 08 novembre précités, *les Hauts magistrats ont, semble-t-il, tiré les conséquences de cette irrévocabilité et ont pu considérer que les créances de bail – unique chacune – étaient nées dans leur globalité au jour de la signature du contrat et que seules les échéances du prêt rendaient simplement ces créances exigibles*[1641]. C'est du reste ce qui apparaît très explicitement dans le deuxième arrêt rendu par la chambre commerciale le même 08 novembre 2005[1642], concernant cette fois la disparition de la société débitrice garantie, preneuse à bail.

520. – A ce stade du raisonnement, on peut d'ores et déjà retenir que la Cour s'est fondée sur l'irrévocabilité caractéristique des engagements garantis pour retenir la transmission entière – et non la seule obligation de règlement – du cautionnement en cas de fusion de la société créancière. Toutefois, il faut encore confronter ce premier enseignement à d'autres

---

1639 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PÉTEL, *op. cit*., n° 586. – TH. BONNEAU, *Droit bancaire*, *op. cit*., n° 531 et s. – Y. PICOD, *Droit des sûretés*, *op. cit*., n° 398 et s.

1640 F. KLEIN, « Un engouement croissant pour le crédit-bail immobilier », *Option Finance* 2008, n° 1000, p. 12 et 13.

1641 Cette conséquence s'infère de la thèse volontariste de la date de naissance des créances. V. *Supra*, n° 104 et s.

1642 Pourvoi n° 02-18449 : *D*. 2005, p. 2875, note A. LIENHARD ; *JCP. G* 2005, *II, Jurispr*., 10170, note D. Houtcieff ; *JCP.E* 2005, 1000, note D. LEGEAIS ; *LPA* n° 4, 5 janvier 2006, p. 10, note S. PRIGENT ; *Bull. Joly Sociétés* 2006, § 71, p. 345, note P. LE CANNU ; *Banque & Droit* 2006, n° 107, p. 28. La Cour y énonce : « *Attendu qu'en statuant ainsi, alors que le contrat de bail en exécution du quel étaient dus les loyers avait été souscrit par la société* [X.] *avant sa dissolution et qu'ainsi, la dette était née avant la fusion, peu important qu'elle n'ait pas été exigible à cette date* […] ».

cas pour savoir s'il y avait véritablement revirement de jurisprudence et si ce revirement avait pour seule origine l'irrévocabilité des engagements garantis.

521. – Sur ce point, deux récents arrêts de la Cour de cassation en date du 14 mai 2008[1643] et 30 juin 2009[1644] conduisent à plus de tempérance. Les faits de l'espèce du 14 mai 2008 étaient d'un classicisme béat. Un prêt garanti par deux cautions est accordé à une société par un établissement de crédit. Cet établissement est absorbé peu après par un autre établissement de même nature. Une procédure de liquidation judiciaire ayant été ouverte à l'encontre de la société débitrice, les deux cautions sont assignées en paiement de sommes par la banque ayant absorbé le créancier originel. La demande est rejetée par les juges du fond pour absence de preuve de la date de la fusion, laquelle pouvait seule justifier de l'antériorité de la dette à la fusion. L'arrêt est cassé par la Haute Cour au motif que : « *Ayant relevé que les cautions s'étaient engagées pour le remboursement d'un prêt consenti à la société* [X], *ce dont il résulte que la dette n'était pas née postérieurement à la fusion, la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses constations*. » La différence entre la motivation de cet arrêt et celle des arrêts du 06 décembre 2004 et 08 novembre 2005 est assez nette. La Cour y reprend sa motivation classique consistant à limiter la transmission de l'engagement de la caution à la seule obligation de règlement lorsque survient la disparition de la société de la société créancière. *Elle confirme, ce faisant, l'obligation de règlement de la caution aux seules dettes existantes au jour de la fusion de la société créancière originelle, c'est-à-dire des dettes effectivement enregistrées dans son passif*.

C'est cette même solution qui est aussi reprise dans l'arrêt du 30 juin 2009. Selon la Cour : « *Vu l'article 2015 devenu l'article 2292 du Code civil, ensemble l'article L. 236-1 du Code de commerce ; Attendu qu'en cas de fusion de sociétés, par voie d'absorption d'une société par une autre, l'obligation de la caution qui s'était engagée envers la société absorbée, n'est maintenue pour la garantie des dettes nées postérieurement à la fusion que dans le cas d'une manifestation expresse de la volonté de la caution de s'engager envers la société absorbante.* » Par le double visa de l'arrêt, la Cour rappelle que la fusion-absorption

1643 Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-14.305 : *Juris-Data* n° 2008-044010 ; *RD bancaire et financier*, juillet-aout 2008, p. 50, n° 105, note A. CERLES ; *JCP. G* 2008, *I*, 211, n° 7, obs. PH. SIMLER.

1644 Cass. com., 30 juin 2009, pourvoi n° 08-10719 : *L'essentiel – Droit des contrats*, n° 01 novembre 2009, n° 10, p. 10, obs. D. GALLOIS-COCHET.

du créancier met bien un terme à l'obligation de couverture, sauf engagement exprès de la caution, bien la fusion entraîne une transmission universelle de patrimoine. La réaffirmation de cette solution conduit à relativiser fortement l'hypothèse de l'irrévocabilité précédemment retenue comme justification à l'apparent revirement.

522. – En effet, les faits à l'origine de l'arrêt du 14 mai 2008 – pour ne se limiter qu'à cet exemple – ne portaient pas sur un compte courant dont le fonctionnement coïncide plus avec la mise en œuvre des deux obligations qui composent l'engagement de la caution ; ils ne portaient pas davantage sur une ouverture de crédit[1645] ou un crédit *revolving*. Etait en cause, en l'espèce, un banal prêt de somme d'argent. Même si la lecture de l'arrêt ne permet pas de se faire une idée assez précise sur l'étendue de ce prêt, il semble logique de supposer qu'il s'agissait d'un prêt portant sur une somme précise, déterminée. Le cautionnement qui en garantissait l'exécution était donc nécessairement un cautionnement fermé. La Cour de cassation retient pourtant bien la transmission de la seule obligation de règlement, alors que dans les cas où était en cause un cautionnement garantissant un bail, *lato sensu*, elle précise que le cautionnement – et non pas seulement l'obligation de règlement – se transmet de plein droit.

Il est donc permis de penser que la Cour de cassation retient des solutions différentes selon qu'il s'agit d'un cautionnement garantissant l'exécution d'un bail – bail d'immeuble, de meuble ou de crédit-bail – ou qu'il garantit tous autres engagements et, in fine*, l'arrêt du 08 novembre 2005 ne marquait pas un revirement de jurisprudence*, puisqu'il ne modifiait pas les solutions applicables au cautionnement des dettes futures ; *il ré-affirmait simplement l'existence d'un régime spécifique au bail*. Le contrat principal était, en l'espèce, irrévocable ; le changement de créancier n'affectait donc en rien l'obligation de couverture de la caution dans la mesure où cette obligation était née. Les sommes de loyers et indemnités diverses étaient, par conséquent, déjà nées au moment de la fusion de la société crédit-bailleresse originelle. L'arrêt se bornait donc « *à acclimater les solutions admises s'agissant de la naissance des créances de loyer à l'hypothèse d'une fusion absorption affectant la société créancière* »[1646].

1645 Sur lequel : Cass. 1ère civ., 28 septembre 2004, *préc*.

1646 D. HOUTCIEFF, note sous Cass. com., 08 novembre, *préc*.

523. – Cet arrêt était d'autant moins un revirement qu'il reprenait une solution déjà admise par la chambre commerciale, toujours en matière de bail, dans un arrêt rendu le 04 juin 2002[1647]. Ce régime spécifique au bail s'explique par sa singularité : si le Code civil protège le locataire en favorisant sa pérennisation dans les lieux, il est normal que l'acquéreur d'un immeuble donné à bail recueille les garanties qui assortissent ce bail, ce qu'énonce l'article 1743 du Code civil en prévoyant la subrogation de l'acquéreur dans les droits et les obligations de l'ancien bailleur[1648].

Au demeurant, l'idée d'une solution spécifique au contrat de bail est assez explicitement suggérée par M. R. DE GOUTTES[1649] dans la mesure où la réalité juridique est différente dans le cas du bail par rapport au autres cas, ce qui ne permet pas d'assimiler purement et simplement de la jurisprudence relative au sort du cautionnement en cas de fusion ou d'absorption de sociétés et celle concernant le sort du cautionnement en cas de vente de l'immeuble loué. M. CH. LARROUMET[1650] explique du reste cette réalité juridique en ces termes : « *Lorsqu'il s'agit de créance de loyers résultant d'un bail conclu avant la vente de l'immeuble loué, celle-ci intervenant par hypothèse en cours de bail, le rapprochement doit être fait avec la situation de la caution en ce que les créances nées avant la fusion au profit de la société absorbée, et non pas avec sa situation quant aux créances qui seraient nées après la fusion au profit de la société absorbante.* » La créance de loyer étant née globalement au jour de la signature du contrat et le bailleur étant, *ab*

1647 Cass. com., 04 juin 2002, n° 98-23-280 : *RTD. Com*. 2003, p. 114, obs. CL. CHAMPAUD et D. DANET ; *J.C.P. G* 2003, p. 616, n° 14, note PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE ; *Dr. sociétés* 2002, n° 206, p. 10, note TH. BONNEAU. Selon la Cour : « *Attendu qu'en cas de fusion de sociétés donnant lieu à la formation d'une personne morale nouvelle, l'obligation de la caution qui s'est engagée envers l'une des sociétés fusionnées demeure pour les créances dont la société était titulaire lors de la fusion ; la Cour d'appel qui a relevé par des motifs propres et adoptés que la caution s'était engagée pour garantir le paiement des sommes dues en exécution d'un contrat de location de matériel, qui constitue un contrat à exécution successive, conclu avant la fusion des sociétés, a retenu à bon droit que la dette était née antérieurement cette fusion* […] ». Il s'agissait en l'espèce de location de matériel, précisément de camions.

1648 Dans son rapport, Madame M.-M. LARDET, conseiller rapporteur de cet arrêt, a souligné que « *des dispositions ont été prévues par les rédacteurs* [du Code civil] *dans le souci de stabiliser certaines situations juridiques et d'améliorer certaines catégories de contractants. Il en est ainsi notamment de l'article 1743, qui, pour assurer au preneur à bail une situation stable, rend obligatoire ce qui, dans l'ancien droit, résultait d'une clause courante dans les vente d'immeubles : l'acquéreur de l'immeuble ne peut expulser le locataire qui a un bail authentique et dont la date est certaine* ». *Cf* : Rapport disponible sur : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/lardet_conseiller_434.html. V. aussi PH. COLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux,* Précis, 8ème éd. Dalloz - 2007, n° 489.

1649 Avis de M. le Premier avocat général sous Cass. ass. plén. 6 décembre 2004, disponible sur : http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/gouttes_premier_435.html .

1650 « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », *D*. 2000, *Chron*., p. 155 et s., n° 6.

initio, créancier de la totalité des loyers[1651], la caution qui en garantit l'exécution doit être tenue envers l'acquéreur de l'immeuble – à est transmis le droit de créance du bailleur initial – ou la société absorbante[1652].

524. – Cette constatation permet d'écarter l'*intuitus personae* comme justification à la solution de la jurisprudence dans les fusions ou scissions des sociétés créancières, bénéficiaires de cautionnement[1653]. Il est du reste difficile d'admettre qu'il en aille autrement. D'une part, en effet, l'*intuitus personae* est pondérable, ductile, il est d'intensité variable. D'autre part, la considération de la personne du créancier tolère une cessibilité active de l'obligation. Comme l'écrit M. A. VIANDIER[1654], « *s'il est vrai que le cautionnement tombe avec l'absorption de la société créancière, cela ne tiendrait pas à l'*intuitus personae *qui colorerait le rapport caution-créancier* ». Et, avons-nous dit, le changement de créancier consécutif à la fusion ne s'oppose pas au maintien de la caution au regard de l'*intuitus personae* au second degré[1655].

De ce point de vue, s'il est vrai que le cautionnement ne peut être étendu au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté, ces limites ne peuvent porter sur la personne du créancier dont le changement ne peut en aucun cas étendre le cautionnement au-delà des limites dans lesquelles il a été contracté puisque le contrat dont l'exécution est garantie n'est en rien modifié[1656].

525. – En toute hypothèse, le sort du cautionnement, qu'il garantisse l'exécution d'un contrat de bail ou de tout autre contrat, reste tributaire des fluctuations jurisprudentielles lorsque la société créancière vient à disparaître dans une opération de fusion et la dualité de régimes qui semble se dessiner n'est pas des plus satisfaisante. Dans ce sens, MM. CL.

1651 *Supra*, n° 104 et s. *Cf.* par exemple : Cass. ch. mixte, 22 novembre 2002 : D. 2003, *Jurispr.*, p. 445 ; *JCP. E* 2003, p. 469, note D. LEGEAIS.

1652 CH. LARROUMET, « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », op. cit., n° 6. A rapprocher du cas de fusion de la société locataire : Cass. 3ème civ. 19 février 1997 : *Defrénois* 1997, Art. 36580, n° 7, note H. HOVASSE. V. aussi Cour de cassation, Rapport annuel 2005, quatrième partie disponible sur : http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2005_582/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_590/activites_economiques_commerciales_financieres_603/cautionnement_7877.html

1653 *Cf* : Avis de M. R. DE GOUTTES, sous Cass. ass. plén. 6 décembre 2004, *préc.*

1654 « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », *op. cit.,* n° 24.

1655 *Supra*, n° 79 et s.

1656 D. PORACCHIA, note sous Cass. 1ère civ., 28 septembre 2004, *préc*.

CHAMPAUD et D. DANET[1657] observent « *qu'une trop grande créativité du droit des affaires pourrait avoir des effets délétères sur la sécurité juridique et la cohérence du système régulateur de la vie des affaires* ». C'est dire que si l'extinction de l'obligation de couverture de la caution pour des créances nées postérieurement à la fusion de la société créancière et à sa disparition corrélative ne s'explique pas, l'existence d'une solution propre au bail ne donne pas plus de lisibilité.

526. – Nécessité d'une prise en compte du statut des créanciers bénéficiaires de cautionnement. En effet, les principaux créanciers bénéficiaires de cautionnement sont les banques. Or, depuis trois décennies environ, celles-ci sont soumises à un incessant mouvement de restructuration en vue d'atteindre des tailles qui permettent d'affronter la compétitivité européenne et mondiale. Ce mouvement de restructuration trouve une justification toute particulière dans le contexte de crise actuel qui impose une révision et une redéfinition des missions de la banque[1658].

En outre, nombre considérable de fusions se réalisent entre sociétés appartenant au même groupe et dirigées par les mêmes actionnaires[1659]. Ces fusions dictées par des considérations de restructurations internes n'accroissent pas, par elles-mêmes, les risques assumés par la caution[1660]. Plutôt que de conditionner l'extinction de l'obligation de couverture à l'établissement par la caution d'une preuve que la disparition de la société créancière aggrave sa situation de garante, comme cela est suggéré par certains auteurs[1661], il est souhaitable de maintenir l'obligation de couverture de la caution au profit de la société qui absorbe la société créancière originelle.

Cette solution paraît, en définitive, relever d'un équilibre entre les impératifs du crédit et la protection de la caution. Car, la disparition de la société créancière suscite une autre difficulté lorsque les parties au traité de fusion ont entendu donner un effet rétroactif à cette opération.

1657 Obs. sous Cass. com., 04 juin 2002 : *RTD. Com*. 2003, p. 114.

1658 H. CAUSSE, J. STOUFFLET et S. DUROX, « Après la crise financière, quelle rénovation du droit bancaire et financier ? », *RD bancaire et financier*, novembre-décembre 2008, p. 5.

1659 L. LEGOUET, « L'incidence des fusions des banques sur les garanties », *Banque & Droit*, mai-juin 2000, p. 19.

1660 A. PRÜM, « Fusions de banque et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », *op. cit*., p. 2.

1661 O. BARRET, « A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », *op. cit*., n° 16. Dans le même sens, P.-Y. BERARD, « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitus personae* », *op. cit*., n° 6.

B. – LA PORTEE LIMITEE DE LA CLAUSE DE RETROACTIVITE DE LA FUSION

527. – Position du problème. Lorsque la fusion aboutit à la création d'une société nouvelle, sa datation est plurielle[1662]. La fusion peut tout d'abord prendre effet à la date d'immatriculation de la nouvelle société au registre de commerce et des sociétés[1663]. Dans les autres cas, c'est à la date de l'assemblée générale ayant approuvé l'opération que la fusion prend effet[1664]. Le législateur a toutefois laissé la possibilité aux parties de fixer la prise d'effet de l'opération à une autre date, comprise entre la date de la clôture de l'exercice en cours de la société absorbante et la date de la clôture du dernier exercice clos de la société absorbée[1665]. La fixation de la date de la fusion dans cet intervalle, appelé « période intercalaire »[1666], présente d'importants avantages tenant pour l'essentiel à l'évaluation des sociétés qui fusionnent[1667] et à la situation comptable de la société absorbée puisque ses pertes intercalaires sont imputées sur les bénéfices de la société absorbante, ce qui correspond à une mutualisation des résultats des deux sociétés[1668].

Au regard du cautionnement, cette fixation conventionnelle de la date de prise d'effet de la fusion pose la question de savoir si la caution peut s'en prévaloir pour se décharger de son engagement vis-à-vis du créancier. Il s'agit de savoir en clair si la fixation conventionnelle de la prise d'effet de la fusion à une date antérieure à celle de l'assemblée générale extraordinaire adoptant la fusion libère la caution de l'obligation de règlement des dettes qui seraient nées entre cette date et la date effective de l'assemblée générale scellant définitivement la fusion. Le report dans le passé de la date de prise d'effet de la fusion

---

1662 A. VIANDIER, « La potée de l'effet rétroactif de la fusion », *RJDA* 1999, p. 699 & s., n° 7.
1663 Art. L. 236-4-1° C. com.
1664 Art. L. 236-4-2° C. com.
1665 *Ibid.*
1666 Cette période est dite intercalaire parce qu'elle s'intercale entre les deux dates des exercices comptables des sociétés parties à la fusion. V. J.-P. BOUERE, « Fusion et scission – Le problème des résultats intercalaires », *JCP.E*. 1992, *Chron.,* 163, p. 341, n° 1.
1667 A. COURET, note sous Cass. com., 23 mars 1999, *JCP. E* 1999, p. 1012, n° 6 et 7.
1668 J.-P. BOUERE, « Fusion et scission, le problème des résultats intercalaires », *op. cit*., n° 4.

profite-t-il à la caution ? Si les arrêts s'étant prononcés sur cette question sont rares, une ligne directrice peut néanmoins en être dégagée.

528. – L'arrêt de la Cour de cassation du 23 mars 1999. La Cour de cassation s'est prononcée sur cette question à la faveur d'un arrêt de la chambre commerciale du 23 mars 1999[1669]. En l'espèce, une société de caution mutuelle s'était engagée comme caution solidaire au profit d'une autre société du paiement de toutes les sommes dues à cette dernière au titre d'un contrat de crédit-bail par une autre société. A la suite d'une fusion-absorption, la société créancière bénéficiaire de la garantie disparaît. Les assemblées générales des deux sociétés, absorbée et absorbante, approuvent respectivement l'opération de fusion à deux semaines d'intervalle.

Toutefois, une stipulation du traité de fusion prévoyait que les opérations effectuées par la société créancière absorbée une année avant la tenue de son assemblée générale approuvant la fusion étaient réputées avoir été établies par la société absorbante. C'est dans cette brèche que s'est engouffrée la société caution pour demander sa libération, suite à la demande de paiement du solde restant à payer faite par la société absorbante. La caution soutenait ainsi, d'une part, qu'elle ne s'était pas engagée envers la société absorbante et, d'autre part, qu'en considération de la date de fusion – conventionnellement fixée à une date antérieure – la fusion avait pris effet bien avant l'exigibilité de la dette. Elle ne pouvait dès lors pas s'acquitter de ce paiement, son obligation de couverture s'étant éteinte à la date de la fusion. Cette argumentation est rejetée par la Cour suprême qui approuve les juges du fond d'avoir décidé que la caution ne pouvait se prévaloir de la date d'effet de la fusion conventionnellement fixée par les parties à la fusion.

529. – Approbation de la doctrine. Cet arrêt est présenté par une partie de la doctrine comme s'inscrivant en faux contre l'idée de grande rétroactivité[1670]. Ce faisant, la rétroactivité de la fusion ne profite pas à la caution, pas plus qu'elle ne profite à tous les tiers au traité de fusion[1671]. En effet, en approuvant les juges du fond, la Cour de cassation écarte une conception large, pleine et entière de la rétroactivité. Il est, dans ce sens,

---

1669 Cass. com., 23 mars 1999 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 679, § 151, note R. ROUTIER ; *JCP. E* 1999, p. 1012, note A. COURET ; *Defrénois* 1999, Art. 36991, n° 6, note H. HOVASSE ; *Rev. sociétés* 1999, p. 339, note P. LE CANNU ; *LPA*, 4 février 2000, n° 25, p.15.

1670 A. COURET, note sous Cass. com., 23 mars 1999, *préc.*

1671 A. VIANDIER, « La potée de l'effet rétroactif de la fusion », *op. cit.*

expliqué que la prise d'effet visée par le législateur dans l'article L. 236-4-2° C. com. ne concerne que le transfert de la jouissance des biens et que, en toute hypothèse, il est n'est pas possible d'effacer rétroactivement des changements intervenus dans le patrimoine de la société qui disparaît[1672].

530. – Appréciation critique. Pourtant, si la chambre commerciale a bien écarté dans cet arrêt le bénéfice de la rétroactivité à la caution, comme elle s'en prévalait, elle a pris soin de préciser préalablement que la créance garantie était devenue exigible avant même que la fusion fût approuvée par l'assemblée générale de la société créancière absorbée, le contrat de crédit-bail ayant été résilié avant cette date. Cette précision, semble-t-il, n'était pas anodine. Sa finalité était de signifier qu'en l'absence de rétroactivité convenue, la caution aurait été, en toute hypothèse, conduite à payer. Avant la fusion donc, la caution était déjà tenue d'une obligation de règlement. Une solution différente eût-elle été possible si la créance en cause n'était pas exigible avant l'approbation de l'assemblée générale ? Une réponse affirmative n'est pas à exclure.

En effet, l'article L. 236-4-2° C. com. est une disposition générale qui ne limite nullement les effets de la rétroactivité aux seules parties au traité de fusion, ni au transfert de la jouissance des biens, moins encore aux intérêts comptables de la rétroactivité. Par ailleurs, il est admis qu'en présence d'une clause de différé de la fusion, la date de dissolution de la société absorbée et celle de la transmission universelle du patrimoine à la société absorbante sont toutes reportées ; les associés des sociétés concernées, tout comme les tiers, ne peuvent se prévaloir que de cette date différée pour considérer la fusion réalisée[1673]. Il y a alors lieu de se demander pourquoi ce qui est admis en présence d'une clause de différé de la fusion ne l'est pas face à une clause de rétroactivité.

531. – Confirmation de la jurisprudence. Cette question reste sans réponse, puisque la Cour de cassation a confirmé en 2002[1674] sa jurisprudence issue de l'arrêt du 23 mars 1999 précité. Les faits de l'espèce étaient identiques à ceux ayant donné lieu à l'arrêt de 1999, à ceci près que la créance n'était pas exigible avant l'approbation par l'assemblée générale de la société absorbée de la fusion. La Cour de cassation approuve, en l'espèce, les juges

---

1672 A. COURET, note sous Cass. com., 23 mars 1999, *préc.*, (notes 12 et 17).

1673 A. VIANDIER, « La potée de l'effet rétroactif de la fusion », *op. cit.,* n° 10. – Dans le même sens, M.-L. COQUELET, note sous Cass. com., 29 janvier 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 683, § 153.

1674 Cass. com., 29 janvier 2002, *préc.*

d'appel d'avoir retenu que la caution ne pouvait se prévaloir de la rétroactivité de la fusion convenue entre les parties. Ce faisant, elle a confirmé son option pour un effet relatif renforcé des clauses de rétroactivité[1675]. Il faut rappeler qu'en l'espèce, le moyen unique du pourvoi, dans ses deux branches, reprochait aux juges du fond une violation des articles 1134 C. civ. et 372-2-2° de la loi du 24 juillet 1966[1676]. La caution à l'origine du pourvoi soutenait ainsi que la date d'effet de la fusion ayant été ramenée à une date bien antérieure au prêt garanti, la banque absorbante ne pouvait lui demander de paiement, puisqu'en raison de la rétroactivité, la banque absorbée n'avait plus d'existence juridique.

532. – Pour une rétroactivité étendue à la caution. Cette argumentation était décidément vouée à l'échec, non pas parce qu'elle était erronée[1677], mais au regard des données objectives de l'espèce. La Cour de cassation ne pouvait, en effet, pas considérer que le prêt dont une garantie en assurait l'exécution n'avait jamais été accordé. Sous cet angle, l'approche restrictive de la rétroactivité choisie par la jurisprudence est compréhensible. Pour autant, elle ne paraît pas satisfaisante en ce qu'elle réserve un sort différent quant à la prise d'effet de la fusion selon qu'il s'agit des parties au traité de fusion ou des tiers. En effet, l'intérêt de la rétroactivité est de faire remonter la prise d'effet d'un acte à une date antérieure à sa date réelle d'accomplissement, à sa date de naissance. Cette rétroactivité une fois acquise produit des effets sans qu'il y ait lieu de distinguer les parties contractantes des *penitus extranei*. La jurisprudence admet, dans ce sens, que des tiers à un contrat puissent invoquer à leur profit, comme un fait juridique, la situation que crée ce contrat[1678]. Comme l'explique M. J. GHESTIN[1679], si les tiers ne sont pas engagés par le contrat conclu par les parties, ils peuvent néanmoins leur opposer leur propre contrat afin de se dégager d'une responsabilité.

533. – Ces considérations conduisent à suggérer une approche large de la rétroactivité, c'est-à-dire au sens plein de cette notion et à mener le raisonnement jusqu'à son terme, plutôt que de s'en tenir à une approche restrictive. Aussi, faut-il considérer que si, par la

---

1675 M.-L. COQUELET, note sous Cass. com., 29 janvier 2002, *préc.*

1676 Actuel article L. 236-4-2° C. com.

1677 Au contraire, le raisonnement était juridiquement et théoriquement exact en prenant en compte la rétroactivité au sens plein.

1678 Cass. com., 22 octobre 1991 : *D.* 1993, *Jurispr.*, p. 181, note J. Ghestin. – Cass. com., 11 janvier 1956 : *Bull. civ. III*, n° 23.

1679 Note sous Cass. com., 22 octobre 1991, *préc.*

rétroactivité, la caution n'est pas tenue envers la société créancière absorbée, elle reste néanmoins bien engagée, *au regard de cette même rétroactivité*, envers la société absorbante. En effet, par la clause de rétroactivité, la société absorbante est supposée avoir absorbé la société absorbée à une date antérieure au prêt. Partant, c'est donc elle qui existait au moment de l'engagement ; elle est, par conséquent, en droit d'actionner la caution.

534. – Les avantages pratiques de l'extension. L'analyse présente l'avantage d'éviter l'asymétrie de la prise d'effet de la fusion selon qu'il s'agit des effets comptables, fiscaux ou juridiques. Elle permet en outre de ne pas faire table rase du passé par l'anéantissement rétrospectif de l'ensemble des actes accomplis pendant la période intercalaire. Enfin, si cette analyse peut paraître fictive, il faudra alors se résoudre à une affirmation pure et simple de la nature comptable et non juridique de la rétroactivité de l'article L. 236-4-2° C. com. C'est pourtant une analyse juridique qui permet de justifier le maintien de l'obligation de règlement en cas de fusion de la société débitrice garantie.

§ 2. – LE MAINTIEN JUSTIFIE DE L'OBLIGATION DE REGLEMENT EN CAS DE FUSION DE LA SOCIETE DEBITRICE CAUTIONNEE

535. – Subdivision. La société débitrice peut être touchée par la fusion de trois manières : elle est absorbée par une autre société dans une fusion absorption classique ; elle disparaît dans une fusion par combinaison ; elle absorbe une autre société dans une fusion absorption. La dernière hypothèse ne pose pas de problème particulier par rapport au cautionnement donné. En effet, la société débitrice est la société absorbante ; elle ne disparaît pas et sa personnalité n'est pas affectée. Le cautionnement qui garantit ses engagements est donc bien maintenu. La caution ne peut du reste pas, à notre sens, alléguer d'une aggravation de sa situation si, à la suite de la fusion, la situation de la société débitrice absorbante est aggravée[1680].

[1680] M. R. ROUTIER (*Thèse préc*., n° 362, note 595.) écrit, dans ce sens, que l'engagement de la caution n'est pas conditionné par ce que fera ultérieurement la société débitrice, spécialement dans le cas où c'est le dirigeant social initiateur de la fusion qui est par ailleurs caution des dettes sociales.

La question se pose, en revanche, lorsque la société débitrice disparaît parce qu'elle a été absorbée ou scindée. En effet, la fusion entraîne la transmission universelle du patrimoine de la société et l'article L. 236-14, alinéa 1 du Code de commerce précise, s'agissant particulièrement des sociétés anonymes, que « *la société absorbante est débitrice des créanciers non légataires de la société absorbée au lieu et place de celle-ci, sans que cette substitution emporte novation à leur égard* »[1681]. Se fondant sur les solutions rendues en cas de décès de la caution personne physique, le droit positif maintient l'obligation de règlement de la caution dans l'hypothèse où la société débitrice disparaît à la suite d'une fusion (**A**). Toutefois, lorsque la fusion a lieu dans l'unique but de délier la caution de son engagement ou de limiter celui-ci aux dettes présentes au jour de la fusion, l'obligation de couverture de la caution est exceptionnellement maintenue à titre de sanction de ce comportement frauduleux (**B**).

A. – L'ADMISSION DU MAINTIEN DE L'OBLIGATION DE REGLEMENT

536. – La disparition de la société débitrice garantie entraîne l'extinction de l'obligation de couverture de la caution. En retenant que la substitution consécutive à la fusion n'emporte pas novation à l'égard des créanciers, le législateur a, semble-t-il, opté pour la continuité des relations contractuelles en cours tout en évitant de remettre en cause la force de l'engagement. De fait, le créancier d'une société ayant fusionné préserve non seulement le bénéfice de sa créance contre la société nouvelle mais également les sûretés qui la garantissent. Cette règle est appliquée restrictivement par la jurisprudence lorsque la société débitrice garantie disparaît dans une opération de fusion. En effet, si la société qui absorbe la société débitrice garantie est bien tenue des dettes de cette dernière en regard de la transmission de patrimoine liée à cette fusion, le cautionnement garantissant l'exécution des engagements de la société débitrice absorbée n'est quant à lui transmis à la société absorbante que dans la limite de son obligation de règlement. Plus précisément, l'obligation de couverture de la caution cesse à compter de la date de la fusion. Par conséquent, les

[1681] Si ce texte ne vise expressément que la société absorbante, il doit toutefois être interprété de manière large en y incluant la société nouvelle née d'une fusion par combinaison. De la sorte, en visant « la société absorbante », le législateur a visé la société qui survit à la suite d'une fusion ou qui nait de celle-ci.

engagements pris par la société absorbante ne sont pas garantis par le cautionnement donné à la société débitrice absorbée.

537. – Cette solution a été énoncée dans un arrêt du 14 décembre 1966[1682]. La Cour de cassation juge, en l'espèce, que le créancier ne peut invoquer l'engagement de la caution que pour les créances dont la société était titulaire à la date de la convention de fusion. Ce faisant, la Cour de cassation limite la transmission de l'engagement de caution aux dettes nées et à régler. Cette solution sera reprise plus tard par la première chambre civile[1683], mais avec une motivation différente. Si les faits de l'espèce étaient classiques, ils présentaient néanmoins une importante originalité en ce que la caution avait renouvelé son engagement envers la société absorbante de la société débitrice garantie. C'est partant de ce renouvellement de l'engagement de la caution que la Cour approuve les juges d'appel d'avoir décidé que « *la dette primitive a été éteinte par l'effet d'une novation par changement de débiteur qui a rendu nécessaire le nouveau cautionnement* » et déduit que l'ancienne obligation ne survivait pas dans la nouvelle.

538. – Certaines juridictions de fond ont toutefois retenu la survie de l'engagement de la caution pour des dettes nées postérieurement à la fusion[1684]. Cette résistance d'une partie des juges du fond a été finalement écartée par la Cour de cassation qui a réaffirmé qu'à dater de la fusion, l'obligation de couverture de la caution s'éteint pour ne plus laisser subsister que l'obligation de règlement des dettes déjà nées. En effet, dès lors qu'à l'actif du patrimoine de l'une des sociétés fusionnées figuraient, à la date de la fusion, des créances que la caution s'était engagée à couvrir, la même caution reste indubitablement tenue d'en garantir le règlement auprès de la société nouvelle[1685].

539. – Importance de l'*intuitus personae* dans la relation « caution-débiteur ». Cette solution qui ne maintient que l'obligation de règlement est amplement justifiée. La transmission universelle de patrimoine et le caractère *intuitu personae* de l'engagement de

---

1682 Cass. com., 14 décembre 1966 : *Bull. civ. IV*, n° 482, p. 428.

1683 Cass. 1ère civ., 16 novembre 1971 : *Bull. civ.* I, n° 289, p. 247 ; *JCP. G* 1972, *II*, 17035, note P. SPITERI.

1684 PH. SIMLER, note sous Cass. com., 22 janvier 1985, *op. cit*.

1685 Cass. com., 08 novembre 2005, pourvoi n° 02-18449, *préc*. - Cass. com, 03 octobre 2000 : *Bull. Joly Sociétés* 2001, p. 152. – Cass. 1ère civ. 12 janvier 1999 : *Bull. Joly Sociétés* 1999, p. 537, note P. LE CANNU ; *RJDA* 3/99, n° 342. – Cass. com., 17 juillet 1990 : *JCP.E* 1991, *II*, n° 143, note V. GRELLIERE. – Cass. com., 22 janvier 1985, *préc*.

la caution poursuivent, en effet, des finalités antagonistes[1686]. Tandis que la transmission universelle de patrimoine vise la poursuite de l'activité, l'*intuitus personae* attenue la force obligatoire du contrat et conséquemment de la transmission universelle consécutive à la fusion. Dans ce sens « *la transmission universelle de patrimoine est impuissante à lever les obstacles juridiques inhérents à la transmission de certains éléments, en raison du caractère* intuitu personae *qui les compose* »[1687].

Or, à la différence de la disparition du créancier, la disparition du débiteur affecte directement l'engagement de la caution qui ne s'est engagée que parce que c'était ce débiteur. C'est bien la personne du débiteur qui est déterminante pour la caution et moins celle du créancier. Il n'est donc pas possible de maintenir l'obligation de couverture de la caution lorsque ce débiteur disparaît et « *l'effet subrogatoire impératif de la fusion* »[1688] s'estompe naturellement.

540. – La considération de la personne du débiteur garanti dans la pratique. Certes, certains auteurs réfutent l'extinction de l'obligation de couverture de la caution sur le fondement du caractère *intuitu personae* de son engagement au motif que cela revient à exprimer un attachement excessif à la considération de la personne[1689]. Il reste que cette considération de la personne n'est pas ignorée par la pratique bancaire. Conscientes de l'extinction de l'obligation de couverture qui découle de la disparition de la société à la suite d'une fusion, les banques créancières exigent généralement de leurs cautions des lettres de renouvellement ou de confirmation de leurs engagements. La Cour d'appel de Rouen y a d'ailleurs vu un véritable usage commercial[1690]. Comme l'écrit M. P. LE CANNU[1691], « *ce qui est à l'origine un service d'ami, rendu à titre gratuit, ne vaut que… pour les amis (ou les parents, dans la mesure où cette distinction doit être faite). La version la plus commerciale (ou " intéressée ") du cautionnement ne modifie pas cette conception : le dirigeant ou l'associé ne s'engage que parce qu'il s'agit de sa propre société, la société mère que parce qu'il s'agit de sa filiale, la caution professionnelle parce qu'il s'agit d'un client digne de confiance* ». La considération de la personne du débiteur justifie donc

---

1686 N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », *op. cit*., p. 933.
1687 M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *op. cit*., n° 28.
1688 Formule empruntée à M. A. VIANDIER, *in* « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », *op. cit*., n° 15.
1689 O. BARRET, « A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », *op. cit*., n° 14 & 16.
1690 Rouen, 28 janvier 1971, *Gaz. Pal*. 1972. I., p. 32.
1691 Note sous cass. com., 08 novembre 2005 (n° 1402 et 1403), *préc*.

amplement l'extinction de l'obligation de couverture de la caution lorsque ce débiteur vient à disparaître dans une opération de fusion.

541. – La relation « caution-débiteur », siège de la cause de l'engagement de la caution. Cet *intuitus personae* rejaillit sur la cause de l'engagement de la caution. Effectivement, la transmission de l'obligation de couverture – et donc du cautionnement – dans un contrat conclu en considération de la personne suppose, au-delà du rapport d'accessoire, la permanence de la cause de l'engagement de caution. C'est cette cause qui permet au contrat de garder sa force obligatoire. Or, lorsque la société débitrice disparaît à la suite d'une fusion ou d'une scission, la cause de l'engagement de la caution disparaît concomitamment avec la disparition de la personne en considération de qui elle s'est engagée.

De surcroit, les sociétés issues des fusions sont en général des sociétés *in bonis* qui ne sont pas susceptibles de mettre immédiatement en œuvre les garanties des engagements de la société débitrice absorbée. De ce point de vue, le seul maintien de l'obligation de règlement de la caution est amplement justifié puisque de nouvelles garanties peuvent être constituées ultérieurement. Il en va toutefois différemment lorsqu'il est établi que l'opération de fusion procédait d'une fraude visant à priver le créancier de sa garantie. Dans ce cas précisément, la caution sera tenue de couvrir les dettes nées postérieurement à la fusion de la même manière que lorsqu'elle renouvelle son engagement.

B. – LE MAINTIEN EXCEPTIONNEL DE L'OBLIGATION DE COUVERTURE EN CAS DE RENOUVELLEMENT DE L'ENGAGEMENT OU DE FRAUDE DE LA CAUTION

542. – *Délimitation*. Lorsque la société débitrice garantie disparaît à la suite d'une fusion ou d'une scission, seule l'obligation de règlement de la caution est transmise en même temps que le patrimoine de la société à la société absorbante ou à la société nouvelle issue de la fusion. Cette transmission à minima de l'engagement de la caution tolère néanmoins deux exceptions. La première, volontaire, est relative au renouvellement par la caution de son engagement pour des dettes postérieures à la fusion. Ce renouvellement prend généralement la forme d'une clause insérée dans un avenant au contrat de cautionnement

ou dans un acte séparé de celui-ci. Cette exception à l'extinction de l'obligation de couverture de la caution pour des dettes postérieures à la fusion ne fera pas l'objet de développements particuliers. En effet, les analyses précédemment menées sur l'expression de la volonté de la caution, qu'il s'agisse d'intégrer son statut dans le champ contractuel ou de se délier en cas de transformation de la société[1692], sont aussi valables pour cette hypothèse. En revanche, c'est à la seconde exception relative à la fraude aux droits du créancier que sont consacrés les développements qui suivent.

543. – La constitution de la fraude. « *La fraude est un acte de mauvaise foi, une tromperie, un acte accompli dans le dessein de préjudicier à des droits que l'on doit respecter*.[1693] » Elle exprime et traduit une déviation par rapport au droit chemin, à la *via recta*[1694]. Ce qui caractérise la fraude est fondamentalement l'intention consciente de nuire et c'est cette mauvaise foi qui va corrompre l'acte ou l'agissement en cause. De par son caractère intrinsèquement pervers[1695], la fraude fait exception à toutes les règles qui pourraient valider l'acte frauduleux pour aboutir à son invalidité. C'est du reste le sens de la maxime « *fraus omnia corrumpit* » qui signifie « la fraude corrompt tout ». De façon plus générale, la fraude tend soit à contourner une exigence ou disposition légale, on parle de fraude à la loi[1696] ; soit à porter préjudice aux droits des tiers. Dans tous les cas, « *elle consiste dans une subtile manipulation des conditions d'application des règles de droit, pour conduire à un résulat en partie double : la désactivation de la règle de droit normalement applicable ; son remplacement par une autre règle mieux acceptable dans ses effets* »[1697].

544. – Particulièrement illustratifs de cette dernière fraude sont les actes accomplis par un débiteur pendant la période suspecte, période qui précède le dépôt de bilan d'une société. Ces actes sont suspectés de fraude parce qu'ils peuvent être faits dans la seule intention de

---

1692 *Supra*, n° 483.

1693 G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit., v° « Fraude »*.

1694 H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit*., n° 148, p. 281.

1695 *Ibid*., p. 283.

1696 Dans ce cas, le législateur édicte des règles qui font présumer l'existence d'une fraude. C'est par exemple l'hypothèse d'une donation déguisée ou par interposition de personne faite à une personne frappée d'une incapacité de recevoir à titre gratuit visée par l'article 911 C. civ. Sur la question, *cf* : G. BOURDEAUX, « La suspicion de fraude », *JCP. G* 1994, *I*, *Doctr*., 3782, p. 357 ; B. LECOURT, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », *in Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges Y. GUYON*, éd. Dalloz 2003, p. 615 et s.

1697 R. LIBCHABER, note sous Cass. 3ème civ., 21 janvier 2009 : *Defrénois* 2009, p. 1934.

faire échapper certains biens du débiteur failli ou simplement en difficulté à la poursuite des créanciers ; ou encore parce qu'ils peuvent conférer un avantage indû à certains de ces créanciers seulement, au mépris du principe de l'égalité des créanciers, caractéristique des procédures collectives. Aussi, ces actes sont-ils réputés nuls lorsqu'ils présentent un caractère anormal[1698]. C'est aussi le cas, plus général, d'un débiteur qui se rend sciemment insolvable en vue d'écarter les poursuites de ses créanciers. L'article 1167 du Code civil permet aux créanciers ainsi abusés d'attaquer ces actes faits en fraude de leurs droits en exerçant une action paulienne. C'est dans ce cadre que la caution peut voir son engagement maintenu postérieurement à une fusion.

545. – L'application aux scissions et fusions de sociétés débitrices garanties. En effet, l'engagement de caution est, faut-il encore le rappeler, un engagement personnel et le cautionnement est une garantie dont l'efficacité dépend de la consistance du patrimoine de la caution. Lorsqu'une partie de l'actif de ce patrimoine est cédée ou soustraite au préjudice du créancier bénéficiaire de la garantie, cette soustraction est susceptible de constituer une fraude aux droits du créancier bénéficiaire de la garantie. A ce titre, ces actes peuvent lui être déclarés inopposables par le juge, saisi dans le cadre d'une action paulienne. Ainsi, la fusion ou la scission d'une société caution qui aboutit à transmettre l'essentiel des actifs de son patrimoine ou une partie de celui-ci peut être déclarée inopposable au créancier si cette opération vise simplement à vider la substance de la garantie dont bénéficie le créancier. Car, en soustrayant une partie de l'actif de son patrimoine affectée à la garantie du créancier, la caution use des fusions en vue de porter atteinte aux droits des créanciers et d'obtenir ainsi un résultat que le droit combat[1699].

Cette solution a été retenue par la Cour de cassation dans un ancien arrêt du 10 juin 1963[1700]. En l'espèce, une société se porte caution solidaire des engagements d'une autre société envers une banque. Peu après, la société caution fait apport de son actif immobilier, à titre de fusion, à cette même société débitrice. A la suite de l'action engagée par la banque créancière en vue de voir sa garantie maintenue, la Cour autorise la banque

---

1698 Sont particulièrement visées, les donations et les sûretés consenties pendant cette période. Entrent aussi dans ce cette catégorie, tous les actes entrant dans le champ des conventions réglementées dans la mesure où ces actes font peser une présomption de violation de l'intérêt social. L'encadrement législatif prévu aux articles L. 225-38 et s. C. com. de ces conventions vise par conséquent à prévenir les conflits d'intérêt entre la société et ses dirigeants ou actionnaires.

1699 B. LECOURT, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », *op. cit*., n° 34.

1700 Cass. com., 10 juin 1963 : *Bull. civ. III*, n° 285, p. 237 ; D. 1968, 11, note LAMBOIS.

créancière à réputer propriété de la caution les immeubles qu'elle avait apportés au débiteur principal, en raison de la fraude aux droits de la banque créancière. Ce faisant, la Cour fait échapper ces immeubles au concours de la masse des créanciers. Il faut dire que l'opération causait au créancier un préjudice direct en lui faisant perdre le bénéfice de sa garantie[1701].

546. – Précisions jurisprudentielles postérieures. Cette solution a été précisée par la jurisprudence postérieure. Dans un arrêt du 18 octobre 1994[1702] relatif aux apports partiels d'actifs soumis au régime des fusions, la Cour de cassation retient que la fraude est caractérisée par le fait que la société apporteuse avait caché à la société bénéficiaire de l'apport l'existence d'un litige en cours, en déclarant expressément dans le traité d'apport qu'il n'en existait aucun.

Dans un autre arrêt du 10 octobre 1995[1703], elle déclare inopposable au créancier la fusion de la société débitrice garantie avec une autre société et maintient par conséquent l'engagement de la caution pour des dettes postérieures à cette fusion. Dans cette affaire, un président de conseil d'administration s'était porté caution solidaire envers une banque des dettes de sa société. Cette société débitrice garantie avait fusionné par voie d'absorption avec une SARL quelques années plus tard. Le dirigeant caution était resté en poste et n'avait pas résilié son engagement. Peu après, la société issue de la fusion était à son tour absorbée par une autre SARL. De cette fusion était née une SA dont l'ancien président du conseil d'administration en devint le représentant légal et décéda en poste. Une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à l'encontre de la société. La banque créancière assigna alors les héritiers de la caution en paiement des dettes nées postérieurement à la première fusion. La demande fut accuellie par les juges du fond.

C'est dans ces circontances que les héritiers de la caution se pourvurent en cassation. Le moyen unique de leur pourvoi reprochait aux juges du fond d'avoir violé la loi en jugeant, d'une part, que l'obligation de la caution engagée envers la société absorbée était maintenue pour la garantie des dettes postérieures à la fusion sans une manifestation expresse de la volonté de la caution et, d'autre part, que les fusions successives n'avaient pas donné naissance à une nouvelle personnalité morale. Leur pourvoi a été rejeté. Les juges du fond ont été approuvés d'avoir déclaré les fusions successives inopposables à la

---

1701 *Infra*, n° 552.
1702 Cass. com., 18 octobre 1994 : *Bull. Joly sociétés* 1994, p. 1300, note A. COURET.
1703 Cass. com., 10 octobre 1995 : *RJDA* 12/95, n° 1371.

banque créancière dès lors que ces fusions étaient réalisées pour des raisons de « *convenance personnelle et dans une intention frauduleuse de la caution* »[1704].

547. – L'appréciation de la fraude. Il était particulièrement manifeste dans cette dernière affaire qu'en dépit de ces diverses restructurations, les sociétés qui en étaient issues conservaient exactement la même activité, le même objet social et le même siège social dans les mêmes bâtiments. Ces circonstances relevées par les juges du fond établissaient amplement l'intention frauduleuse de la caution. De façon générale, d'ailleurs, la jurisprudence apprécie très largement la fraude et se contente parfois de la seule intention du débiteur de nuire au créancier[1705] ou de la conscience qu'a le débiteur du préjudice qu'il cause au créancier en diminuant sa solvabilité[1706]. Or, par la multiplication des fusions successives, le dirigeant caution entendait ostensiblement limiter son engagement aux seules dettes existantes au jour de la première fusion ou, à tout le moins, au jour de l'une de celles-ci. Le montage était particulièrement malicieux, puisque la caution n'avait pas résilié son engagement. Le caractère frauduleux de ces fusions successives n'avait donc d'autres objectifs que de faire échapper la caution à ses engagements.

548. – L'inopposabilité, sanction des fusions frauduleuses au créancier bénéfiaire du cautionnement. Laissant l'appréciation de cette fraude aux juges du fond[1707], la Cour de cassation reprend les éléments probants de leur démarche pour en déduire l'*inopposabilité* de ces fusions successives à la banque créancière, maintenant par là même l'obligation de couverture de la caution pour des dettes postérieures à la première fusion et au-delà.

1704 « *Mais attendu que l'arrêt retient de l'analyse des circonstances de la cause que les transformations successives ont été réalisées pour des raisons de pure convenance personnelles* [de la caution] *en vue de s'exonérer de son obligation, sans pour autant vouloir dénoncer son cautionnement ; qu'ainsi la Cour d'appel a fait ressortir la fraude commise à l'encontre de la banque et l'inopposabilité des fusions à l'égard de cette dernière, ce dont il résulte que l'engagement de caution demeurait valable peu important que* […] *de ces différentes absorption n'ont pas donné naissance à un être nouveau* […]. » C'est nous qui soulignons.

1705 Cass. civ. 26 octobre 1942 : *JCP*. 1943, *II*, 2131, obs. BECQUE.

1706 Par exemple : Cass. 1ère civ. 14 février 1995 : *D*. 1996, 391, 1ère espèce, note E. AGOSTINI.

1707 Particulièrement illustratif de ce rôle des juges du fond dans la caractérisation de la fraude, Cass. com., 08 novembre 2005, pourvoi n° 02-18449, *préc*. La Cour écarte, en effet, la seconde branche du moyen du pourvoi en ces termes : « *Mais attendu que c'est par une appréciation souveraine des éléments de preuve qui lui étaient soumis que la Cour d'appel, qui n'était pas tenue de suivre la SCI dans le détail de son argumentation, a estimé que la preuve de la collusion frauduleuse invoquée par celle-ci n'était pas établie.*» C'est nous qui soulignons.

S'alignant sur cette solution, la Cour d'appel d'Aix-en-Provence[1708] a jugé inopposable à la banque créancière la fusion réalisée par une société engagée à son bénéfice comme caution, en vue de mettre fin à son engagement. Dans cette affaire, les juges s'étaient appuyés sur l'existence d'une multitude de liens et d'intérêts entre la société caution et sa cocontractante à la fusion. Outre l'exercice d'activités quasi-identiques, les deux sociétés appartenaient à un même groupe de sociétés et avaient des dirigeants et actionnaires communs. Ces éléments ont conduit les juges à retenir la fraude organisée par la société caution en vue de s'exonérer de la couverture des engagements nés postérieurement à la fusion. L'aboutissement de cette démonstration conduit les juges à déclarer cette fusion inopposable au créancier.

549. – Opportunité de la sanction. En retenant l'inopposabilité comme sanction des fusions initiées en fraude des droits du créancier, la Cour de cassation choisit une solution d'équilibre et de compromis qui préserve à la fois l'autre partie à la fusion et les intérêts du créancier. En effet, par l'inopposabilité, la fusion reste bien valable *inter partes* ; simplement que la caution ne peut s'en prévaloir à l'égard de la banque créancière pour voir son engagement limité aux seules dettes présentes au jour de cette fusion. A l'égard du créancier, les fusions frauduleuses sont purement et simplement tenues pour inefficaces. L'inopposabilité désactive ainsi les effets souhaités par l'auteur de la fraude en même temps qu'elle rétablit la règle de droit évincée[1709]. Plus généralement, du reste, « *l'inopposabilité qui peut apparaître comme une sanction légère, partielle, est en réalité pleinement pertinente ; elle prend le fraudeur à son propre piège : en le privant du résultat de sa manœuvre, elle laisse intact le moyen, l'instrument utilisé qui peut alors se réveler très lourd à supporter* »[1710]. Il faut donc convenir que « *la sanction de l'inopposabilité demeure plus adaptée au droit des sociétés, un acte annulé comportant la conséquence fâcheuse de cesser d'exister* erga omnes »[1711]. La sécurité juridique des créanciers se trouve ainsi renforcée[1712]. Cette sécurité semble parfois passablement malmenée lorsque la société caution fusionne hormis les cas de fraude.

1708 Aix-en-Provence, 10 janvier 2001 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 594, § 133, note N. MORELLI.

1709 R. LIBCHABER, note sous Cass. 3ème civ., 21 janvier 2009, *préc*., p. 1936.

1710 H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, *op. cit*., p. 289.

1711 B. LECOURT, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », *op. cit*., n° 37, *in fine*.

1712 Dans l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 10 juin 1963, la Cour a retenu la nullité comme sanction à la fraude de la caution aux droits du créancier. Cette sanction se justifiait en réalité au regard de la consistance de l'apport fait : l'essentiel des actifs immobiliers de la société garante.

§ 3. – LE SORT DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE FUSION DE LA SOCIETE CAUTION

550. – Les deux hypothèses retenues. Lorsque c'est la société caution qui est touchée par la fusion, deux hypothèses doivent être distinguées : celle où la fusion s'opère avec une société tièrce, une société qui n'est ni créancière, ni débitrice, d'une part ; et celle où la société caution fusionne avec la société débitrice, d'autre part.

551. – Maintien de l'engagement de caution en cas de fusion entre la société caution et une société tierce. Lorsque la société caution fusionne avec une société tierce au rapport contractuel dans lequel elle est engagée, le cautionnement donné est maintenu dans tous les cas, que la société caution soit la sociéte absorbante ou qu'elle soit la société absorbée. Dans le premier cas, celui où la société caution est absorbante, son engagement de caution est maintenu dans la mesure où sa personnalité morale n'est pas affectée, puisque la société continue à exister[1713]. Dans cette hypothèse, il y a un risque pour le créancier de voir sa garantie dépréciée si par la réception du patrimoine de la société absorbée le patrimoine de la société caution perd de sa valeur. Logiquement donc, elle peut s'opposer à cette fusion[1714].

Dans le second cas, celui où la société caution est absorbée par une société tierce ou qu'elle disparaîsse dans une fusion par combinaison, le cautionnement donné est tout autant maintenu. En effet, en absorbant la société caution, la société absorbante reprend son patrimoine activement et passivement. Or, même si le cautionnement n'apparaît pas directement dans le passif de la société, puisqu'il est analysé par le droit comptable comme une obligation conditionnelle, il est néanmoins enregistré dans les engagements hors bilan[1715]. De fait, cette garantie est logiquement transmise à la société absorbante dans les

---

De plus, il n'y avait pas transmission universelle de patrimoine au profit d'une société tierce, mais l'apport était fait à la société débitrice. Cette situation a conduit la Cour à approuver les juges du fond d'avoir retenu l'existence d'un concert frauduleux entre la société caution et la société débitrice, ces dernières ayant agi « *en pleine conscience du préjudice qu'elles causaient à* [la société créancière] ». C'est donc la nullité de l'apport qui – et non de la fusion, selon les termes de l'arrêt – a été prononcée, à juste titre.

1713 *Rappr.* : Cass. com., 7 novembre 1966, *Bull. civ. III*, n° 421, p. 370.

1714 Art. L. 236-14 C. com.

1715 *Supra*, n° 113.

mêmes termes, modalités et conditions[1716]. La sécurité juridique du créancier se trouve maintenue. Cette protection tend toutefois à disparaître lorsque ce sont les sociétés caution et débitrice qui fusionnent.

552. – Anéantissement du cautionnement donné par confusion de patrimoines en cas de fusion de la société caution avec la société débitrice. La fusion de la société débitrice d'avec la société caution conduit à l'anéantissemement du cautionnement donné. En effet, la fusion a pour principal effet de fondre le patrimoine de la société caution dans celui de la société débitrice ou de les confondre. Or, c'est le patrimoine de la société caution qui constitue la garantie du créancier. En fusionnant avec la société débitrice, la garantie dont bénéficie la société créancière disparaît en raison de la confusion des patrimoines des deux sociétés qui en résulte[1717]. Par l'effet de la fusion donc, les qualités de débiteur et de caution sont réunies sur la tête d'une même société. Or, nul ne peut être à la fois débiteur et caution d'un même rapport d'obligation.

Effectivement, la fusion conduit à englober les deux patrimoines garants du recouvrement de la créance de la société créancière – l'un à titre principal, l'autre à titre accessoire – en un seul et à additionner – théoriquement tout au moins – la solvabilité de chacune des sociétés. Ce faisant, le cautionnement disparaît en tant que rapport accessoire pour ne plus laisser subsiter que l'obligation principale. Donné pour suppléer la défaillance du débiteur principal, le cautionnement ne peut plus être maintenu si la société caution se confond avec la société débitrice. En effet, si « *la confusion qui s'opère dans la personne du débiteur principal, profite à ses cautions* »[1718], ce n'est pas sur ce fondement que s'éteint l'engagement de la caution ; cette hypothèse vise une confusion intervenue entre le débiteur et un tiers. En revanche, l'engagement de la caution s'éteint et l'obligation principale subsiste simplement parce que « [la confusion] *qui s'opère dans la personne de la caution, n'entraîne point l'extinction de l'obligation principale* »[1719].

553. – Somme toute, l'application jurisprudentielle de la transmission de patrimoine, spécialement du contrat de cautionnement, en cas de fusion ou de scission de société est uniforme. Qu'il s'agisse de la disparition de la société créancière bénéficiaire de la garantie

1716 J. GRILLOT et M. SAINT-CENE, *op. cit*., p. 5.
1717 R. ROUTIER, *Thèse préc*., n° 360.
1718 C. civ., art. 1301, al. 1.
1719 C. civ., art. 1301, al. 2.

ou de la disparition de la société débitrice cautionnée, la jurisprudence retient l'extinction de l'obligation de couverture de la caution à dater de la fusion. Sans approuver les critiques faites à cette jurisprudence selon lesquelles la plénitude du principe de la transmission universelle de patrimoine n'est pas appliquée[1720] ou encore que la force obligatoire du contrat impose la continuation des contrats en cours en cas de dissolution par l'effet de la fusion ou de la scission[1721], il y a lieu de se demander si la position uniforme retenue par la jurisprudence n'est pas le fruit d'une analyse inachevée de l'*intuitus personae* dans le cautionnement.

En effet, parce que l'*intuitus personae* est d'intensité variable selon que l'on considère le débiteur principal ou le créancier, il aboutit nécessairement à des résultats différents. Dans ce sens, il est plus exact de dire que l'*intuitus personae* requiert une analyse casuistique, en fonction de son intensité dans la relation envisagée ou considérée. En cela même, l'impossibilité d'établir une règle générale doit être admise. Il est donc normal de distinguer le cas de la disparition de la société créancière de celui de la société débitrice, puisque l'*intuitus personae* appelle une réponse nuancée, en fonction de la relation qu'il inerve : « *En droit, l'analogie est toute relative. Sur le plan pratique, elle n'est pas sans créer de difficultés considérables, voire de graves déconvenues lors de la mise en jeu de cautionnements donnés*.[1722] »

554. – Ce réalisme souhaité est pourtant de mise en cas d'ouverture d'une procédure collective, dans la mesure où le traitement des entreprises en difficulté ne peut aboutir à un redressement durable que si la cure appliquée à l'entreprise est individualisée[1723]. Ce réalisme et cette individualisation se répercutent nettement sur la situation des créanciers dans la mesure où ces derniers ne sont pas soumis à un traitement identique. C'est ainsi que le créancier bénéficiaire de cautionnement voit son sort évoluer selon la procédure à laquelle est soumise la société débitrice. Cette variation touche surtout la caution dont le sort est modulé en fonction de l'intensité des difficultés rencontrées par la société garantie.

1720 L. LEGOUET, « L'incidence des fusions des banques sur les garanties », *Banque & Droit*, mai-juin 2000, p. 22.

1721 L. AYNES, *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, *op. cit*., n° 216.

1722 J. GRILLOT et M. SAINT-CENE, *op. cit*., p. 7.

1723 Y. GUYON, « Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives », *in Le juge et le droit de l'économie, Mélanges P. BEZARD*, éd. Montchrestien – Petites Affiches 2002, p. 311 et s, n° 18.

SECTION 2

LES EFFETS GRADUES DES PROCEDURES COLLECTIVES SUR LE CAUTIONNEMENT

555. – L'ouverture d'une procédure collective et la logique de l'appel de la caution. Parce que les procédures collectives sanctionnent *traditionnellement* la défaillance du débiteur[1724], il est normal que la caution s'attende à payer lorsque surviennent ces procédures[1725]. En effet, l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre d'un débiteur constitue tout d'abord une manière particulière de constatation de sa défaillance et la caution ne peut se prétendre déchargée[1726]. Ensuite, la défaillance de la société débitrice constitue le risque contre lequel le créancier s'est protégé en exigeant la constitution à son profit d'un cautionnement[1727]. Enfin, le cautionnement sert à prémunir le créancier contre la défaillance du débiteur : telle est la fonction même de l'engagement de la caution qui est pris pour remedier à une défaillance éventuelle du débiteur et justifie son caractère accessoire[1728]. Sur ce point, la logique du cautionnement rencontre une des finalités du droit des procédures collectives, plus spécialement celle de désintéresser le créancier bénéficiaire de la garantie.

1724 A l'exception du règlement amiable institué par l'article 35 de la loi n° 84-148 du 1er mars 1984 qui s'ouvrait à toute entreprise commerciale ou artisanale qui éprouvait une difficulté juridique, économique ou financière ou des besoins qui ne pouvaient être couverts par un financement adapté aux possibilités de l'entreprise, l'ouverture d'une procédure collective, qu'il s'agisse de redressement ou de liquidation judicaires, était conditionnée par l'état de cessation des paiements de la société débitrice. La réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 (J.O. 27 juillet 2005, p. 12187) a modifié cette donne en substituant la procédure de règlement amiable par *la procédure de conciliation*, d'une part, et en instituant *la procédure de sauvegarde* ayant vocation à donner lieu à un plan de sauvegarde, d'autre part ; ces deux procédures s'ouvrant sans la nécessité d'un état de cessation des paiements. Il faut donc entendre l'expression « procédures collectives » dans les développements qui suivent dans son sens le plus large incluant tant les procédures classiques que sont le redressement et la liquidation judiciaires que les procédures anticipées de traitement des difficultés des entreprises, à savoir la procédure de conciliation ainsi que la sauvegarde.

1725 F. PEROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », *Dr. & Patr.* juillet – août 2008, p. 77 et s.

1726 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 715.

1727 M. BEHAR TOUCHAIS, « Le banquier face à la défaillance du débiteur », *op. cit*., n° 4.

1728 P. CROCQ, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *in Mélanges PH. MALAURIE*, éd. Defrénois 2005, p. 171 et s, n° 4.

556. – La diversité des procédures collectives et la discipline du droit des entreprises en difficulté. Pourtant, il n'est pas certain qu'un créancier bénéficiaire d'un cautionnement obtienne paiement de la caution lorsque le débiteur principal est soumis à une procédure collective sans être tenu d'intervenir dans cette procédure[1729]. Car, en premier lieu, la diversité des procédures collectives et surtout l'affirmation du changement de paradigme, du paiement des créanciers au profit de la sauvegarde de l'entreprise[1730], explique que la caution ne soit pas immédiatement amenée à payer, en dépit des difficultés que rencontre le débiteur principal[1731].

En second lieu, les exigences propres au droit des procédures collectives, le déroulement des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires peuvent parfois paralyser la mise en œuvre du cautionnement. De fait, l'ouverture d'une procédure collective à la société débitrice garantie va avoir comme première conséquence de maintenir le cautionnement dans une situation de latence : en dépit des difficultés de la société, le créancier, sans perdre le bénéfice de sa garantie, ne pourra toutefois pas solliciter la caution. Il en sera ainsi tout spécialement dans les procédures de conciliation et de sauvegarde (**§ 1**). La seconde conséquence qu'entraînera l'ouverture des procédures collectives sera d'imposer au créancier un cadre légal strict en vue de mettre à exécution sa garantie. Il en ira ainsi lorsqu'il s'agira des procédures de redressement ou de liquidation judiciaires (**§ 2**).

1729 M. STORCK, « Cautionnement et procédures collectives », *LPA*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 33 et s.

1730 Pour éviter de ne soigner que des malades « *en coma dépassé* » (la formule est de Y. GUYON, « Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives », *op. cit*., n° 2) et limiter l'important nombre de liquidation des sociétés, le législateur français, par touches successives, continue à aménager le droit des entreprises en difficulté en vue de « *dépasser les réticences du chef d'entreprise et de l'opinion publique économique* » et sauvegarder ainsi l'entreprise (*Cf* : PH.-ROUSSEL GALLE*, Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Litec 2005, coll. Carré droit, Préf. D. TRICOT, n° 7). La dernière réforme du droit des entreprises en difficulté par l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprise en difficulté (JO n° 295 du 19 décembre 2008, p. 19462) et son décret d'application n° 2009-160 du 12 février 2009 (JO n° 0037 du 13 févier 2009, p. 2596) en atteste. Sur cette réforme, *cf* : A.-S. TEXIER et E. RUSSO, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », *LPA*, 2 mars 2009, n° 43, p. 3 et s ; PH. ROUSSEL GALLE, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 24 décembre 2008, n° 257, p. 3 et s.

1731 *Cf* : M. TEXIER, « Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de procédures organisées », *RTD. Com*. 2008, p. 25 et s. Et sur le régime antérieur, v. B. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le dirigeant caution », *Dr. & Patr*., février 1996, p. 41 et s., et mars 1996, p. 42 et s.

§1. – LE MAINTIEN DU CAUTIONNEMENT DANS UNE SITUATION DE LATENCE

557. – La paralysie temporaire des poursuites contre la caution comme moyen de promotion du traitement anticipé des difficultés des entreprises. Les dernières réformes du droit des entreprises en difficulté visant à favoriser l'anticipation du traitement des difficultés des entreprises en vue de leur sauvegarde[1732] ont instrumentalisé le droit des sûretés en vue d'atteindre cet objectif : elles ont fait de la caution le point d'appui permettant la réalisation du sauvetage de l'entreprise[1733]. Ce raisonnement part de l'observation que les cautions sont le plus souvent le chef d'entreprise ou ses proches, donc en général des personnes physiques dont les intérêts importent grandement au chef d'entreprise. Partant, il est possible de tenter d'orienter les choix de ce dirigeant en lui faisant miroiter des avantages pour les cautions et à demander le plus tôt possible la concialition ou la sauvegarde[1734].

En effet, parce que l'ouverture d'une procédure collective déclenche les poursuites contre la caution, les dirigeants sociaux, par ailleurs cautions des dettes sociales, se montrent généralement réfractaires à l'idée de saisir le tribunal en vue d'une admission au régime de la faillite. Pour contourner cette réticence, il faut paralyser momentanément le droit de poursuite du créancier[1735]. De fait, en sollicitant le bénéfice des procédures anticipées de traitement des difficultés des entreprises, le dirigeant social permet à la caution d'être à l'abri des poursuites du créancier. Ainsi, l'extension à la caution du bénéfice des dispositions de l'accord conclu entre le débiteur et ses principaux créanciers, dans la procédure de conciliation (**A**), permet de maintenir le cautionnement dans une situation de latence. Cette logique se retrouve aussi dans la procédure de sauvegarde (**B**).

1732 A.-S. TEXIER, « Réforme du droit des entreprises en difficulté – Avant propos », *in Dictionnaire permanent – Difficultés des entreprises*, mars 2009, numéro spécial 302-1. V. aussi : A.-S. TEXIER et E. RUSSO, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009, *LPA,* 2 mars 2009, n° 43, p. 3 et s.

1733 Tout dernièrement : ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté (JO n° 295 du 19 décembre 2008, p. 19462) et son décret d'application n° 2009-160 du 12 février 2009 (JO n° 0037 du 13 févier 2009, p. 2596).

1734 F. PEROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », *op. cit*., p. 77 et 78. Les mêmes incitations sont appliquées aux autres garants personnes physiques.

1735 D. LEGEAIS, « La caution dirigeante », *op. cit*., p. 606.

A. – DANS LA PROCEDURE DE CONCILIATION

558. – La conclusion de l'accord. La procédure de conciliation est une procédure dont peuvent bénéficier des débiteurs « *qui éprouvent une difficulté juridique, économique ou financière, avérée ou prévisible, et ne se trouvent pas en cessation des paiements depuis plus de quarante cinq jours* »[1736]. Les modalités procédurales de cette procédure sont prévues et organisées par les articles L. 611-6 et suivants du Code de commerce. Le représentant de la société débitrice doit saisir le président du tribunal de commerce ou de grande instance, selon le cas, par requête exposant ses difficultés ainsi que les moyens d'y faire face et éventuellement une proposition de conciliateur. Sur la base de cette requête, le président du tribunal désigne pour une période n'exédant pas quatre mois un conciliateur dont la mission sera de favoriser la conclusion d'un accord entre le débiteur et ses principaux créanciers, voire de ses contractants habitiuels. Une fois conclu, cet accord est constaté par le président du tribunal sur requête conjointe des parties et sur la foi du débiteur attestant qu'il ne se trouvait pas en cessation des paiements lors de sa conclusion. Cet accord peut aussi être homologué par la même juridiction sous certaines conditions[1737]. Dans un cas comme dans l'autre, cet accord va entraîner la suspension des poursuites indidividuelles du débiteur et conséquemment de la caution.

559. – L'extension à la caution des dispositions de l'accord : la suspension des poursuites individuelles du débiteur. Aux termes de l'article L. 611-10-1 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008, « *pendant la durée de son exécution, l'accord constaté ou homologué interrompt ou interdit toute action en justice et arrête ou interdit toute poursuite individuelle tant sur les meubles que sur les immeubles du débiteur dans le but d'obtenir le paiement des créances qui en font l'objet. Il interrompt, pour la même durée, les délais impartis aux créanciers parties à l'accord à peine de déchéance ou de résolution des droits afférents aux créances mentionnées par l'accord* ». L'article L. 611-10-2 nouveau du même Code dispose que « *les personnes coobligées ou ayant consenti une sûreté personnelle ou ayant affecté*

1736 Art. L. 611-4 C. com. Sur la comparaison de cette procédure avec l'ancienne procédure de règlement amiable, V. PH.-ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, *op. cit*., n° 90 et s.

1737 Art. L. 611-8 et 9 C. com.

ou cédé un bien en garantie peuvent se prévaloir des dispositions de l'accord constaté ou homologué ». La suspension des poursuites individuelles du débiteur issue de l'accord constaté ou homologué[1738] s'étend donc à la caution, personne physique ou morale.

Certes, en usant du vocable « *peuvent* », le législateur a simplement ouvert la faculté du bénéfice des dispositions de cet accord aux garants dont les cautions. Mais il est difficile d'imaginer qu'elles n'en profitent pas, eu égard à la finalité du texte voulue par le législateur. Par ailleurs, indépendamment de toute homologation, le droit commun permet d'étendre le bénéfice des dispositions de l'accord aux cautions en raison de la nature contractuelle de cet accord[1739].

560. – L'explication de l'extension. En permettant à la caution de bénéficier des dispositions de l'accord conclu dans le cadre d'une procédure de conciliation, le législateur de 2005 a ramené en amont une mesure déjà adoptée en 1994 dans la loi n° 94-475 du 10 juin 1994 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises et qui s'appliquait alors pour la période d'observation[1740] de la procédure de redressement judiciaire. Cette mesure visait alors à inciter les dirigeants cautions à déclarer le plus tôt possible la cessation des paiements de la société sans craindre les poursuites immédiates des créanciers bénéficiaires d'un cautionnement[1741]. L'extension à la caution des dispositions de l'accord conclu lors de la conciliation traduit le souhait du législateur de 2005 de prévenir et d'éviter les faillites en cascade. C'est pourtant à ces poursuites que s'expose la caution en cas de résolution de l'accord.

561. – La déchéance des délais de paiement en cas de résolution de l'accord. Lorsque l'accord conclu entre le débiteur et ses créanciers n'est pas exécuté, sa résolution peut être prononcée. En effet, « *saisi par l'une des parties à l'accord constaté, le président du tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci. Dans les mêmes conditions, le tribunal prononce la résolution de l'accord homologué. Le président du tribunal ou le tribunal qui décide la résolution de*

1738 C'est par l'effet de l'accord qu'il y a suspension des poursuites individuelles, puisque la procédure de conciliation ne produit pas, en elle-même, cet effet. V. Cass. com., 10 décembre 2008, *D*. 2009, p. 16, note A. LIENHARD.

1739 F. PEROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », *op. cit*., p. 79.

1740 La période d'observation est la période qui permet de diagnostiquer les difficultés de l'entreprise avant d'en envisager les solutions par la construction d'un plan de sauvegarde.

1741 F. MACORIG-VENIER, « Cautionnement des dirigeants », *Rev. Jurispr. com*. 2005, p. 422 et s.

l'accord peut aussi prononcer la déchéance de tout délai de paiement accordé […] [1742] ». La jurisprudence rappelle que seuls les créanciers signataires de l'accord peuvent en solliciter la résolution en cas d'inexécution des engagements qui y sont contenus[1743]. La loi ne précise toutefois pas la nature des engagements inexécutés.

Même s'il s'agit plus souvent de la méconnaissance des engagements financiers contenus dans l'accord, il n'est nullement exclu qu'il s'agisse aussi de l'inexécution des engagements sociaux, économiques ou juridiques[1744], puisque tous les engagements contenus dans l'accord apparaissent comme étant essentiels à la résorption des difficultés que connaît l'entreprise.

562. – La poursuite de la caution, effet de la résolution de l'accord. En tous les cas, le prononcé de la résolution entraîne l'anéantissement – en principe rétroactif – de l'accord homologué ou constaté. En effet, la résolution judiciaire d'un contrat entraîne son anéantissement rétroactif[1745]. Sur cette base, les délais de paiement et termes accordés dans l'accord résolu – et qui profitent à la caution – sont anéantis ; le créancier peut par conséquent poursuivre la caution. Tel n'a, semble-t-il, pas été le souhait du législateur. Dans ce sens, l'article L. 611-10-3 du Code de commerce issu de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 précité reconnaît à la juridiction ayant décidé la résolution de l'accord la possibilité de prononcer la déchéance de tout délai de paiement accordé dans l'accord ayant scellé la conciliation[1746]. Par cette disposition, le législateur a manifestement exclu la déchéance des délais de l'effet automatique et naturel de la résolution, puisque la déchéance est présentée comme une possibilité, une simple faculté offerte au tribunal ou au président de celui-ci. Cela suppose que les délais peuvent être maintenus en dépit de la résolution de l'acte.

1742 Art. L. 611-10-3. C. com.

1743 Cass. com., 28 avril 2009, n° 08-13-666 : *Actualité des procédures collectives*, n° 10, 5 juin 2009, n° 151.

1744 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 5ème éd. Montchrestien – 2006, n° 333.

1745 La jurisprudence rappelle à cet égard que lorsqu'un contrat synallagmatique est résolu pour inexécution par l'une des parties de ses obligations, les choses doivent être remises au même état que si les obligations nées du contrat n'avaient jamais existé. *Cf* : Cass. com., 12 octobre 1982 : *JCP. G* 1984, *II*, 20166, note SIGNORET.

1746 « *Le président du tribunal ou le tribunal qui décide la résolution de l'accord peut aussi prononcer la déchéance de tout délai de paiement accordé* ». L'ancien article L. 611-10, al. 5 issu de la loi de sauvegarde des entreprises était ainsi rédigé : « *Saisi par l'une des parties à l'accord homologué, le tribunal, s'il constate l'inexécution des engagements résultant de cet accord, prononce la résolution de celui-ci ainsi que la déchéance de out délai de paiement accordé*. » Cet article faisait de la déchéance des délais un effet automatique de la résolution de l'accord.

Cette interprétation, si elle était avérée, ne se justifierait pas au regard de l'effet de la résolution judiciaire, sauf à admettre la possibilité pour le juge de prononcer la déchéance des délais accordés indépendamment de toute action en résolution de l'accord homologué ou constaté. Dans ce dernier cas, il y aurait tout lieu de penser que le juge dispose d'un « fusil à double coup » dirigé vers le débiteur et, conséquemment en direction de la caution. La caution serait alors dans un état de véritable latence, la déchéance des délais ouvrant immédiatement droit à toute poursuite contre elle. Encore faudrait-il, dans cette hypothèse, déterminer le fait générateur de cette déchéance. Il faut alors expliquer la possibilité pour le juge de prononcer la déchéance des délais accordés au débiteur par le souci d'inciter le débiteur à respecter les dispositions de l'accord et de sauvegarder ainsi l'entreprise.

B. – DANS LA PROCEDURE DE SAUVEGARDE

563. – L'ouverture de la procédure de sauvegarde. Lorsque la société débitrice, sans être en cessation de paiements, justifie des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter, elle peut saisir le tribunal de commerce en vue d'arrêter un plan destiné à faciliter la réorganisation de l'entreprise afin de permettre la poursuite de l'activité économique, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif[1747]. Aux termes de l'article L. 621-1 du Code de commerce, le tribunal statue sur cette demande d'ouverture après avoir entendu ou dûment appelé en chambre du conseil le débiteur ou les représentants du comité d'entreprise ou à défaut, des délégués du personnel. Le tribunal peut aussi entendre toute personne dont l'audition lui paraît utile. Il rend ensuite un jugement qui ouvre une période d'observation de six mois[1748]. Cette période d'observation a « *une vocation économique* »[1749] en ce sens qu'elle a pour but d'assurer la protection de l'entreprise en attendant sa réorganisation. Elle comporte, ce faisant, une série de règles tendant à

[1747] Lecture combinée des articles L. 620-1 et 2 et L. 621-2 C.com.

[1748] Cette période est renouvelable une fois par une décision motivée à la demande de l'administrateur, du débiteur ou du parquet. Dans ce même jugement, le tribunal désigne un juge commissaire dont la fonction sera de veiller au déroulement rapide de la procédure (L. 62-4 et 9 C. com.) ainsi que deux mandataires de justice (articles. L 621-4, L. 622-20 et 622-1 C. com.).

[1749] C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 494.

maintenir le potentiel économique de l'entreprise et à la mettre à l'abri des poursuites des créanciers.

564. – Les effets du jugement d'ouverture. Le jugement qui ouvre cette période d'observation entraîne une série de conséquences tant pour la société débitrice que pour ses garants dont la caution. C'est ainsi que ce jugement emporte, de plein droit, interdiction de payer toute créance née antérieurement au jugement d'ouverture ainsi que celles nées postérieurement à ce jugement, à l'exception de quelques créances spéciales[1750]. Ce jugement arrête ou interdit aussi toute action en justice de la part de tous les créanciers tendant à la condamnation du débiteur au paiement d'une somme d'argent ou la résolution de contrat pour défaut de paiement[1751] ; exception faite des créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture pour les besoins du déroulement de la procédure, ou en contrepartie d'une prestation au débiteur, pendant cette période[1752]. A l'égard de la caution, le jugement d'ouverture emporte trois séries d'effets : l'interdiction des poursuites, l'arrêt du cours des intérêts et le bénéfice des délais et remises prévues dans la plan de sauvegarde.

565. – L'interdiction des poursuites. Lorsqu'est rendu le jugement d'ouverture de la sauvegarde, celui-ci arrête les poursuites contre les cautions. En effet, « *le jugement d'ouverture suspend jusqu'au jugement arrêtant le plan ou prononçant la liquidation toute action contre les personnes physiques coobligées ou ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome. Le tribunal peut ensuite leur accorder des délais ou un différé de paiement dans la limite de deux ans* »[1753]. Pendant toute la durée de la période d'observation donc, la caution ne peut être poursuivie par le créancier. Toutefois, l'article L. 622-28, al. 3 du Code de commerce permet au créancier bénéficiaire d'un cautionnement de prendre des mesures conservatoires afin d'empêcher la caution de profiter de l'arrêt des poursuites pour organiser son insolvabilité. La jurisprudence précise que ces mesures conservatoires doivent être validées, c'est-à-dire être poursuivies jusqu'à l'obtention du

[1750] Art. L. 622-7-I. C. com.
[1751] Art.L. 622-21-I. C. com.
[1752] Art. L. 622-17 C. com.
[1753] Art. L. 622-28, al. 2 C. com.

titre exécutoire ; l'exécution ne pouvant s'effectuer qu'après le prononcé de la liquidation judiciaire ou de résolution du plan[1754].

En somme, l'article L. 622-28, al. 2 du Code de commerce permet de répercuter sur la caution l'interdiction des poursuites existant en faveur du débiteur principal. En cela, elle constitue une application du caractère accessoire du cautionnement. Ce caractère accessoire du cautionnement explique aussi le bénéfice par la caution de l'arrêt du cours des intérêts.

566. – L'arrêt du cours des intérêts. Aux termes de l'article L. 622-28, al. 1 C. com., « *le jugement d'ouverture arrête le cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que tous les intérêts de retard et majorations, à moins qu'il ne s'agisse des intérêts résultant des contrats de prêts conclus pour une durée légale ou supérieure à un an ou de contrats assortis d'un paiement différé d'un an ou plus. Les personnes physiques cautions, coobligées ou ayant consenti une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions* [de cet] *alinéa* ». L'arrêt du cours des intérêts qui existe depuis le Code de commerce de 1807 s'explique historiquement par la nécessité d'arrêter à un moment donné le passif du débiteur pour que, d'une part, ce passif soit identifié et que, d'autre part, des solutions de redressement de la société puissent être envisagées[1755]. C'est donc logiquement que l'arrêt du cours des intérêts a été ramené à la procédure de sauvegarde en vue de participer au sauvetage de l'entreprise.

567. – Aussi, la jurisprudence, se fondant sur le caractère accessoire du cautionnement, a-t-elle retenu que l'arrêt des intérêts profitait à la caution et que le créancier ne pouvait réclamer à la caution les intérêts qu'il ne pouvait exiger du débiteur[1756]. Cette solution a été reprise par le législateur de 2005 qui, dans une dynamique d'anticipation des difficultés de l'entreprise, en a étendu le bénéfice aux cautions[1757]. Analysant cette extension, Mme F.

1754 Cass. com., 24 mai 2005 : *Bull. civ. IV*, n° 117.

1755 C. SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté, op. cit*., n° 665.

1756 Cass. com., 13 novembre 1990: *Bull. civ. IV*, n° 292 ; *JCP. E*. 1991, *II*, 114, note PH. PETEL ; *D*. 1991, *Somm*., p. 112, obs. F. DERRIDA ; *RD bancaire et financier* 1991, p. 74, note M.-J. CAMPANA et J.-M. CELENDINI.

1757 Il n'en a pas toujours été ainsi. Sous le régime antérieur à la loi de sauvegarde des entreprise, les intérêts continuaient à courir contre la caution. La caution était de fait tenue de payer en cas de demande du créancier lorsque s'ouvrait le règlement amiable au risque de devoir payer davantage plus tard. *Cf*: Y. GUYON, *Droit des affaires, Tome 2 – Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire – Faillite*, 9ème éd. Economica 2003, n° 1240-1.

PEROCHON[1758] arrive à la conclusion que celle-ci « *n'octroie aucune mesure de faveur particulière à la caution, elle se borne à rappeler le droit commun selon lequel la dette de la caution ne peut excéder celle du débiteur* ». En effet, en permettant à la caution de bénéficier de l'arrêt du cours des intérêts, le législateur évite que la caution soit conduite à payer plus que le débiteur principal, parce que les intérêts auraient couru contre elle alors que ces mêmes intérêts seraient bloqués s'agissant de la dette garantie. En ce sens, la logique du caractère accessoire du cautionnement prévaut sur sa finalité[1759]. Cette cohérence se retrouve également lorsqu'il s'agit des délais et remises prévus par le plan de sauvegarde[1760].

568. – Le bénéfice des délais et remises prévues par le plan de sauvegarde. Lorsque l'entreprise présente de chances sérieuses d'être sauvegardée, un plan mettant fin à la période d'observation est arrêté par le tribunal[1761]. Le jugement qui arrête ce plan a pour principal effet d'en rendre les dispositions opposables à tous. Ainsi, à l'exception des personnes morales, les coobligées et les personnes ayant consenti un cautionnement ou une garantie autonome peuvent se prévaloir des dispositions de ce plan[1762]. En étendant le bénéfice de cette disposition à la caution et aux garants de façon générale, le législateur de 2005 a fait œuvre d'innovation. L'ancien article L. 621-65 du Code de Commerce ne permettait, en effet, pas aux cautions solidaires de se prévaloir des dispositions du plan, ce qui avait conduit la Cour de cassation à reconnaître cette possibilité aux seules cautions non solidaires[1763].

569. – En définitive, la caution bénéficie des mesures favorables prévues pour le débiteur principal dans la procédure de sauvegarde. Toutefois, si le bénéfice de ces mesures par la

---

1758 « Procédures collectives et cautionnement », *op. cit*., p. 80.

1759 Encore qu'au stade de la sauvegarde, la société n'est pas encore défaillante, simplement qu'elle éprouve des difficultés qu'elle n'est pas en mesure de surmonter.

1760 Pour le Doyen PH. SIMLER (*Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 716), l'extension du bénéfice de cette solutions à la caution personne physique s'explique par le souci de favoriser le recours à la sauvegarde. Cette finalité, ajoutée au fondement extra-juridique de la règle, explique la différence de traitement entre les cautions personnes physiques et les cautions personnes morales.

1761 Art. L. 626-1 C. com. Ce plan est arrêté par le tribunal dans "le jugement arrêtant le plan et prévoyant son exécution", au vu du rapport de l'administrateur, après avoir recueilli l'avis du ministère public et entendu ou dûment appelé le débiteur, l'administrateur, le mandataire judiciaire, les contrôleurs ainsi que les délégués du personnel.

1762 Art. L. 626-11, al. 2 C. com.

1763 PH.-ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, n° 183 et références citées.

caution répond au souhait du législateur, cette extension contribue simplement à maintenir la caution dans une situation de latence dans la mesure où, à plusieurs égards, la caution peut être amenée à honorer son engagement. Ainsi, si la caution peut se prévaloir de l'inopposabilité de la créance principale non déclarée à l'égard du débiteur principal pendant la durée de l'exécution du plan de sauvegarde, cette inopposabilité cesse automatiquement à l'issue de la sauvegarde et la caution peut être poursuivie par le créancier[1764].

Ces poursuites sont spécialement mises en œuvre lorsque notamment la caution s'est engagée de manière spécifique pour un ou certains engagements contenus dans le plan de sauvegarde ou de continuation et que ce plan vienne à être résolu. La jurisprudence retient dans cette hypothèse que la résolution traduit l'impossibilité de la mise en œuvre du plan et exprime la défaillance du débiteur et, dans ce cas, la caution est tenue au paiement de l'engagement qu'elle s'est engagée à garantir à la mesure de ce que prévoyait le plan[1765].

570. – Le sort de la caution devient encore plus précaire et la latence dans laquelle elle est maintenue pendant la sauvegarde cesse s'il apparaît après l'ouverture de cette procédure que le débiteur était déjà en cessation des paiements au moment du prononcé du jugement. Dans ce cas, le tribunal le constate et fixe la date de cessation des paiements. La procédure de sauvegarde est alors convertie par le tribunal en une procédure de redressement judiciaire[1766] ou, lorsque les conditions sont réunies, en une procédure de liquidation judiciaire[1767].

1764 Art. L. 622-26, al. 2. C. com. Dans le système antérieur issu de la réforme du 26 juillet 2005, la caution pouvait être poursuivie par le créancier n'ayant pas déclaré sa créance pendant la durée de l'exécution du plan. V. Cass. com., 16 octobre 2007, n° 06-14.681 : *Bull. civ. IV*, n° 218 ; *D.* 2007, *A. J.* 2734, obs. A. LIENHARD ; *RTD. civ.* 2008, 335, obs. P. CROCQ. En l'espèce, la Cour approuve les juges d'appel d'avoir jugé que la caution pouvait être poursuivie en France, nonobstant l'absence de déclaration par la banque de sa créance à la procédure collective de la société. Il faut rappelé que dans cette affaire, la société débitrice avait été mise en redressement judiciaire en application du droit belge qui ne prévoyait pas que la créance non déclarée dans le délai fixé par le jugement déclaratif était éteinte mais seulement que le créancier était un créancier défaillant, non compris dans la répartition. La similitude des textes belge et français autorise de s'appuyer sur cette jurisprudence afin de retenir que toute caution actionnée par un créancier négligent sera tenue de le payer.

1765 Cass. com., 08 juillet 2008, n° 07-13.274 : *Juris-Data* n° 2008-044792 ; *JCP. G* 2008, I, 211, n° 6, note PH. SIMLER ; *RD bancaire et financier* 2008, Comm. 137, obs. A. CERLES.

1766 Art. L. 621-12 C. com.

1767 Art. L. 622-10 C. com.

De même, lorsque la cessation des paiements du débiteur est constatée en cours d'exécution du plan, celui-ci est résolu par le tribunal qui décide de l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire ou, si le redressement de la société est manifestement impossible, de liquidation judiciaire[1768]. Or, même si ces procédures sont régies par un cadre procédural strict, le sort de la caution y est globalement défavorable dans la mesure où les faveurs accordées au débiteur lui seront plus souvent indifférentes par l'effet de la loi. L'ouverture des procédures de redressement et de liquidation judiciaires expose donc la caution à une situation de précarité, en raison du risque d'un appel imminent.

§ 2. – LA PRECARITE DE LA SITUATION DE LA CAUTION DANS LES PROCEDURES DE REDRESSEMENT ET DE LIQUIDATION JUDICIAIRES

571. – Division. Lorsque s'ouvrent les procédures de redressement ou de liquidation judiciaires, la caution perd le bénéfice des mesures favorables prévues pour le débiteur principal. De l'état de latence dans les procédures de conciliation et de sauvegarde, la caution se retrouve dans la situation d'un appel imminent. C'est ainsi que dans le redressement judiciaire, la caution sera simplement privée de la possibilité de se prévaloir des mesures prévues dans le plan de redressement (**A**). Cette situation expose fatalement la caution à un appel rapide de la part du créancier lorsque s'ouvre la liquidation judiciaire de la société, car précisément, le redressement de la société est impossible et l'actif de la société doit être liquidé. Cela suppose que les créanciers soient payés et que la caution soit actionnée (**B**).

A. – L'IMPOSSIBILITE POUR LA CAUTION DE BENEFICIER DES MESURES FAVORABLES AU DEBITEUR DANS LE REDRESSEMENT JUDICIAIRE

[1768] Art. L. 626-27. I, al. 3 C. com.

572. – L'aménagement de la situation du débiteur. La procédure de redressement judiciaire s'ouvre lorsque la société est en état de cessation des paiements, c'est-à-dire lorsque la société est dans l'impossibilité de faire face au passif exigible avec son actif disponible et qu'elle ne bénéficie pas, par ailleurs, de réserves de crédit ou de moratoires de la part de ses créanciers lui permettant de faire face à ce passif[1769]. Cette procédure a pour finalité la survie de l'entreprise à travers la poursuite de l'activité de l'entreprise, le maintien de l'emploi et l'apurement du passif. Comme la procédure de sauvegarde, elle donne lieu à un plan – ici qualifié de plan de redressement par voie de continuation – qu'arrête le tribunal à l'issue d'une période d'observation. Le jugement d'ouverture de cette procédure, tout comme le plan qui clôture la période d'observation, aménagent la situation du débiteur dans un sens favorable au redressement de l'entreprise. Toutefois, à la différence de la procédure de sauvegarde, ces mesures ne profitent pas à la caution, qu'il s'agisse des mesures que produit le jugement d'ouverture ou de celles que prévoit le plan de redressement par voie de continuation lorsqu'il est adopté.

573. – L'indifférence de l'arrêt du cours des intérêts et les dispositions du plan à la caution. Le jugement qui ouvre la procédure de redressement judiciaire produit certains effets à l'égard du débiteur comme la suspension des poursuites individuelles[1770]. A cette supension s'ajoutent l'arrêt du cours des intérêts légaux et conventionnels, ainsi que tous les intérêts de retard et majorations, exception faite des intérêts résultant de contrats de prêt conclus pour une durée égale ou supérieure à un an ou de contrats assortis de paiement différé d'un an ou plus[1771]. L'article L. 631-14 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'ordonnace du 18 décembre précitée, prévoit, dans son dernier alinéa, que les personnes physiques ayant consenti un cautionnement ne peuvent se prévaloir de ces dispositions, pas plus qu'elles ne peuvent se prévaloir de l'inopposabilité des créances non déclarées pendant l'exécution du plan, comme dans la sauvegarde[1772].

1769 Art. L. 631-1 C. com. La Cour de cassation avait déjà jugé que le débiteur pouvait alléguer qu'il bénéficie de moratoires de la part de ses créanciers pour démontrer qu'il n'est pas en état de cessation des paiements. *Cf* : Cass. com., 27 février 2007, n° 06-10. 170 : *D*. 2007, p. 872, obs. A. LIENHARD ; *JCP.E* 2007, 1833, obs. PH. ROUSSEL GALLE ; *Gaz. Pal., proc. coll*. 2/2007, 13-14 avril 2007, p. 21, obs. CH. LEBEL. Sur la question, V. M.-H. MONSERIE-BON, « Nouvelle définition de la cessation des paiements », *in Dictionnaire permanent – Difficultés des entreprises*, mars 2009, numéro spécial 302-1, p. 4148.

1770 Art. L. 622-21-II C. com. sur renvoi de l'article L. 631-14 du même Code.

1771 Art. L. 622-28 C. com. sur renvoi de l'article L. 631-14 du même Code.

1772 Art. L. 622-26 C. com. sur renvoi de l'article L. 631-14 du même Code.

Cette exclusion des cautions personnes physiques est également maintenue pour le bénéfice des dispositions du plan de redressement par voie de continuation de l'entreprise. Dans cet esprit, l'article L. 631-20 du Code de commerce dispose que les personnes physiques ayant consenti un cautionnement ne peuvent se prévaloir des dispositions du plan de redressement par voie de continuation de l'entreprise. La jurisprudence antérieure à la réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi n° 2005-845 du 26 juillet 2005, dite loi de sauvegarde des entreprises, limitait cette interdiction aux seules cautions solidaires[1773].

574. – Or, l'on sait que, comme pour le plan de sauvegarde, le plan de redressement par voie de continuation aménage favorablement la situation du débiteur dans le but précisément de redresser l'entreprise ; et cela passe notamment par des remises de dettes, des rééchelonnements de dette ou l'octroi de nouveaux délais de paiements. En privant les cautions personnes physiques du bénéfice des mesures favorables prévues pour le débiteur lors de la procédure de redressement judiciaire – du jugement d'ouverture jusqu'au jugement arrêtant le plan –, le législateur a exprimé de manière forte sa volonté d'inciter les dirigeants sociaux à recourir à la sauvegarde[1774]. Cette incitation a pour conséquence de faire de la procédure de redressement un « *repoussoir* »[1775], au regard notamment de la situation des garants personnes physiques[1776]. Ne bénéficiant pas de l'arrêt du cours des intérêts consécutifs à l'ouverture du redressement judiciaire, la caution ne peut davantage se prévaloir des dispositions du plan, ce qui se révèle assez dramatique pour elle[1777].

575. – Justification de la solution par la nature des difficultés et le réalisme du droit des procédures collectives. L'orientation ainsi retenue par le législateur est approuvée par la doctrine. Le Doyen PH. SIMLER souligne ainsi que « *si de prétendues remises sont mises*

[1773] D. HOUTCIEFF, notes sous Cass. com., 23 novembre 2004, n° 03-17235 et Cass. com., 05 mai 2004, n°01-03873, *préc*.

[1774] Cette volonté était déjà manifeste dans la réforme du droit des procédures collectives par la loi n° 94-475 relative à la prévention et au traitement des difficultés des entreprises du 10 juin 1994. V. P. CROCQ, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *op. cit*., n° 22.

[1775] PH.-ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, *op. cit*., n° 349.

[1776] *Comp*. : Cass. com., 31 janvier 2006, n° 04-15.341 : *Dr. sociétés*, juin 2006, p. 20, n° 85, note F.-X. Lucas. Cet arrêt retient que lorsqu'une société (en l'occurrence, civile) bénéficie d'un plan de continuation à l'issue d'une procédure de redressement judiciaire, ses associés, débiteurs subsidiaires de son passif ne peuvent être poursuivis tant que le plan de continuation n'a pas échoué.

[1777] Par comparaison à la sauvegarde, *supra*, 566.

en œuvre dans ce contexte [de procédures collectives], *elles traduisent la constatation d'une insolvabilité partielle ou totale, donc d'une défaillance du débiteur. Le simple bon sens indique que la caution ne saurait être libérée par cette sorte de remises* »[1778]. Ce point de vue fournit une explication technique, au-delà de l'explication téléologique, à l'extension à la caution des mesures favorables au débiteur dans les procédures de conciliation et de sauvegarde. C'est que ces procédures reposent sur la démarche du débiteur et leur caractère contractuel est assez affirmé. Ce faisant, en s'appuyant sur le droit commun[1779], les mesures favorables conventionnellement accordées au débiteur se prolongent normalement sur la caution. En effet, en tant qu'obligée accessoire, la caution profite naturellement des faveurs conventionnelles accordées au débiteur principal, ainsi que le dispose l'article 1287 du Code civil[1780].

En revanche, ces mêmes faveurs sont indifférentes à la caution lorsqu'elles sont accordées au débiteur dans le cadre d'une procédure collective judiciaire. Dans ce dernier cas, l'ouverture d'une procédure collective n'exerce pas, en principe, d'influence sur la situation de la caution dans la mesure où cette procédure n'est que la conséquence de la défaillance du débiteur[1781]. En outre, les faveurs accordées au débiteur dans le cadre d'une procédure collective judiciaire procèdent davantage des circonstances, voire de la volonté du juge, que de la volonté du créancier[1782]. Ainsi, la jurisprudence, tout en refusant la déchéance conventionnelle du terme en cas de redressement judiciaire[1783], reconnaît au créancier le droit de poursuivre la caution dès lors que le débiteur principal fait face à une procédure collective judiciaire[1784]. Effectivement, les procédures amiables au sens large, c'est-à-dire celles fortement marquées par le caractère conventionnel, renvoient à des

---

1778 PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, *op. cit*., n° 715.

1779 « *La remise ou décharge conventionnelle accordée au débiteur principal libère la caution*. » Art. 1287, al. 1 C.civ.

1780 La situation semble différente en matière de surendettement où la jurisprudence refuse à la caution le bénéfice des mesures de réaménagement contenues dans le plan amiable élaboré dans le cadre de l'article L. 331-6 C. cons. V. M. TEXIER, *op. cit*., n° 30 et s.

1781 P. CROCQ, « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *op. cit.*, n° 6.

1782 D. HOUTCIEFF, notes sous Cass. com., 23 novembre 2004, n° 03-17235 et Cass. com., 05 mai 2004, n°01-03873, *préc*.

1783 Cass. 1ère civ., 24 janvier 1995 : *Bull. civ. I*, n° 51 ; *Defrénois* 1995, p. 417, obs. L. AYNES ; *JCP. E* 1995, *I*, 482, obs. PH. SIMLER et PH. DELEBECQUE ; *JCP. G* 1995, *I*, 3841, n° 18, obs. M. CABRILLAC et PH. PETEL ; *RTD. com*. 1995, p. 485, obs. A. MARTIN-SERF.

1784 Cass. com., 22 juin 1999 : *RJDA* 10/99, n° 1102. Selon la Cour : « *Mais attendu que la mise en redressement judiciaire du débiteur principal ne fait pas obstacle à ce que le créancier poursuive la caution en paiement de la dette et que l'ouverture de la procédure collective n'interrompt l'instance qu'au profit du débiteur* […] ».

réalités relativement différentes des procédures judiciaires : « *Les premières sont destinées à faire face à des difficultés réversibles, quant aux secondes, elles concernent des difficultés extrêment sérieuses, voire insurmontables*[1785]. »

576. – Ces analyses qui justifient la « mise à l'écart » du caractère accessoire du cautionnement en réservant un sort plus rigoureux à la caution dans la procédure de redressement judiciaire attestent, d'une certaine manière, du réalisme du droit des procédures collectives[1786]. Ce réalisme consiste précisément à ajuster le sort de la caution à la situation réelle de l'entreprise. Le législateur a ainsi « *promu des solutions pragmatiques, favorisant la caution quand elle est en position de faciliter le traitement des difficultés de l'entreprise et plus précisément quant elle peut aider à mettre en place un traitement anticipé* »[1787]. Il reste pourtant que la caution est plus sévèrement tenue que le débiteur principal, dans la mesure où elle peut être amenée à payer lors même que le débiteur principal bénéficie de mesures favorables et que sa situation peut s'améliorer. Certes, les faveurs sont accordées au débiteur dans le redressement judiciaire, moins par la volonté du créancier et bien plus par l'effet de l'ouverture de la procédure ainsi que par la nature judiciaire du plan de redressement par voie de continuation. Mais il est tout aussi vrai que la caution qui a payé dispose bien d'un recours après paiement contre le débiteur.

577. – L'exercice par la caution du recours après paiement contre le débiteur. Traditionnellement, le recours après paiement de la caution contre le débiteur est soit un recours personnel, soit un recours subrogatoire[1788]. Le recours personnel est un recours fondé sur les rapports personnels entre le créancier et le débiteur. C'est un recours qui englobe les frais engagés par la caution et éventuellement des dommages et intérêts ; ce faisant, il permet à la caution d'être mieux indemnisée. Quant au recours subrogatoire, c'est un recours fondé sur le paiement fait par la caution au créancier ; il permet à la caution d'être uniquement remboursée de la somme payée au créancier. En revanche, le recours subrogatoire permet à la caution de se prévaloir de tous les autres droits et privilèges dont bénéficiait le créancier.

1785 M. TEXIER, *op. cit*., n° 39.

1786 Y. GUYON, « Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives », *op.cit.*

1787 M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC et PH. PETEL, *Droit des sûretés, op. cit*., n° 191.

1788 2305 et 2306 C. civ. et sous réserve du recours avant paiement dont l'article 2309 C. civ. prévoit cinq cas d'ouverture.

578. – L'absence d'intérêt pour la caution d'exercer le recours subrogatoire. Ainsi, dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire, lorsque la caution a désintéressé un créancier ayant consenti une remise de dette au débiteur, l'exercice par elle du recours subrogatoire ne peut lui être d'un grand intérêt. En effet, non seulement le recours subrogatoire met la caution dans la même situation que le créancier qu'elle a désinteressé ; mais plus encore, elle ne peut utilement se retourner contre le débiteur, puisque le cadre procédural est dominé par la suspension des poursuites individuelles – des créanciers – contre le débiteur[1789].

579. – Le recours personnel. Reste alors pour la caution la possibilité d'exercer le recours personnel. Le régime de ce recours est dicté par le moment retenu comme date de naissance de la créance de la caution à l'égard du débiteur principal. Or, la détermination de ce moment reste passablement controversée[1790]. Deux courants peuvent ainsi être relevés en doctrine : selon le premier courant, le recours de la caution trouve son origine dans le contrat qui lui a donné naissance. Ce courant applique à la date de naissance du recours de la caution la thèse volontariste de la naissance des obligations. Selon le second courant, inspiré de la thèse matérialiste, seul le paiement fait par la caution permet d'expliquer son recours personnel contre le débiteur et c'est au jour de ce paiement que naît la créance de la caution contre le débiteur principal[1791].

La jurisprudence n'est pas davantage fixée. Quelques arrêts des juges du fond ont retenu le paiement fait par la caution comme fait générateur de son recours personnel contre le débiteur principal[1792]. Un arrêt de la Cour de cassation du 16 juin 2004[1793] a, semble-il, anéanti cette appréciation des juges du fond en retenant que « *la créance de la caution qui a payé la dette et qui agit contre son cofidéjusseur, sur le fondement de l'article 2033 du Code civil, prend naissance à la date de l'engagement* ». La portée de cet arrêt ne doit pas cependant être exagérée. Même s'il s'agissait, en l'espèce, d'un recours

---

1789 B. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le dirigeant caution », *op. cit*., mars 1996, n° 87.

1790 Sur cette question, v. D. LEGEAIS, « La date de naissance de la créance de recours de la caution *solvens* », *in* « La date de naissance des créances », Colloque Centre de droit des affaires et gestion, Faculté de droit de Paris V, *in LPA* 2004, *n° spécial*, p. 57 et s.

1791 V. P. CROCQ, note sous Cass. com., 16 juin 2004, n° 01-17.199 : *D*. 2004, p. 2046.

1792 Metz, 21 mai 2002 : D. 2002, *Act.* 2468, obs. A. LIENHARD. – Rennes, 31 mars 2000, *RD bancaire et financier* 2000, p. 89, obs. F.-X. LUCAS.

1793 Cass. com., 16 juin 2004, n° 01-17. 199 : *Bull. civ. IV*, n° 123 ; *Banque et Droit*, sept-oct. 2004, p. 76, obs. F. JACOB.

personnel, il reste que ce recours personnel de la caution était dirigé contre son cofidéjusseur – et non contre le débiteur principal[1794] – et sur le fondement d'un texte différent de celui qui fonde le recours personnel de la caution contre le débiteur principal[1795]. Plus encore, l'interprétation du texte faite dans cet arrêt par la Cour de cassation laisse quelque peu songeur. En effet, l'ancien article 2033 du Code civil – devenu article 2310 du même Code – dispose que la caution a un recours contre les autres cautions, chacune pour sa part, lorsqu'elle a acquitté la dette et que ce paiement a été fait dans l'un des cas limitativement énumérés par l'article 2309 du même Code[1796]. Comment alors retenir la date de l'engagement comme date de naissance du recours personnel de la caution, l'hypothèse ici étant de surcroît différente d'un recours avant paiement[1797] ?

580. – Il convient donc d'approuver la jurisprudence qui retient le jour du paiement comme date de naissance du recours personnel de la caution contre le débiteur[1798]. Cette date présente plusieurs intérêts pour la caution. Lorsque le créancier a été désintéressé par elle pendant la période d'observation, la créance de la caution est née après le jugement d'ouverture. Il est par conséquent possible de considérer que cette créance échappe à l'interdiction des paiements que prévoit l'article L. 622-7 du Code de commerce. Dans ce sens, il faut admettre que la caution n'a été amenée à payer que parce que le débiteur était soumis à une procédure collective et que, ce faisant, son paiement répond « *aux besoins du déroulement de la procédure* », ainsi que l'exige l'article L. 622-17 du Code de commerce[1799]. Cette solution est aussi valable lorsque la caution paie pendant la phase d'exécution du plan de continuation.

1794 Ce que ne manque pas de préciser les juges dans l'avant dernier attendu de l'arrêt : « *Attendu que pour condamner M.* [X…], *l'arrêt retient que s'agissant de rapports entre deux cautions, et non entre une caution et le débiteur principal* […] ». C'est nous qui soulignons.

1795 Ce recours était fondé sur l'ancien article 2033 du Code civil, devenu article 2310 du même Code. Hors, le recours personnel contre le débiteur se fonde, quant à lui, sur l'article 2305 du Code civil (ancien article 2088).

1796 Précisons que l'article 2309 C. civ. concerne l'hypothèse du recours avant paiement de la caution contre le débiteur principal.

1797 Article 2309 C. civ.

1798 D. LEGEAIS, « La date de naissance de la créance de recours de la caution *solvens* », *in* « La date de naissance des créances », *op. cit*. – *Contra*, P. CROCQ, note sous Cass. com., 16 juin 2004, *préc*.

1799 Toulouse, 3ème ch., 25 novembre 1992 : Juris-Data n° 049-206 – JCP. G, I, Doctr., 3765, n° 7. Selon les Juges Toulousains, si la créance de la caution contre le débiteur est « *née régulièrement après le jugement d'ouverture* », elle doit être « *payée à son échéance lorsque l'activité est poursuivie* » ou, si tel n'est pas le cas, « *par priorité à toutes les autres créances, assorties ou non de privilèges* ». *Contra*, PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit*., n° 576, p. 587. Selon lui, cette interprétation des besoins de la procédure n'est pas conforme à l'économie de cet article.

Ainsi, par l'admission de la naissance du recours personnel de la caution contre le débiteur au jour du paiement, l'intérêt d'une déclaration par la caution de sa créance tombe. En effet, parce que la créance de la caution naît ici après le jugement d'ouverture, elle rentre dans la catégorie de créances prioritaires et qui, à ce titre, n'exige plus d'avoir à être préalablement déclarée par le créancier ou que la caution en fasse elle-même la déclaration[1800].

581. – Il ressort, en somme, que le traitement réservé à la caution dans la procédure de redressement judiciaire, loin d'être équilibré, est tout à son désavantage dans la mseure où elle ne bénéficie pas des mêmes faveurs que le débiteur principal. Cela est aussi vrai lorsque le redressement de la société se solde par un échec et que le redressement est converti en liquidation judiciaire. L'appel de la caution dans ce cas est inéluctable.

B. – L'APPEL DE LA CAUTION DANS LA LIQUIDATION JUDICIAIRE

582. – L'ouverture de la liquidation judiciaire. « [La liquidation judiciaire] *est comme la mort, l'expression juridique de la disparition d'un sujet de droit mais à la différence de celle-ci, la virtualité extinctive qui lui est prêtée ne revêt pas le caractère immédiat car le patrimoine social conserve encore son individualité pour les besoins de liquidation*.[1801] » C'est une procédure qui s'ouvre lorsque la société est en cessation des paiements et que son redressement est manifestement impossible[1802]. Cette procédure, destinée à mettre fin à l'activité de l'entreprise ou à réaliser le patrimoine du débiteur par une cession globale ou

---

[1800] Toute autre hypothèse concerne le cas d'un paiement fait par la caution avant l'ouverture de la procédure collective. Dans ce cas, la caution devra déclarer sa créance pour tout ce qu'elle a payé à la charge du débiteur, ainsi que le prévoit l'article L. 622-33, al. 2 C. com. Et, lorsque la caution a partiellement désintéressé le créancier, elle est tenue avec le créancier, chacun pour sa part, de déclarer sa créance. Sur cette question, V. PH. SIMLER, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit*., n° 574.

[1801] M.- L. COQUELET, *Thèse préc*., n° 7, p. 4. L'existence d'un passif à éteindre et le souci de protéger les créanciers sociaux justifient, en effet, le maintien de la personnalité morale en vue de transformer le patrimoine de l'entreprise en liquide.

[1802] Un autre cas d'ouverture est relatif à la résolution du plan de redressement par voie de continuation arrêté en faveur du débiteur par le tribunal lorsque la cessation des paiements est constatée en cours d'exécution de ce plan. Dans ce cas précis, le jugement qui prononce la résolution du plan prononce également la liquidation judiciaire. V. par exemple, Cass. com., 16 décembre 2008, D. 2009, p. 94, obs. A. LIENHARD.

séparée de ses droits et biens[1803], doit être demandée par le débiteur au plus tard dans les quarante-cinq jours qui suivent la cessation des paiements, si dans le même délai une procédure de conciliation n'a pas été ouverte à la demande du même débiteur[1804]. De fait, le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire produit, à l'égard du débiteur, les mêmes effets que les jugements d'ouverture de la sauvegarde et du redressement judiciaire[1805]. Dans ce contexte, c'est donc naturellement que le créancier va faire appel à la garantie dont il bénéficie en raison, d'une part, de la cessation des paiements avérée et de l'impossibilité de redresser la société caractéristique de la liquidation judiciaire et, d'autre part, de l'exigibilité des créances non échues qui en résulte.

583. – Exigibilité des créances non échues et appel de la caution. L'article L. 643-1 du Code de commerce énonce que « *le jugement qui ouvre ou prononce la liquidation judiciaire rend exigibles les créances non échues* ». Cette déchéance automatique du terme ne va pas sans incidence sur l'appel de la caution. D'un côté, en effet, la jurisprudence décide que l'exigibilité des dettes non échues, de par l'effet de l'ouverture de la liquidation judiciaire, n'affecte pas la caution ; autrement dit, la déchéance du terme à l'égard du débiteur principal ne s'étend pas à la caution[1806]. A l'appui de cette solution, il est avancé que même si l'ouverture de la liquidation judiciaire entraîne la déchéance du terme, cette déchéance reste purement personnelle au débiteur[1807] ; elle ne peut par conséquent être étendue à la caution, puisqu'il s'agit d'une sanction personnelle au débiteur[1808].

D'un autre côté, la jurisprudence admet néanmoins la possibilité de déroger à cette règle en étendant conventionnellement à la caution la déchéance du terme encourue par le débiteur principal[1809]. Cette prudence de la Cour de cassation paraît plus réaliste, dans la mesure où, ne pouvant obtenir paiement du débiteur, le créancier va se retourner contre la caution. De fait, il y aura une extension de la déchéance du terme frappant le débiteur. Cet

---

1803 Art. L. 640-1 C. com.

1804 Art. L. 640-4. C. com.

1805 Art. L. 641-3 C. com.

1806 Cass. com., 26 octobre 1999 : *RJDA* 1/1999, n° 69. – Cass. com., 08 mars 1994 : *Bull. civ. IV*, n° 96 ; *D.* 1994, *Jurispr*., p. 557, note E. BAZIN ; *JCP. G* 1994, *I*, 3781, n° 7, obs. M. BILIAU ; *JCP. G* 1994, I, 3799, n° 6, obs. M. CABRILLAC. – Cass. com., 14 novembre 1989 : *JCP. E* 1990, *II*, 15822, obs. M. CABRILLAC ; *LPA*, 9 mars 1990, p. 14, note P. BOUTEILLER.

1807 B. SAINT-ALARY et C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Le dirigeant caution », *op. cit*., mars 1996, p. 42.

1808 E. BAZIN, note sous Cass. com., 08 mars 1994, *préc*, n° 7.

1809 Cass. com., 8 mars 1994, *préc*.

effet déclencheur de la liquidation judiciaire se traduit également par la clôture du compte courant et l'exigibilité de l'obligation de règlement de la caution qui en garantit le solde.

584. – Clôture du compte courant et exigibilité de l'obligation de règlement de la caution. Lorsque le cautionnement a été donné à titre de garantie du solde du compte courant de la société débitrice, la jurisprudence décide que le jugement d'ouverture de la liquidation judiciaire a pour effet de déclencher la clôture de ce compte[1810]. Cette clôture a pour principale conséquence de rendre exigible l'obligation de règlement qui en garantit le solde[1811]. Cette jurisprudence procède d'une application rigoriste de l'article R. 641-37 du Code de commerce selon lequel « *le liquidateur peut faire fonctionner sous sa signature les comptes bancaires du débiteur pendant un délai de six mois à compter du jugement prononçant la liquidation ou, au-delà, pendant la durée du maintien de l'activité autorisé par le tribunal* […]. *L'utilisation ultérieure de ces comptes est subordonnée à l'autorisation du juge-commissaire délivrée après avis du ministère public* ». Certes, ce texte ne pose pas le principe de la continuation du fonctionnement du compte courant après la liquidation judiciaire ; il en offre simplement la faculté au liquidateur. Il est donc compréhensible que les juges retiennent la clôture de ce compte par la seule ouverture de la liquidation judiciaire.

Toutefois, les besoins de la liquidation mènent plus souvent à en maintenir le fonctionnement. La prise en compte de cette finalité conduit dès lors à interpréter ce texte comme ne devant entraîner la clôture du compte courant qu'à défaut d'un fonctionnement effectif postérieur au jugement d'ouverture de la liquidation. Néanmoins, il faut reconnaître que la solution retenue par la jurisprudence qui clôture le compte dès l'ouverture de la liquidation judiciaire peut présenter un certain intérêt pour la caution. En déclarant le compte courant clôturé et l'obligation de règlement exigible, les juges préservent sans doute la caution d'un accroissement possible du solde débiteur du compte[1812], consécutivement à un fonctionnement lié à la liquidation.

1810 Cass. com., 19 mai 2004 : *Bull. Civ. IV*, n° 97 ; *JCP. E* 2004, 1292, n° 5, obs. M. CABRILLAC. – Cass. com., 14 mai 2002, n° 98-21.521 : *Bull. civ. IV*, n° 83 ; *Act. proc. coll*. 2002, n° 155, note J.-C. BOULAY.

1811 *Rappr.* : A. BAC, « L'effet de garantie du compte courant est-il un leurre en cas de procédure collective ? », *JCP. E* 1999, p. 308 et s.

1812 Sous réserve des inscriptions ou remises postérieures.

585. – Réalisation de l'actif de la société. A côté de cette question relative à la clôture du compte courant, la liquidation judiciaire soulève un autre problème par rapport au cautionnement. Une des finalités de la procédure de liquidation judiciaire est de réaliser l'actif de l'entreprise grâce notamment à la cession des actifs de celle-ci ou de l'entreprise elle-même. Cette cession inclut généralement la reprise par le cessionnaire des crédits en cours. Il se pose alors la question de savoir si la caution reste engagée à l'égard du créancier en cas de cession judiciaire du contrat principal. Certains auteurs soutiennent le maintien de l'engagement de la caution en faveur du cessionnaire en s'appuyant sur l'origine judiciaire du plan – plan dont la caution ne peut se prévaloir – et sa finalité qui est de sauver l'entreprise[1813]. La Cour d'appel de Pau a toutefois considéré dans un arrêt du 09 janvier 1992 que la cession du contrat principal entraînait une novation par changement de débiteur dont la caution pouvait se prévaloir en vue de sa libération[1814]. En réalité, lorsque le ou les contrats garantis sont transmis dans le cadre d'un plan de cession, les cautionnements qui en garantissent l'exécution sont soit maintenus, soit éteints pour l'avenir. Le premier cas concerne le cautionnement fermé[1815] ; le second cas est lié au cautionnement ouvert. Dans ce dernier cas qui suppose généralement un contrat à exécution successive et donc un cautionnement ouvert, la caution ne reste engagée que pour les créances nées au jour de la cession du chef de la société en liquidation[1816]. Dès cet instant, le cessionnaire doit assumer la charge des dettes futures. Dans ce cas, en définitive, seule survit l'obligation de règlement de la caution. Encore faut-il que la caution ne soit pas elle-même soumise à la même procédure par voie d'extension.

586. – Extension de la procédure de liquidation et extinction du cautionnement par confusion. La liquidation judiciaire ouverte à l'encontre de la société débitrice peut être étendue à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, soit en raison de la confusion de leur patrimoine avec celui de la société débitrice, soit pour fictivité de la personne société débitrice[1817]. Cette extension a normalement pour but de rétablir le gage des créanciers en vue de les désintéresser au mieux. C'est la raison pour laquelle elle est

---

1813 M. BEHAR TOUCHAIS, « Le banquier face à la défaillance du débiteur », *op. cit*., n° 11.

1814 *Rev. proc. coll*. 1993, p. 140, obs. DELEBECQUE. Cité aussi par M. BEHAR TOUCHAIS, *Ibid.*

1815 Par exemple : Cass. com. 18 février 2009, pourvoi n° 07-21197. – Cass. com., 17 février 2009, pourvoi n° 08-11407, disponibles sur : *http://www.lextenso.com.bases-doc.nancy-université.fr/lextenson/jurisprudence/ Apw.fr*.

1816 Cass. com., 12 oct. 1993, *D*. 1994, p. 353, note PLAYOUST.

1817 Depuis l'ordonnance du 18 décembre 2008, cette extension peut se faire « à la demande de l'administrateur, du mandataire judiciaire, du ministère public ou d'office ». Article L. 621-2 C. com.

dirigée vers « *un débiteur cible* in bonis »[1818]. L'effet de cette confusion est alors de ramener le patrimoine du débiteur cible dans le patrimoine unique de la procédure collective. Or, lorsque le débiteur est la personne engagée comme caution des engagements de la société en liquidation, cette extension aboutit à l'extinction de l'engagement de la caution, par application de l'article 1300 du Code civil. Un récent arrêt de la Cour de cassation daté du 17 février 2009[1819] vient d'en faire application en retenant, au visa des articles 1300 et 2311 du Code civil, que « *la réunion dans la même personne des qualités de créancier et de débiteur, opère confusion de droit qui éteint les deux créances ; qu'en cas d'ouverture d'une procédure collective à l'égard de la caution, par extension de la procédure ouverte contre le débiteur principal, l'obligation issue du cautionnement s'éteint par voie de confusion* ». La solution est juridiquement fondée au regard de la théorie du droit des obligations. Elle présente aussi un intérêt certain pour le créancier en lui évitant de connaître certaines réalités procédurales lorsque notamment le cautionnement a été donné par une société transparente, elle-même soumise à une procédure collective. Dans cette hypothèse, la liquidation judiciaire de la société caution, à côté de celle de la société débitrice, conduit le créancier à se retourner contre les associés de la société caution objet de la liquidation judiciaire[1820].

587. – L'exercice par le créancier des poursuites contre les associés d'une société à responsabilité illimitée caution et en état de liquidation judiciaire. La caractéristique des sociétés à responsabilité illimitée est d'engager les associés indéfiniment et solidairement ou conjointement du paiement des dettes sociales[1821]. Cette charge pesant sur les associés permet à la société de se procurer du crédit ou de faciliter l'octroi de ce crédit à une autre société en s'engageant comme sûreté d'exécution de ses engagements,

---

1818 PH.-ROUSSEL GALLE, *Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, *op. cit*., n° 197.

1819 Cass. com., 17 février 2009, pourvoi n° 07-16558, disponible sur http://www.lextenso.com.bases-doc.nancy-université.fr/lextenson/jurisprudence/Apw.fr. Les faits de l'espèce étaient les suivants : une société A se porte acquéreuse des titres d'une société B. Pour réaliser cette acquisition, elle sollicite et obtient un prêt d'une banque. Ce prêt est garanti par la société B, cédante des titres, et par les époux X., sans doute gérants de cette société B. une procédure de liquidation judiciaire est par la suite ouverte à la société A, emprunteuse garantie. Par un premier jugement, le tribunal ayant ouvert la liquidation judiciaire de la société débitrice l'étend à la société B, puis par un second jugement rendu quelques mois plus tard en étend l'ouverture aux époux X., cautions du prêt. L'arrêt ne précise pas le cas d'ouverture de l'extension, fictivité de la société débitrice ou confusion de son patrimoine avec la société caution et les époux X.

1820 Il est bien entendu que de telles poursuites ne peuvent s'exercer contre les associés (ou actionnaires) d'une SARL ou d'une SA, en raison de la limitation de leur responsabilité à leurs apports.

1821 Pour les sociétés commerciales (SNC et SCS), article L. 221-1 et L. 221-1 C. com. ; pour la société civile, article1857 C. civ.

notamment. Indépendamment de l'ouverture d'une procédure collective, la mise en œuvre de cette responsabilité est toutefois bien encadrée et diffère quelque peu selon qu'il s'agit d'une société commerciale ou d'une société civile. Pour les premières, les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir vainement mis en demeure la société par acte extrajudiciaire[1822]. Ici, une simple mise en demeure suffit[1823].

Pour les sociétés civiles, en revanche, les créanciers ne peuvent poursuivre le paiement des dettes sociales contre un associé qu'après avoir préalablement et vainement poursuivi la personne morale[1824]. « [Les poursuites dans cette hypothèse] *exigent bien plus qu'une simple mise en demeure et moins qu'une mesure d'exécution complète des biens de la société. Il faut que le créancier ait fait la preuve du caractère social de sa créance, notamment par une condamnation du groupement, et que, non désintéressé, il ait fait alors un premier acte d'exécution* […] *également infructueux*[1825]. »

588. – Ces règles sont délicatement assouplies lorsque la société est en liquidation judiciaire car, précisément, la société ne peut plus faire face à ses créanciers et ces derniers n'ont d'autre recours que les associés[1826], sans pour cela attendre la clôture de la procédure[1827]. Ainsi, s'agissant des sociétés commerciales de personnes, lorsque le créancier a engagé des poursuites contre les associés après la mise en liquidation judiciaire de la société, la déclaration de créance qui vaut mise en demeure rend inutile la délivrance d'une mise en demeure par acte extrajudiciaire à cette même société[1828].

La solution est imperceptiblement différente pour une société civile. La Cour de cassation, réunie en chambre mixte, a retenu dans un récent arrêt que « *la déclaration de*

1822 Art. L. 221-1 et L. 222-1 C. com. Précisons qu'aux termes de l'article R. 221-10 C. com., les poursuites ne peuvent être engagées contre les associés que huit jours au moins après mise en demeure de la société. Ce délai peut être prolongé par ordonnance du tribunal de commerce statuant en référé.

1823 V. par exemple pour une SNC, Cass. com., 14 juin 2000 : *Bull. Joly Sociétés* 2000, p. 1095, note Y. DEREU.

1824 Art. 1858 C. civ. Cette règle établit l'antériorité des poursuites contre la société et n'autorise pas l'exercice simultané de ces poursuites à la fois contre la société et les associés. V. J.-P. LEGROS, note sous Cass. com., 27 septembre 2005, n° 03-20.390 et Cass. com., 6 décembre 2005, n° 04-14.352 : Rev. sociétés, mars 2006, n° 38.

1825 Y. DEREU, note sous Paris, 25ème ch. sect. A, 9 novembre 2001, n° 2000/04177 et Cass. com., 9 octobre 2001 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 272.

1826 Il est bien entendu que le caractère social de la dette ne fait pas de doute.

1827 Cass. com., 6 décembre 2005, préc.

1828 Cass. com., 19 décembre 2006 : *Bull. Joly sociétés* 2007, p. 472, note C. REGNAUT-MOUTIER. Il s'agissait en l'espèce d'une SNC.

créance à la procédure dispense le créancier d'établir que le patrimoine social est insuffisant pour le désintéresser »[1829]. Si cette solution peut apparaître comme relevant du bon sens en ce que « *la soumission à une procédure collective est l'aveu d'une impécuniosité avérée qui devrait dispenser les associés à se faire payer par une société qui n'est manifestement pas en mesure de le faire* »[1830], il reste tout de même difficile d'admettre que la simple déclaration de créance suffise à constituer de vaines poursuites de la société débitrice. En effet, si la preuve du caractère social de la dette et l'antériorité des poursuites contre le groupement sont établies par la déclaration de créance au représentant des créanciers et la vérification de celle-ci, il reste que seules diverses mesures d'exécution inefficaces, la vérification de l'ensemble des créances et les conclusions, souvent irrémédiables qu'en tire le mandataire de justice, attestent la vanité des poursuites[1831]. Aussi, est-il nécessaire pour le créancier d'avoir la preuve de l'impossibilité pour la personne morale de faire face à son passif. Un certificat d'irrécouvrabilité de la créance délivré par le liquidateur de la société peut permettre d'établir la vanité de la poursuite préalable exigée par le législateur[1832].

589. – En résumé, lorsque le cautionnement a été donné par une société à risque illimité et que celle-ci est en liquidation judiciaire, à côté de la liquidation de la société débitrice, la poursuite des associés de la société caution oblige le créancier à respecter des exigences procédurales strictes pour espérer être désintéressé. C'est aussi au respect de certaines exigences procédurales qu'est tenue la caution qui a désintéressé le créancier. En effet, même si la caution a obtenu un titre exécutoire sur justification du paiement par elle effectué[1833], elle ne pourra valablement se retourner contre le débiteur, à titre individuel,

---

1829 Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10.413 : *Juris-Data* n° 2007-038899 ; *Dr. sociétés* 2007, n° 129, note F.-X. LUCAS.

1830 F.-X. LUCAS, note sous Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, *préc.*

1831 Y. DEREU, note sous Paris, 25ème ch. sect. A, 9 novembre 2001, n° 2000/04177 et Cass. com., 9 octobre 2001, *préc*. Dans le même sens, J.-P. LEGROS, note sous Cass. com., 6 décembre 2005, *préc.*

1832 Y. DEREU, note sous Cass. com., 12 décembre 2006, n° 04-17187 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 511 et s., spéc. note 8. Un récent arrêt de la 3ème chambre civile de la Cour de cassation (04 juin 2009 : *Rev. sociétés* 2009, p. 641, note B. SAINTOURENS) retient du reste que la méconnaissance par le créancier de l'adresse de la société poursuivie ne suffit pas à établir la vanité des poursuites à même de lui permettre d'actionner les associés d'une société civile. Selon la Cour, « *les procès verbaux de recherches infructueuses, établis lors de la signification des jugement*s [de condamnation, établissent] *que la société débitrice principale* [n'a] *pas d'adresse connue mais ne* [démontrent] *pas son insolvabilité* ».

1833 Cass. com., 16 juin 2004 : *Juris-Data* n° 024160 ; *RD bancaire et financier*, septembre-octobre 2004, n° 202, obs. D. LEGEAIS.

qu'après le jugement de clôture de la procédure de liquidation judiciaire dans la mesure où la liquidation judiciaire entraîne inexorablement la dissolution de l'être moral.

590. – L'exercice du recours de la caution contre le débiteur après la clôture de la procédure de la liquidation judiciaire. Aux termes de l'article L. 643-9 du Code de commerce, la clôture de la liquidation judiciaire est prononcée par le tribunal « *lorsqu'il n'existe plus de passif exigible ou que le liquidateur dispose de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers, ou lorsque la poursuite des opérations est rendue impossible en raison de l'insuffisance de l'actif* ». Il ressort de cette disposition que trois cas de clôture de la procédure de liquidation judiciaire. Les deux premiers cas ne présentent pas d'intérêt pour la question du recours de la caution contre la société débitrice : dans le premier cas, le passif exigible n'existe plus, ce qui suppose que tous les créanciers ont été désintéressés y compris éventuellement la caution qui a payé le créancier ; et dans le deuxième cas, le liquidateur dispose de sommes suffisantes pour désintéresser les créanciers, ce qui inclut éventuellement la caution. Seul le cas de la clôture pour insuffisance de l'actif présente un intérêt véritable.

Il y a clôture pour insuffisance de l'actif lorsque la fin de la procédure de liquidation judiciaire est prononcée en raison du manque de fonds pour faire face à l'ensemble des frais de liés à cette procédure[1834]. L'article R. 643-16 du Code de commerce dispose que « *l'insuffisance d'actif est caractérisée lorsque le produit de la réalisation des actifs du débiteur et des actions et procédures engagées dans l'intérêt de l'entreprise ou des créanciers ne permet pas de désintéresser, même partiellement, les créanciers* ». Et la jurisprudence rappelle que « *la clôture pour insuffisance d'actif de la liquidation judiciaire ne peut être prononcée tant que demeurent saisissables des éléments d'actif* »[1835] et que « *la difficulté de réalisation ou la perspective d'un faible prix de cession ne constituent pas l'impossibilité de poursuivre les opérations de liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif* »[1836].

Par ailleurs, la clôture pour insuffisance de l'actif ne permet aux créanciers de recouvrer l'exercice individuel de leurs actions contre le débiteur que dans des cas

---

1834 G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, *v°* « *Clôture* ».

1835 Cass. com., 27 février 2007, n° 06-16.007 : *Bull. civ. IV*, n° 63. – Cass. com., 5 mars 2002, n° 98-22.646 : *RJDA* 6/02, n° 671.

1836 Cass. com., 22 janvier 2008, n° 06-20.766 : *RJDA* 5/2008, n° 559.

limitativement énumérés[1837]. Cette absence de reprise des poursuites contre le débiteur s'explique par le souci de favoriser la création d'entreprises nouvelles porteuses d'emplois ; le débiteur honnête, mais malheureux qui entreprend de nouvelles activités ne sera plus gêné par un passif antérieur lourd et paralysant[1838]. Appliquant restrictivement cette disposition, la Cour d'appel de Bourges[1839] avait jugé que la caution ne pouvait se retourner contre le débiteur principal ayant fait l'objet d'une procédure collective après la clôture de celle-ci pour insuffisance de l'actif.

591. – Toutefois, l'article L. 643-11-II du Code de commerce dispose que « *la caution ou le coobligé qui a payé au lieu et place du débiteur peut poursuivre celui-ci* »[1840]. La question est alors de déterminer la nature du recours dont dispose la caution contre le débiteur principal. Cette question entretient l'interrogation de la doctrine[1841]. Si certains auteurs arrivent à la conclusion suivant laquelle la clôture pour insuffisance d'actif n'affecte pas le recours de la caution, qu'il soit personnel ou subrogatoire[1842], d'autres sont plus tranchés et avancent que le recours de la caution est personnel et que ce recours naît du paiement effectué par la caution et non du contrat de cautionnement proprement dit[1843]. Le Doyen PH. SIMLER[1844] considère que l'action de la caution, dans cette hypothèse, « *ne peut être que le recours personnel prévu à l'article 2305* [du Code civil] *et le recours fondé sur la subrogation dans les droits du créancier, définitivement paralysés* ».

1837 Art. L. 643-11, 1° et 2° et L. 643-11-III et s. Pour une application : Cass. com., 13 novembre 2007, n° 06-14.372 : RJDA 3/2008, n° 308. S'agissant du dirigeant de la personne morale, les créanciers ne recouvrent leur droit de poursuite à son encontre que s'il a lui-même antérieurement fait l'objet d'une procédure de liquidation judiciaire avec clôture pour insuffisance d'actif ou a été dirigeant d'une personne morale dont la liquidation judiciaire a également été clôturée pour insuffisance de l'actif. *Cf.* : J.-P. LEGROS, note sous Cass. com., 16 janvier 2007, n° 05-16.235 : *Dr. sociétés*, juillet 2007, n° 135, p. 23 et s. V. aussi, Cass. com., 9 juin 1998 : *D. Aff.* 1998, p. 1129, obs. A. LIENHARD ; *JCP. E* 1998, n° 36, p. 1337.

1838 J. VALLANSAN, *Difficultés des entreprises*, 4ème éd. Litec - 2006, n° 501.

1839 30 mai 1989 : *Banque* 1989, p. 976, obs. J.-L. RIVES-LANGE.

1840 Il faut rappeler qu'avant la réforme de 1994 par la loi n°94-475 du 10 juin 1994 portant Prévention et traitement des difficultés des entreprises et son décret d'application n° 94-910, la caution ne recouvrait pas l'exercice de ses recours après la clôture pour insuffisance de l'actif.

1841 J.-P. DELVILLE, « Les incidences de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif sur le cautionnement », *JCP. G* 1996, *I, Doctr*., 3961, p. 357 et s. ; J.-J. FRAIMOUT, « La caution exerçant ses recours, un intrus dans la procédure collective du débiteur cautionné », *Gaz. Pal*. 2000, *Doctr.,* p. 1598 et s. ; M. BEHAR-TOUCHAIS, « Le banquier face à la défaillance du débiteur », *op. cit.*

1842 J.-P. DELVILLE, *op. cit., in fine*.

1843 J.-J. FRAIMOUT, *op. cit.,* p. 102.

1844 *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires, op. cit*., n° 578, p. 589, *in fine*.

Un récent arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation[1845] semble pourtant reconnaître une double nature, subrogatoire et personnelle, au recours de la caution à la suite de la clôture d'une procédure de liquidation judiciaire pour insuffisance de l'actif. Dans cette affaire, une banque avait, dans un intervalle de deux ans, accordé à un débiteur deux prêts ; un cautionnement fourni par une société en garantissait l'exécution. Le débiteur a été par la suite mis en redressement, puis en liquidation judiciaires. Le créancier qui avait procédé à la déclaration de sa créance à la procédure a actionné la caution. Celle-ci, après avoir désintéressé le créancier, sans déclarer la créance dont elle était désormais titulaire, s'est immédiatement retournée contre le débiteur sur le fondement de l'ancien article L. 622-32 du Code de commerce (actuel art. L. 643-11-II), la procédure ayant été clôturée pour insuffisance de l'actif. Les juges du fond ont accédé à sa demande en lui reconnaissant un recours subrogatoire ; le débiteur s'est alors pourvu en cassation.

Le moyen unique de son pourvoi comprenait deux branches. La première branche reprochait aux premiers juges la violation de la loi en reconnaissant à la caution la possibilité d'exercer un recours subrogatoire, alors, selon le pourvoi « *qu'en cas de clôture de la procédure collective pour insuffisance d'actif, la caution ne peut exercer qu'un recours personnel à l'encontre du débiteur* […] ». La seconde branche reprochait également aux juges du fond la méconnaissance de la loi, puisque même le recours personnel de la caution ne pouvait être exercé faute pour elle d'avoir déclaré sa créance à la procédure ; son action étant par conséquent prescrite. L'arrêt de rejet de la Cour répond clairement à ces questions en ouvrant une alternative à la caution. Selon la Cour : « […] *la caution qui a payé aux lieux et place du débiteur peut poursuivre celui-ci soit en exerçant un recours subrogatoire sous réserve que le créancier ait déclaré sa créance, soit en exerçant un recours personnel dès lors qu'elle a elle-même déclaré sa créance* ».

592. – La solution retenue par les juges suprêmes admet, de toute évidence, une double nature à l'action de la caution contre le débiteur principal en cas de clôture pour insuffisance d'actif ; mais la détermination effective de la nature du recours de la caution dépend des créances réellement déclarées à la procédure. Ainsi, le recours de la caution sera de nature subrogatoire lorsqu'elle aura désintéressé un créancier qui aurait lui-même

---

1845 Cass. com., 12 mai 2009, pourvoi n° 08-13.430, disponible sur : *http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambre_commerciale_financiere_economique_574/463_12_12686.html*

déclaré sa créance à la procédure ; en revanche, ce recours sera de nature personnelle lorsqu'elle aura désintéressé un créancier et qu'elle aurait elle-même déclaré sa créance à la procédure, indépendamment de la déclaration du créancier.

CONCLUSION DU CHAPITRE 2

593. – La disparition de la personnalité morale de la société, que ce soit à la suite d'une fusion ou d'une scission ou à la suite d'une procédure collective s'étant soldée par une liquidation judiciaire, entraîne des conséquences diverses sur le cautionnement. Dans le cas des fusions ou scissions de la société, débitrice ou créancière, le droit positif applique une même solution à la caution en limitant son engagement à la hauteur des dettes existant au jour de cette opération. Cette solution qui tolère quelques exceptions en cas de fraude de la caution ou de stipulation expresse malmène toutefois la dimension variable de la considération de la personne dans l'opération de cautionnement. En effet, parce que l'*intuitus personae* est d'intensité variable selon que l'on considère le débiteur principal ou le créancier, il aboutit nécessairement à des résultats différents. Dans ce sens, il est plus exact de dire que l'*intuitus personae* requiert une analyse casuistique, en fonction de son intensité dans la relation envisagée ou considérée.

De ce point de vue, l'impossibilité d'établir une règle générale doit être admise. *Il est donc souhaitable de distinguer l'hypothèse de la disparition de la société créancière de celle de la société débitrice*, dans la mesure où – cela a été assez dit – l'*intuitus personae* appelle une réponse nuancée, en fonction de la relation considérée. *Dans le premier cas, celui de la fusion de la société créancière bénéficiaire du cautionnement, il faut admettre la transmission de l'obligation de couverture de la caution ; tandis que dans le cas de la fusion de la société débitrice cautionnée, seule l'obligation de règlement doit être transmise*.

594. – Cette suggestion que nous formulons pourrait essuyer des critiques de ceux qui considèrent que l'*intuitus pesonae* comme critère de transmission des contrats dans les fusions « *manque de réalisme* », « *d'efficience* » et « *de cohérence* »[1846]. Mais pareilles critiques omettent que l'*intuitus personae* est une notion à contenu évanescent ; c'est une notion fuyante et variable et cette variabilité déteint sur la relation contractuelle considérée, ici le cautionnement. Il ne peut, par conséquent, en résulter aucune application rectiligne ou mécanique ; *en revanche,* ***une application uniforme dans la relativité de cette notion reste, elle, bien possible et serait même la seule application pragmatique***.

595. – Ce pragmatisme a conduit le législateur, à la faveur des dernières réformes du droit des entreprises en difficulté, à ajuster le sort de la caution à la réalité des difficultés de l'entreprise et surtout aux solutions préconisées en vue de sa sauvegarde ou de son redressement. Prenant en compte la qualité de la personne de la caution, c'est-à-dire en réalité l'intensité du lien qui unit la caution à la société débitrice, le législateur a aménagé favorablement le sort de la caution lorsque les difficultés de la société garantie peuvent encore se résoudre par voie conventionnelle.

Ces mesures de faveurs sont, en revanche, exclues lorsque le débiteur fait face aux procédures collectives judiciaires. Illustrative de cette orientation du législateur et du droit positif est la solution retenue en matière de déchéance du terme. Dans le redressement judiciaire, la Cour de cassation répute non écrite la clause du contrat de cautionnement qui prévoit la déchéance du terme à l'égard de la caution. Dans le même temps, elle reconnaît la possibilité d'étendre, à titre dérogatoire et conventionnel, la déchéance du terme encourue par le débiteur, en raison de la liquidation judiciaire.

596. – Même si cette double solution peut sembler, *a priori*, paradoxale, elle n'est pas moins arrimée à la gravité des difficultés que connaît l'entreprise. C'est que le redressement judiciaire est une situation moins dramatique pour la société que la liquidation judiciaire, puisque la société peut encore y être redressée. Plus encore, le redressement judiciaire s'accompagnant de la suspension des poursuites individuelles pour toutes les créances ayant une origine antérieure au jugement d'ouverture, rien

1846 C'est la position soutenue notamment par M. DUBERTRET, « L'*intuitus personae* dans les fusions », *op. cit*., n° 65 et s.

n'expliquerait qu'une stipulation contractuelle puisse permettre de poursuivre la caution en réputant échues les créances qui ne le sont pas à l'égard du débiteur.

Il en va autrement dans la liquidation judiciaire où le débiteur subit la déchéance des dettes non échues. Admettre dans ce cas la déchéance conventionnelle des dettes non échues n'aggrave pas la situation de la caution mais l'ajuste à la situation du débiteur principal. Aussi, M. P. CROCQ[1847] a-t-il alors observé que « *le caractère accessoire du cautionnement ne présente un caractère impératif qu'à l'égard des stipulations contractuelles qui placeraient la caution dans une situation plus rigoureuse que celle du débiteur principal alors qu'il s'accommode des stipulations qui rendent son engagement moins étendu* ».

[1847] « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *op. cit.*, n° 20.

CONCLUSION DE LA SECONDE PARTIE

La survenance des circonstances extérieures au rapport contractuel perturbe l'équilibre du cautionnement donné à une société et ruine son économie. La recherche du rétablissement de cet équilibre doit se faire à la lumière du caractère* intuitu personae *de l'engagement de la caution et à la mesure de la relativité de ce caractère.

597. – Entre le moment où la caution s'engage comme caution et le dénouement de ce cautionnement, différentes circonstances extérieures à ce contrat peuvent survenir et modifier l'équilibre initial de la convention. Cette perturbation de l'équilibre contractuel du cautionnement permet de confronter au moins deux logiques différentes : celle du droit des sociétés, d'abord, qui, face à ses mutations, profondes ou superficielles, tend vers le maintien de la garantie en vue de l'aboutissement de la restructuration envisagée et d'assurer ainsi la survie de la société ; celle de l'obligation *intuitu personae*, ensuite, qui, face à la modification du rapport contractuel, permet la libération de la caution.

598. – Affectant d'abord la caution, la survenance de ces circonstances se traduit par la perte par celle-ci de son statut initial ou originaire. Concernant le dirigeant social, la survenance de ces circonstances se traduit par sa révocation et la perte consécutive de son statut. Dans d'autres cas, la perte de ce statut est la conséquence logique de la cession de ses titres sociaux et son retrait de la société, au même titre que l'associé retrayant. Quant au conjoint engagé aux côtés de son époux et en soutien à celui-ci, dirigeant ou associé de la société, son statut se perd suite à l'anéantissement du lien conjugal. Toutes ces

circonstances ne sont pas prises en compte par le droit positif ; et, en dépit de leur survenance, la caution, bien qu'ayant perdu son statut, reste bien tenue de son engagement. Cette solution qui fait la part belle à la force obligatoire des engagements, invite à prendre toute la mesure de la considération de la personne qui innerve le cautionnement donné à une société, spécifiquement l'alchimie qui opère entre la caution et le débiteur, en vue d'un rééquilibre du rapport contractuel dans un sens moins pénalisant pour la caution.

Aussi, *toute évolution vers la perte par la caution de son statut initial doit-t-elle être arrimée à son désengagement progressif*, sans toutefois que le créancier bénéficiaire de la garantie en soit privé. L'insertion d'une clause de substitution de caution dans le contrat de cautionnement, même par acte séparé, et la prise en compte de la pleine mesure de l'économie de ce contrat peuvent permettre de retrouver un nouvel équilibre qui satisfasse toutes les parties. Car, la jurisprudence ne tire pas l'ensemble des conséquences de son analyse de la cause de l'engagement de la caution. L'atavisme de cette position contraste avec la remarquable évolution qu'elle a amorcée lorsque la caution décède. Sans doute, faut-il expliquer cette évolution par l'existence d'un corpus de règles relatif au droit successoral, auquel il faut ajouter d'importantes contributions doctrinales.

599. – Affectant ensuite la personnalité de la société débitrice cautionnée ou créancière bénéficiaire de la garantie, le droit positif oriente l'évolution du sort de la caution vers une même finalité : la survie de l'activité sociale. Ainsi, lorsque la personnalité morale de la société n'est pas affectée, l'équilibre contractuel initial est préservé et l'accent est mis sur la fonction de garantie du cautionnement. La question de l'apport partiel d'actif, placé sous le régime des scissions, permet de montrer que cet équilibre, au regard de la théorie du patrimoine, est passablement perturbé et que, à côté de l'interprétation jurisprudentielle des dispositions légales, une autre analyse peut être menée.

Cette question de l'apport partiel d'actif est annonciatrice des difficultés qui apparaissent lorsque la personnalité morale est affectée ou disparaît. Sous réserve de la logique particulière du droit des procédures collectives qui aménage particulièrement le sort de la caution, le régime uniforme auquel est soumis le cautionnement lorsque disparaissent les sociétés créancière ou débitrice dans les fusions, est loin d'être satisfaisant. Dans ce sens, il faut rappeler qu'en tant que solution, l'uniformité, en dépit de ses attraits apparents ou supposés, n'est pas gage d'une solution juridiquement

satisfaisante. Il faut donc un examen différencié de la disparition de la personnalité morale de la société débitrice d'avec l'extinction de la personnalité de la société créancière.

CONCLUSION GENERALE

600. – Au terme de cette étude, la tentation de déconseiller l'engagement comme caution des dettes d'une société est grande. Cette tentation est d'autant plus grande que *Le Livre des Proverbes* déconseille pareil engagement : « *Est court de sens qui tope dans la main et pour son prochain se porte garant*[1848]. » Toutefois, céder à cette tentation serait certainement un aveu d'échec et, sans doute, une preuve que cet ouvrage n'a pas atteint son objectif. D'ailleurs, comment s'abandonner à cette incitation au regard de l'importance de l'engagement d'une personne comme caution des engagements d'une société ? La mythologie nous permet de comprendre que les sûretés précédent l'obligation : « *Avant le contrat, il y a* […] *eu le crédit et il ne peut y avoir de crédit que s'il y a une sûreté : sans*

[1848] *La Bible de Jérusalem*, Chap. 17, verset 18. L'expression de ce verset dans *La Sainte Bible*, trad. L. SECOND, est encore plus nette : « *L'homme dépourvu de sens prend des engagements, il cautionne son prochain*. »

sûreté, pas de crédit, sans crédit, pas de contrat[1849]. » Ainsi, sans cautionnement, la société ne peut obtenir de crédit et sans ce crédit, elle ne peut davantage mener ses projet à terme. « *L'écriture,* souligne M. P. LE CANNU, *est l'une des formes du combat contre le temps* »[1850] et le juriste défend toujours une cause, dans la mesure où, « *dans toutes ses démarches,* [il] *tend toujours vers une même fin : l'exacte appréhension du phénomène juridique* »[1851]. Cette étude a-t-elle permis d'appréhender la problématique du *cautionnement donné à une société* ? Le combat contre les temps actuels qui ne prennent pas toujours toute la mesure des phénomènes – dont le cautionnement donné à une société en constitue assurément un – est-il gagné ? Nous pensons répondre à cette double interrogation par l'affirmative.

601. – L'étude du *cautionnement donné à une société* a permis de dévoiler une approche rigide du droit ; une conception de celui-ci comme un ensemble de règles « *en attente d'application* »[1852]. C'est cette vision du droit qui explique, à notre sens, que jusqu'alors, *le cautionnement donné à une société* ait toujours été envisagé comme un cautionnement « tout simplement », plutôt que comme un contrat ayant des caractéristiques propres. Les conséquences de cette conception disciplinaire du droit se mesurent à l'absence de contours et de relief du cautionnement donné à une société, à l'abondance du contentieux que suscite cette opération et aux solutions pas toujours cohérentes retenues en droit positif. Or, le droit n'est pas qu'un ensemble de règles posées et effectives, puisque, précisément, il faut en apprécier le contenu et la portée à travers diverses questions juridiques soulevées par l'objet de ce droit[1853] ; et *le cautionnement donné à une société* n'est pas un simple cautionnement, mais est un cautionnement bien spécifique. C'est, en définitive, « ***un contrat doublement spécial*** ».

[1849] PH. MALAURIE, « La mythologie et le droit », *Defrénois* 2003, Art. n° 37788, p. 951 et s., spéc., n° 8. L'auteur s'appuie du une scène de l'*Odyssée* d'Homère (VIII, 305 et s.). – *Rappr.* : PH. THERY, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. & Patr.* 2001, n° 92, p. 53 : « *Si on ne prête qu'aux riches […], n'est-ce pas que dans la psychologie du créancier, la garantie vient avant la créance ?* ».

[1850] *In* Préface de *Droit des sociétés*, *op. cit*.

[1851] P. DURAND, « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé », *op. cit*., p. 73.

[1852] CH. ATIAS, « Crise de la motivation judiciaire ? », disponible sur : http://courdecassation.droit-in-situ.net/ECU/index.php?cnf=35&int=ca35&tc=0&tcPlan=0

[1853] CH. ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, *op. cit*., p. 10 et s.

602. – Première dimension de contrat spécial : *le cautionnement donné à une société est un cautionnement*. *Le cautionnement donné à une société* est – et reste – d'abord un contrat spécial, comme tout cautionnement. La doctrine qualifie, en effet, de spécial tout contrat d'usage « *fréquent* »[1854] dont le régime « *dépend soit des seules règles issues de la théorie générale des obligations, soit, pour partie au moins, des règles propres qui tiennent à* [sa] *nature juridique* »[1855]. Sont souvent étudiés comme contrats spéciaux, la vente, le bail, le mandat, le dépôt, le louage d'ouvrage[1856] ; généralement, le cautionnement n'est pas étudié comme contrat spécial. Sans doute, cette exclusion du cautionnement doit-elle être expliquée par le fait que les contrats spéciaux désignent « *les contrats nommés du Code civil qui n'ont pas suscité création d'une discipline distincte* »[1857]. Pour autant, le cautionnement ne reste pas moins un contrat spécial de droit privé ; son étude est simplement écartée de celle, plus générale, des contrats ordinairement présentés comme spéciaux, en raison de sa spécificité qui ne permet pas sa présentation séparée de la matière à laquelle il appartient[1858]. Ainsi, le cautionnement est bien un contrat spécial, mais dont l'étude n'est envisagée que dans le cadre d'une discipline distincte : le droit des garanties. La première dimension de contrat spécial du *cautionnement donné à une société* trouve là sa justification. En effet, le cautionnement donné comme sûreté d'exécution des engagements d'une société est d'abord un cautionnement : sa définition est celle qu'énonce l'article 2288 du Code civil ; il est régi par les articles 2288 à 2320 du Code civil ; enfin, comme tout contrat de cautionnement, il obéit aux mêmes dispositions générales du droit commun des contrats. Mais le cautionnement donné à une société s'en démarque sitôt pour affirmer ses contours, lesquels lui confèrent sa seconde dimension de contrat spécial.

603. – Seconde dimension de contrat spécial : *le cautionnement donné à une société n'est pas un contrat désincarné*. Le contrat spécial est aussi reconnaissable à son régime composite : le contrat est régi par une série de dispositions prévues par un Code ou tout autre texte ; mais y sont aussi pris en compte « *les nombreuses interventions législatives*

1854 PH. COLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *op. cit*., n° 2.

1855 B. GROSS et PH. BIHR, *Contrats – Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2ème éd. PUF – 2002, Coll. Thémis, n° 1.

1856 *Ibid*., n° 15 et s. ; J. HUET, *Traité de droit civil, Les principaux contrats*, sous la Direction de J. GHESTIN, 2ème éd. L.G.D.J. 2001, n° 18 et s. ; P.-H ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil – Contrats spéciaux*, 4ème éd. Lexis-Nexis Litec – 2004, n° 14 et s. ; PH. COLART DUTILLEUL et PH. DELEBECQUE, *op. cit*., n° 34.

1857 P.-H ANTONMATTEI et J. RAYNARD*, op. cit*., n° 5, p. 5 (*in fine*).

1858 B. GROSS et PH. BIHR, *op. cit*., n° 14.

[…], *les apports considérables de la jurisprudence et la créativité de la pratique* »[1859]. Outre ce régime composite, le contrat spécial est identifiable à son objet, à sa singularité : « [Le droit des contrats spéciaux] *s'attache aux particularités des conventions, envisagées une par une. La matière est concrète, diverse, adaptée à chaque objet, fonction des circonstances, terre à terre*.[1860] » La seconde dimension de contrat spécial du cautionnement donné à une société se trouve ainsi justifiée. *Le cautionnement donné à une société* n'est donc pas un contrat désincarné ; au contraire, sa fonction de garantie des engagements d'une société lui donne une véritable identité.

604. – Le cautionnement donné à une société présente, en effet, des caractéristiques propres qui permettent de le distinguer du cautionnement qui garantit des engagements autres que ceux d'une société. Il est ainsi possible de retenir que *le cautionnement donné à une société est l'engagement que prennent certaines personnes (dirigeant social, associé, conjoint, société appartenant à un même groupe social ou liée à la société débitrice par une communauté d'intérêts) de garantir l'exécution des engagements d'une société envers ses partenaires, ceci en vue de faciliter la bonne marche des affaires de la société débitrice cautionnée.* De cet engagement se forme une relation contractuelle autour de trois personnes que sont la société débitrice cautionnée, la société créancière bénéficiaire du cautionnement et la caution. Cette relation contractuelle se fonde et repose sur des considérations réciproques, mais différentes de chacune de ces trois personnes envers les autres : le contrat ainsi formé est dès lors un contrat *intuitu personae*.

Garantissant les engagements d'une société, l'engagement pris par la caution va logiquement couvrir des engagements divers et parfois très lourds, à l'image des activités déployées par une société. Cette réalité propre aux sociétés explique et justifie que le cautionnement donné à une société soit affranchi de certaines règles protectrices, propres au droit de la consommation, dans la mesure où les finalités ne sont pas les mêmes : le cautionnement donné à une société revêt un intérêt tout particulier pour la société, il vient soutenir l'activité de la société et en constitue l'indépassable accessoire ; au contraire le cautionnement d'un banal prêt à la consommation assure le remboursement immédiat au professionnel. Aussi, faut-il partir de sa finalité et de son affectation comme garantie des engagements d'une société pour rechercher la nature du *cautionnement donné à une*

1859 *Ibid*., n° 1, p. 1 et 2.
1860 J. HUET, *op. cit*., n° 6.

société. Comment ? En abandonnant purement et simplement le « vrai-faux » critère jurisprudentiel de l'intérêt personnel, par ailleurs présenté comme la cause de l'engagement de la caution, pour déduire la nature de cette sûreté en retenant l'activité comme critère déterminant de la commercialité. Ainsi, à partir de la conception objective de la règle de l'accessoire qui permet de rattacher la nature de l'acte accessoire à celle de l'acte principal, indépendamment de la qualité de son auteur, le cautionnement donné va emprunter la nature de l'acte dont il est l'accessoire. Le début du XXème siècle en a donné quelques applications[1861].

605. – Le cautionnement donné à une société a aussi un régime propre. Sa destination de garantie des dettes d'une société appelle à elle seule la prise en compte des règles du droit des sociétés. Sur ce point, le régime du *cautionnement donné à une société* se dessine et s'affirme par l'assouplissement nécessaire de certains principes du droit des sociétés. Une meilleure considération de la règle de l'unanimité ou son usage alternatif et non cumulatif avec l'exigence d'une communauté d'intérêts, par exemple, peuvent permettre de sauver des cautionnements donnés par des sociétés. Plus généralement, le régime de cette garantie apparaît progressivement, à la lumière de son particularisme, chacune de ses caractéristiques influençant par petites touches certaines règles bien établies, en fonction des circonstances extérieures au rapport contractuel et dont la prise en compte apparaît inévitable, car *de cette prise en compte dépend la pérennité de cette opération*. « *La nature des choses implique en effet que des règles spéciales soient établies dès que les affaires apparaissent* »[1862] ; les affaires ont un ordre et elles nécessitent des règles qui éliminent l'insécurité et instaurent une pacification des conflits[1863]. Le régime du cautionnement donné à une société passe ainsi par l'application indifférenciée des mêmes règles à toutes les personnes susceptibles de donner cette garantie. La sûreté en sortira nécessairement plus renforcée. « *La réalité*, écrit HAMEL, *c'est que nous voyons s'organiser tout un domaine d'opérations juridiques qui relèvent de la vie des affaires et qui, pratiquées par un commerçant ou par un non commerçant, doivent être régies par des règles uniques qui leurs sont propres, s'inspirant de principes communs et tendant à une fin commune*.[1864] »

1861 J. HAMEL, « Droit civil et droit commercial en 1950 », *in Etudes à G. RIPERT*, L.G.D.J. 1950, T. 2, p. 261 et s., spéc., p. 266.
1862 B. MERCADAL, « Le droit des affaires : pourquoi ? », *JCP. G*. 1985, *I, Doctr*., 3182.
1863 *Ibid*.
1864 « Droit civil et droit commercial en 1950 », *op. cit*., p. 269.

606. – A la lumière de tout ceci, il faut finalement retenir que la constitution d'un cautionnement comme garantie des engagements d'une société en fait un « ***contrat spécial-spécial du droit des affaires*** », dans la mesure où le droit des affaires se caractérise par sa souplesse et son « *internormativité* »[1865]. D'aucuns préféreraient, sans doute, la qualification de contrat *sui generis*. Cela serait aussi juste, puisque cette qualification présente l'intérêt de laisser à l'interprète une grande latitude pour préciser le régime du contrat considéré[1866]. Toutefois, bien que le cautionnement donné à une société soit un contrat très vivant, continuellement enrichi par les évolutions légales, par les apports de la jurisprudence et la créativité de la pratique, comme tout contrat spécial[1867], nous repoussons la qualification de contrat *sui generis* – et pas pour éviter le reproche d'un « *refus de qualification* »[1868] –, mais bien parce que la qualification de « *contrat spécial-spécial* » nous paraît plus juste : elle reflète la réalité de l'opération du cautionnement donné à une société. Nous pensons l'avoir démontrée tout au long de cette étude. C'est aussi là une certaine vision du droit.

1865 B. OPPETIT, « Ethique et vie des affaires », *op. cit*., p. 318.
1866 B. GROSS et PH. BIHR, *op. cit*., n° 9, p. 10.
1867 *Ibid*., n° 1, p. 2.
1868 PH. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER, «*Les contrats spéciaux* », 4ème éd. Defrénois - 2009, n° 19.

BIBLIOGRAPHIE

I. – TRAITES, MANUELS ET OUVRAGES GENERAUX

● **D. ALLAND** et **S. RIALS** (sous la direction), *Dictionnaire de la culture juridique*, Quadrige / Lamy-PUF - 2007.

● **P.-H ANTONMATTEI** et **J. RAYNARD**, *Droit civil – Contrats spéciaux*, 4ème éd. Lexis-Nexis Litec - 2004.

● **J.-L. AUBERT**, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 11ème éd. Sirey - 2006.

● **C. AUBRY** et **C. RAU**, *Cours de droit civil français*, d'après la méthode de Zacharie, 6ème vol., 4ème éd., Paris - 1873.

● **L. AYNES** et **P.CROCQ**, *Les sûretés et la publicité foncière,* 3ème éd. Défénois - 2008.

● **G. BAUDRY-LACANTINERIE** et **L. BARDE**, *Traité théorique et pratique de droit civil – Des obligations*, Tome 1, 3ème éd. L. Larosse & L. Tenin : Sirey - 1906.

● **J. BONNARD**, *Droit des assurances*, 2ème éd. LexisNexis Litec - 2007.

● **TH. BONNEAU**, *Droit bancaire*, 8ème éd. Montchrestien - 2009.

● **Y. BUFFELAN-LANORE**, *Droit civil*, Première année, 13ème éd. Armand colin - 2003.

● **Y. BUFFELAN-LANORE**, **V. LARRIBAU-TERNEYRE**, *Droit civil*, Deuxième année, 11ème éd. Sirey - 2008, Coll. « Université ».

● **M. CABRILLAC, CH. MOULY, S. CABRILLAC** et **PH. PETEL**, *Droit des sûretés*, 8ème éd. LexisNexis Litec - 2007.

● **J. CALAIS-AULOY** et **F. STEINMETZ**, *Droit de la consommation*, Précis, 7ème éd. Dalloz 2006.

● **J. CARBONNIER** :

- *Droit civil, Volume 1, Introduction - Les personnes - La famille – L'enfant – Le couple*, 1ère éd. Coll. Quadrige / PUF - 2004.

- *Droit civil, Volume 2, Les biens - Les obligations*, 1ère éd. Coll. Quadrige / PUF - 2004.

● **J. CHARLIN, W. DROSS, M. DURRLEMAN**, *Dictionnaire de droit patrimonial de la famille* (Dir. **J.-P. SCARANO**), éd. Ellipse - 2008.

● **PH. COLART DUTILLEUL** et **PH. DELEBECQUE**, *Contrats civils et commerciaux,* Précis, 8ème éd. Dalloz - 2007.

● **G. CORNU** (Association Henri Capitant), *Vocabulaire juridique*, 8ème éd. Puf – 2008.

● **M. COZIAN**, **FL. DEBOISSY**, *Précis de fiscalité des entreprises*, 33ème éd. LexisNexis Litec - 2009-2010.

● **M. COZIAN, A. VIANDIER, FL. DEBOISSY**, *Droit des sociétés*, 22ème éd. LexisNexis Litec - 2009.

● **DELAMARRE** et **LE POITEVIN**, *Traité théorique et pratique de droit commercial,* 5 vol., Paris - 1861.

● **CH. DE LAUZAINGHEIN, J.-L. NAVARRO, D. NECHELIS**, *Droit comptable*, 3ème éd. Dalloz, 2004.

● **P. DIDIER**, *Droit commercial, Tome 2, L'entreprise en société – Les groupes de sociétés*, 3ème éd., PUF - 1999, Coll. Thémis.

● **F. DOUET**, *Précis de fiscalité des assurances et des indemnités*, LexisNexis Litec 2009.

● **J. ESCARRA**, *Cours de droit commercial*, 2ème éd. Sirey - 1952.

● **J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX**, *Droit civil, Les obligations, l'acte juridique*, 12 éd. Sirey - 2006.

● **M. DE JUGLART** et **B. IPPOLITO**, *Droit commercial*, par E. DU PONTAVICE et J. DUPICHOT, Premier volume, 3ème éd. Montchrestien - 1979.

● **CH. GAVALDA, J. STOUFFLET**, *Droit bancaire*, 7ème éd. Litec - 2008.

● **P. GARNIER**, *Comptabilité commerciale, comptabilité générale*, éd. *Dunod* - 1959.

● **J.GHESTIN**, *Traité de doit civil – La formation du contrat*, 3ème éd. L.G.D.J. - 1993.

● **J. GHESTIN, M. BILLIAU, G. LOISEAU**, *Traité de droit civil – Le régime des créances et des dettes*, L.G.D.J. - 2005.

● **M. GRIMALDI**, *Droit civil – Successions*, 6ème éd. Litec - 2001.

● **B. GROSS** et **PH. BIHR**, *Contrats – Ventes civiles et commerciales, baux d'habitation, baux commerciaux*, 2ème éd. PUF – 2002, Coll. Thémis.

● **F. GUERCHOUN**, *Pratique du cautionnement et autres sûretés personnelles*, 1ère éd. Delmas, 2008.

● **L. GUILLOUARD**, *Traités du cautionnement et des transactions*, 2ème éd. A. Durand et Pédone-Lauriel, Paris - 1895.

● **Y. GUYON** :

- *Droit des affaires, Tome 1*, 11ème éd. Economica - 2001.

- *Droit des affaires, Tome 2 – Entreprises en difficultés – Redressement judiciaire – Faillite*, 9ème éd. Economica - 2003.

- *Traité des contrats – Les sociétés - Aménagements statutaires et conventions entre associés*, 5ème éd. L.G.D.J. - 2002, Dir. J. GHESTIN.

● **J. HUET**, *Traité de droit civil, Les principaux contrats*, sous la Direction de J. GHESTIN, 2ème éd. L.G.D.J. 2001.

● **E. JEULAND**, *Droit processuel*, L.G.D.J. – 2007.

● **D. KRAJESKI**, *Droit des assurances*, éd. Montchrestien - 2004, Coll. focus droit.

● **P. LE CANNU**, *Droit des sociétés*, 2ème éd. Domat-Montchrestien - 2003.

● **D. LEGEAIS**, *Sûretés et garanties du crédit*, 6ème éd. L.G.D.J. - 2008.

● **F.-X. LUCAS**, Le *Droit des affaires*, PUF - 2005, Coll. Que sais-je ?

● **PH. MALAURIE, L. AYNES** et **PH. STOFFEL-MUNCK**, *Les obligations*, 3ème éd. Défrénois - 2007.

● **PH. MALAURIE, L. AYNES, P.-Y. GAUTIER**, «*Les contrats spéciaux* », 4ème éd. Defrénois – 2009.

● **PH. MALINVAUD**, *Droit des obligations*, 10ème éd. LexisNexis Litec - 2007.

● **G. MARTY, P. RAYNAUD et PH. JESTAZ**, *Les sûretés – La publicité foncière*, 2ème éd. Sirey - 1987.

● **H, L & J. MAZEAUD,** par **F. CHABAS** :

- *Leçons de droit civil, Tome II/ Premier volume, Obligations – Théorie générale, 9ème éd.* Montchrestien - 1998.

- *Leçons de droit civil, Tome I/Premier volume, Introduction au droit*, 10ème éd. Montchrestien - 1991.

● **H, L & J. MAZEAUD, F. CHABAS,** par **F. LAROCHE,** *Leçons de droit civil, Tome I/ Deuxième volume, Les personnes, 8ème éd.* Montchrestien - 1997.

● **H, L & J. MAZEAUD, F. CHABAS,** par **Y. PICOD**, *Leçons de droit civil, Tome III/ Premier volume, Sûretés – Publicité foncière*, 7ème éd. Montchrestien - 1999.

● **B. MERCADAL**, *Droit des affaires – contrats et droits de l'entreprise, Mémento pratique F. Lefebvre* - 2006.

● **PH. MERLE** (avec la collaboration de **A. FAUCHON**), *Droit commercial – Sociétés commerciales*, 13ème éd. Précis-Dalloz - 2009.

● **J. MESTRE** et **M.-E. PANCRAZI**, *Droit commercial*, 26ème éd. L.G.D.J. - 2003.

● **Y. PICOD**, *Droit des sûretés*, 1ère éd. PUF, Coll. Thémis droit - 2008.

● **S. PIEDELIEVRE** :

- *Droit des sûretés*, éd. Ellipses - 2008.

- *Droit de la consommation*, éd. Economica, Coll. Corpus – 2008.

- *Les sûretés*, 4ème éd. Armand colin - 2004.

- *Droit bancaire*, PUF - 2003.

● **M. PLANIOL** et **G. RIPERT**, *Traité pratique de droit civil français, T. 7, Obligations*, 2ème partie, L.G.D.J. 1931, avec le concours de P. ESMEIN, J. RADOUANT et G. GABOLDE.

● **Y. REINHARD** et **S. THOMASSET-PIERRE**, *Droit commercial*, 7ème éd. LexisNexis-Litec 2008.

● **G. RIPERT** et **R. ROBLOT**, par **L. VOGEL,** *Traité de droit commerciale – Commerçants – Tribunaux de commerce – Fonds de commerce – Propriété industrielle - Concurrence*, T. 1, Vol. 1, 18ème éd. L.G.D.J. - 2001.

● **G. RIPERT** et **R. ROBLOT**, par **M. GERMAIN** avec le concours de **V. MAGNIER**, *Traité de droit commerciale - Les sociétés commerciales*, T. 1, Vol. 2, 19ème éd. L.G.D.J. - 2009.

● **J.-L. RIVES-LANGES** et **M. CONTAMINE RAYNAUD**, *Droit bancaire*, 6ème éd., Dalloz - 1995.

● **H. ROLAND** et **L. BOYER,** *Adages du droit français*, 4ème éd. Litec - 1999.

● **R. ROUTIER**, *Obligations et responsabilités du banquier*, 2ème éd. Dalloz - 2008.

● **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, *Droit des entreprises en difficulté*, 5ème éd. Montchrestien – 2006.

● **B. SAINTOURENS**, (Sous la Direction) *Annales Droit des affaires et Droit commercial*, éd. Dalloz 2009.

● **PH. SIMLER**, *Cautionnement – Garanties autonomes – Garanties indemnitaires*, 4ème éd. LexisNexis Litec - 2008.

● **PH. SIMLER** et **PH. DELEBECQUE**, *Droit civil, les sûretés et la publicité foncière*, Précis, 5ème éd. Dalloz - 2009.

● **B. STARCK, H. ROLAND** ET **L. BOYER**, *Droit civil – Les obligations – 2 – Contrat*, 6ème éd. Litec - 1998.

● **F. TERRE** et **PH. SIMLER,** *Droit civil – Les régimes matrimoniaux***,** Précis, 5ème éd. Dalloz - 2008.

● **F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE**, *Droit civil – Les obligations*, Précis, 10ème éd. Dalloz - 2009.

● **PH. THERY**, *Sûretés et publicité foncière*, 2ème éd. PUF - 1988.

● **R.-T. TROPLONG**, *Le droit civil expliqué suivant l'ordre du Code, depuis et y compris le titre de la vente – Du cautionnement et des transactions*, Tome XIVème éd. Paris 1846, Charles Hingray – Libraire-éditeur.

● **J. VALLANSAN**, *Difficultés des entreprises*, 4ème éd. Litec - 2006.

II. – OUVRAGES SPECIAUX, THESES, MONOGRAPHIES ET OPUSCULES

● **P. ANCEL,** *Le cautionnement des dettes de l'entreprise*, Dalloz - 1989, Coll. Réussir en affaires.

● **J. ANTOINE**, *Lexique thématique de la comptabilité – Dictionnaire spécialisé explicatif*, 8ème éd. De Boeck - 2008.

● **CH. ATIAS**, *Théorie contre arbitraire*, PUF – 1987, Coll. « Les voies du droit ».

● **J.-L. AUBERT**, *Notion et rôles de l'offre et de l'acceptation dans la formation du contrat*, L.G.D.J. - 1970, Tome 109, Préf. J. FLOUR.

● **L. AYNES** :

- *Le cautionnement*, 2ème éd. Dalloz - 1997, coll. Connaissance du droit.

- *La cession de contrat et les opérations juridiques à trois personnes*, Economica - 1984, Préf. PH. MALAURIE.

● **J. BASTIN**, *Le paiement de la dette d'autrui, la caution, la garantie, les fonds de garantie etc.*, L.G.D.J. - 1999.

● **M. BEHAR-TOUCHAIS**, *Le décès du contractant*, Economica - 1988, Coll. Droit privé, Préf. G. CHAMPENOIS.

● **A. BENABENT**, *La chance et le droit*, L.G.D.J. - 1973, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 128, Préf. J. CARBONNIER.

● **M. BILLIAU**, *La transmission des créances et des dettes*, L.G.D.J. - 2002, Coll. Droit des affaires.

● **H. CAPITANT**, *De la cause des obligations*, Librairie Dalloz - 1923.

● **J. CARBONNIER**, *Flexible droit*, 10ème éd. L.G.D.J. - 2001.

● **N. CATALA**, *La nature juridique du payement*, L.G.D.J. - 1961, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 25, Préf. J. CARBONNIER.

● **A. CERLES** (avec la collaboration de P. BOUTEILLER), *Le cautionnement et la banque*, 2ème éd., Revu banque - 2008.

● **A. CHIREZ**, *De la confiance en droit contractuel*, Thèse, Université de Nice Sophia-Antipolis, 1977.

● **D. COM,** *L'étendue du cautionnement*, P.U.A.M. - 1999, Préf. J. MESTRE.

● **A. COMTE-SPONVILLE**, *Le capitalisme est-il moral ?*, éd. Albin Michel, 2004.

● **M. CONTAMINE-RAYNAUD**, *L'intuitus personae dans les contrats*, Thèse dactyl. Paris V, 1974.

● **J.-COPPER-ROYER**, *De la fusion des sociétés*, éd. *Dalloz* - 1933.

● **M.-L. COQUELET**, *La transmission universelle de patrimoine en droit des sociétés*, Thèse dactyl. Université Paris X-Nanterre, 1994.

● **G. DAMY**, *Les aspects juridiques des fusions et acquisitions bancaires et européennes*, Bibliothèque de droit de l'entreprise et Litec - 2005, Préf. GILLES.-J. MARTIN.

● **Y. DEREU**, *La responsabilité des associés dans les sociétés civiles,* Thèse dactyl. Université de Nancy 2, 1977.

● **J.-P. DESCHANEL**, *Droit bancaire – L'activité bancaire*, éd. Dalloz 1997, Coll. Connaissance du droit.

● **J. DEVEZE, A. COURET, G. HIRIGOYEN**, *Lamy droit du financement*, 2009.

● **TH. DUBAELE**, « Actes de commerce », *Rep. com. Dalloz*.

● **J. J.- DUPEYROUX**, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, L.G.D.J – 1955.

● **PH. DUPICHOT**, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, éd. Panthéon Assas – 2005, Préf. M. GRIMALDI.

● **L. FIN-LANGER**, *L'Equilibre contractuel*, L.G.D.J. – 2002, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 366, Préf. C. THIBIERGE.

● **F. GENY**, *Science et technique en droit privé positif*, T. III, Librairie du Recueil Sirey - 1921.

● **E. GEORGES**, *Essai de généralisation d'un droit de retrait dans la société anonyme*, L.G.D.J. - 2005, Coll. de la Faculté de droit et des sciences sociales, Université de Poitiers, Préf. J.-J. DAIGRE.

● **S. GJIDARA**, *L'endettement et le droit privé*, L.G.D.J. - 1999, Coll. bibliothèque de droit privé, Tome 316, Préf. A. GHOZI.

● **G. GOUBEAUX**, *La règle de l'accessoire en droit privé*, L.G.D.J. - 1969, Tome 93, Préf. D. TALLON.

● **D. GRIMAUD**, *Le caractère accessoire du cautionnement*, P.U.A.M. - 2001, Préf. D. LEGEAIS.

● **F. GRUA**, *L'acte gratuit en droit commercial*, Thèse dactyl., Paris 1, 1978.

● **D. HIEZ**, *Etude critique de la notion de patrimoine en droit privé actuel*, L.G.D.J. - 2003, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome. 399, Préf. PH. JESTAZ.

● **C. HOUIN-BRESSAND**, *Les contre-garanties*, éd. Dalloz 2006, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, vol. 54, préf. H. SYNVET.

● **F. JACOB**, *Le constitut ou l'engagement de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, L.G.D.J - 1998, Tome 294, Préf. PH. SIMLER.

● **L. JOSSERAND**, *L'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus de droit*, 2ème éd. Librairie Dalloz - 1939.

● **B. LENFANT**, *Le domaine du cautionnement en droit commercial*, Thèse dactyl., Université de Paris, 1959.

● **J. MESTRE**, *La subrogation personnelle*, L.G.D.J. 1979, Tome 160, Préf. J. Kayser.

● **N. MORELLI**, *La portée de la transmission universelle de patrimoine dans les opérations de restructuration*, Thèse, Université de Nice Sophia-Antipolis, 2005.

● **CH. MOULY**, *Les causes d'extinction du cautionnement*, Librairies techniques - 1979, Préf. M. CABRILLAC.

● **PH. MOZAS**, *La notion de dette en droit privé*, Thèse dactyl. Bordeaux IV, 1996.

● **S. PELLE**, *La notion d'interdépendance contractuelle – Contribution à l'étude des ensembles de contrats*, éd. Dalloz 2007, Coll. Nouvelle bibliothèque des thèses, Préf. J. FOYER et M.-LUCE DEMESTER.

● **G. PETIT-DUTAILLIS**, *Le risque de crédit bancaire*, éd. Banque - 1981.

● **J.-E. M.** PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences - 1999, Coll. « Voix de la cité », Préf. M. MASSANET.

● **E. PUTMAN**, *La formation des créances*, Thèse dactyl., Université d'Aix-Marseille, 1987.

● **G. RIPERT,** *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ème éd. L.G.D.J. 1949.

● **PH.-ROUSSEL GALLE***, Réforme du droit des entreprises en difficulté par la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005*, Litec 2005, coll. Carré droit, Préf. D. TRICOT.

● **R. ROUTIER**, *Les fusions de sociétés commerciales – Prolégomènes pour un nouveau droit des rapprochements*, L.G.D.J. - 1994, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 237, Préf. GILLES-J. MARTIN.

● **J. SCHMIDT**, *Lamy fiscal*, 2009.

● **E. SAVAUX**, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, L.G.D.J. - 1997, Coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 264, Préf. J.-L. AUBERT.

● **P.-D. SENE**, *La notion de novation*, Thèse dactyl. Université de Reims Champagne Ardenne, 2006.

● **F. VALLEUR**, *L'intuitus personae dans les contrats*, Maurice Lavergne imprimeur - 1938.

● **J.-M. VERDIER**, *Les droits éventuels. Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, Rousseau et Cie, 1955.

● **F.-X. VINCENSINI**, *La commercialité (Recherche sur l'identification d'une activité)*, P.U.A.M. - 1998, Préf. J. MESTRE.

III. – ARTICLES, CHRONIQUES, RAPPORTS, COLLOQUES ET PREFACES

● **J. ABRAS**, « Responsabilité extra-contractuelle des dirigeants sociaux – L'exigence d'une faute séparable des fonctions entendue restrictivement : présent offert aux dirigeants ou nécessité ? », *JCP. E* 2008, 1912.

● **CH. ALBIGES**, « L'influence du droit de la consommation sur l'engagement de la caution », *in Mélanges J. CALAIS-AULOY*, éd. Dalloz 2004, p. 1 et s.

● **P. ANCEL**, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. civ*. 1999, p. 771 et s.

● **M.-E. ANDRE** :

- « L'*intuitus personae* dans les contrats entre professionnels », *in Mélanges M. CABRILLAC*, éd. Litec 1999, p. 23 et s.

- « Le sort des cautions en cas de poursuite de la relation cautionnée », *in Mélanges CH. MOULY*, Tome 2, éd. Litec 1998, p. 265 et s.

● **J.-P. ARRIGHI**, « L'ouverture de crédit », *in Annales Droit des affaires et Droit commercial*, éd. Dalloz 2009, Dir. B. SANTOURENS, p. 187 et s.

● **CH. ATIAS** :

- « Qu'est-ce qu'un contrat ? », *in Droit et économie du contrat*, sous la Direction de CH. JAMIN, L.G.D.J. 2008, p. 4 et s.

- « Propos sur l'article L. 341-4 du Code de la consommation », *D*. 2003, *Doctr*., p. 2620 et s.

- « Par la grâce du droit : la cause de l'engagement de la caution », in *Mélanges M. CABRILLAC*, éd. Litec 1999, p. 339 et s.

● **CH. ATIAS** et **D. LINOTTE,** « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », D. 1977, *Chron*., p. 251 et s.

● **J. ATTARD**, « La révocation des dirigeants sociaux : de la licéité des clauses écartant l'exigence légale du juste motif ? », *JCP.G* 2000, *I*, n° 217.

● **C. AUBERT DE VINCELLES**, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007, p. 983 et s.

● **A. AYNES**, « La consécration légale du droit de rétention », *D*. 2006, p. 1301 et s.

● **L. AYNES** :

- « Le cautionnement : synthèse », *in Le cautionnement : regards croisés Université-Notariat, Dossier*, *Dr. & Patr*., n° 172, juillet-août 2008, p. 86 et s.

- « Le nouveau droit du gage », *Dr. & Patr*. 2007, n° 161, p. 48 et s.

- « La réforme du droit des sûretés », *D*. 2006, *Dossier*, p. 1289 et s.

- « La circulation du contrat », *LPA* 2005, n° 90, p. 62 et s.

- « La réforme du cautionnement par la loi Dutreil », *Dr. & Patr.*, novembre 2003, p. 28 et s.

● **L. AYNES** et **PH. STOFFEL-MUNCK**, « Attaquer la force contractuelle : ce qu'on peut et ce qu'on ne peut pas faire », *Chron. in Dr. & patr*. 2007, n° 162, spéc. p. 87 et s.

● **L. AYNES** et **PH. DUPICHOT,** « Sécurité, efficacité » *Chron. in Dr. & patr*. 2008, n° 174, p. 95 et s.

● **M. AZOULAI**, « L'élimination de l'*intuitus personae* dans le contrat », *in Tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Etudes de droit privé. Direct. et Préf. De P. DURAND, Paris, L.G.D.J. 1960, p. 1 et s.

● **A. BAC**, « L'effet de garantie du compte courant est-il un leurre en cas de procédure collective ? », *JCP. E* 1999, p. 308 et s.

● **R. BAILLOD** :

- « A propos de clauses réputées non écrites », *in Mélanges L. BOYER*, Presse l'Université des Sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 15 et s.

- « Les lettres d'intention », *RTD. com*. 1992, p. 54 et s.

- « Le juste motif de la révocation des dirigeants sociaux », *RTD. com*.1983, p. 396 et s.

● **J.-F. BARBIERI** :

- « Révocation des dirigeants sociaux, pour la liberté statutaire », *Cah. dr. entr* 2001, n° 3, p. 5 et s.

- « Cautionnement et sociétés – dix ans de jurisprudence », *Cah. dr. entr.* 1992, n° 2, p. 16 et s.

● **F. BARON**, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD. com*. 2001, p. 1 et s.

● **O. BARRET**, « A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », *in Prospectives du droit économique – Dialogues avec M. JEANTIN*, éd. Dalloz 1999, p. 109 et s.

● **A.-S. BARTHEZ** :

- « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, p. 587 et s.

- « Substitution de cautions et novation par changement de débiteurs », *JCP. G* 2002, *Chron*., 184, p. 2117 et s.

● **D. BASTIAN**, « La situation des sociétés commerciales avant leur immatriculation au registre de commerce », *in Etudes de droit commercial à la mémoire de H. CABRILLAC*, Librairie technique – 1968, p. 23 et s.

● **H. BAUDELET**, « Les banques et l'activité de la société en formation », *Banque* 1986, p. 66 et s.

● **S. BECQUE-ICKOWICZ**, « Couple et cautionnement », *in Dr. & Patr*., n° 172, juillet-août 2008, p. 60 et s.

● **M. BEHAR-TOUCHAIS** :

- « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », *LPA* 2004, *n° spécial*, p. 41 et s.

- « Retour sur la clause de substitution », *in Mélanges L. BOYER*, Presse de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1996, p. 85 et s.

- « Le banquier face à la défaillance du débiteur », *RTD. civ*. 1993, p. 737 et s.

● **A. BENABENT**, « L'hybridation dans les contrats », *in Prospectives du droit économique – Dialogues avec M. JEANTIN*, éd. Dalloz 1999, p. 27 et s.

● **P.-Y. BERARD**, « Les fusions à l'épreuve de l'*intuitus personae* », *RTD. com*. 2007, p. 279 et s.

● **J.-L. BERGEL**, « Différence de nature (égal) Différence de régime », *RTD. civ*. 1984, p. 255 et s.

● **J.-P. BERTREL**, « Liberté contractuelle et sociétés – Essai d'une théorie du "juste milieu" en droit des sociétés », *RTD. com*. 1996, p. 596 et s.

● **J. BONNARD**, « Le cautionnement des engagements souscrits pour le compte d'une société en formation », *Rev. Sociétés* 1992, p. 255 et s.

● **A. BONNET**, «Acte anormal de gestion et exécution d'un engagement de caution des associés », *Droit fiscal* 2008, n° 42, Comm. 541.

● **J.-P. BOUERE**, « Fusion et scission – Le problème des résultats intercalaires », *JCP.E*. 1992, *Chron.,* 163, p. 347 et s.

● **J.- CH. BOULAY**, « Réflexion sur la notion d'exigibilité de la créance », *RTD. com*. 1990, p. 339 et s.

● **B. BOULOC**, « Le cautionnement donné par le dirigeant d'une société », *Rev. sociétés*. 1992, p.1 et s.

● **G. BOURDEAUX**, « La suspicion de fraude », *JCP. G* 1994, *I*, *Doctr*., 3782, p. 357 et s.

● **P. BOUTEILLER** :

- « Cautionnement donné par une société », *JCP. N* 2001, p. 258 et s.

- « L'utilisation du contrat d'assurance-vie comme instrument de garantie », *JCP. E* 2001, p. 646 et s.

● **V. BREMOND** :

- « Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis* », *JCP.N* 2006, 1366.

- « La nouvelle acceptation à concurrence de l'actif net », *JCP.N* 2006, 1331.

● **CL. BRENNER** :

- « De quelques aspects procéduraux de la prescription extinctive », *RDC* 2008, p. 1431 et s.

- « La prescription commerciale », *in Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, éd. Dalloz 2007, p. 501 et s.

● **G. BRIERE DE L'ISLE**, « De la notion de contrat successif », *D*. 1957, *Chron*., p.153 et s.

● **J. BURGURUBU**, « Acte anormal de gestion : le juge prend-il trop de risques ? », *RJF* 4/08, p. 331 et s.

● **M. CABRILLAC** :

- « Obligation de couverture, obligation de règlement et cautionnement du solde du compte courant », *in Mélanges CH. MOULY*, Tome 2, éd. Litec 1998, p. 293 et s.

- « Vers la disparition du droit commercial ? », *in Mélanges J. FOYER*, PUF 1997, p. 329 et s.

- « Les accessoires de la créance », *in Mélanges A. WEILL*, éd. Dalloz-Litec 1983, p. 108 et s.

- « Remarques sur la théorie générale du contrat et les créations récentes du droit commercial », *in Mélanges G. MARTY*, Université de sciences sociales de Toulouse 1978, p. 235 et s.

● **R. CABRILLAC**, « L'emprunt ou le cautionnement dans la communauté légale », *Dr. & Patr*. 2003, n° 155, p. 72 et s.

● **J. CALAIS-AULOY**, « Grandeur et décadence de l'article 632 du Code de commerce (Considération sur le domaine du droit commercial) », *in Mélanges H. CABRILLAC*, Librairie techniques 1968, p. 37 et s.

● **J.-M. CALENDINI**, « Le point de vue du banquier sur le cautionnement », *Cah. dr. entr.* 1992, n° 2, p. 1 et s.

● **M. J. CAMPANA**, « Le doute et la confiance », *in Le doute et le droit*, éd. Dalloz - 1994, p. 79 et s.

● **P. CATALA**, « Deux remarques inhabituelles sur la cause dans les contrats », *Defrénois*, 15 décembre 2008, n° 21, p. 2365 et s.

● **V. CATILLON**, « Le droit des sûretés à l'épreuve des crises financières systémiques », *LPA* 2008, n° 159, p. 7 et s.

● **H. CAUSSE, J. STOUFFLET** et **S. DUROX**, « Après la crise financière, quelle rénovation du droit bancaire et financier ? », *RD bancaire et financier*, novembre-décembre 2008, p. 5 et s.

● **A. CERLES :**

- « Conditions de validité du cautionnement délivré par une société civile », *RD bancaire et financier,* janvier - février 2008, *Etudes*, n° 1, p. 6 et s.

- « La propriété, nouvelle reine des sûretés ? », *in Mélanges M. VASSEUR*, Banque éditeur, 2000, p. 87 et s.

- « Garanties bancaires : contre le mélange des genres », *D. Aff*. 1998, p. 746 et s.

● **A. CERLES** et **S. HOMONT**, « Le cautionnement donné par les collectivités locales », *Dr & Patr*., mai 2001, p. 48 et s.

● **A. CERLES** et **M. SEJEAN**, « Le cautionnement : du code civil au code de la consommation ou les illusions de la protection », *in Etudes offertes au Doyen PH. SIMLER*, éd. Litec-Dalloz 2006, p. 273 et s.

● **F. CHAMOUX**, « La loi du 12 juillet 1980 : une ouverture sur de moyens de preuve », *JCP.G* 1981, *I*, 3008.

● **Y. CHARTIER**, « La société dans le code civil après la loi du 4 janvier 1978 », *JCP. G*. 1978, *I, Doctr*. 2917.

● **P. CHAUVEL,** « Cautionnement et réticence du banquier », *in Mélanges J. STOUFFLET*, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand – Université d'Auvergne, L.G.D.J. 2001, p. 33 et s.

● **G. CHAUVIN**, « Immobilier d'entreprise, propriété d'une société commerciale ou d'une société civile immobilière », *JCP. G* 1988, *I*, 3320.

● **F. COHET-CORDEY** « La valeur explicative de la théorie du patrimoine en droit positif français », *RTD. com*. 1996, p. 818 et s.

● **G. CORNU**, « La bonté du législateur », *RTD. civ*. 1991, p. 283 et s.

● **A. COURET**, « L'intérêt social », *Cah. dr. entr* 1996, n° 4, p. 1 et s.

● **Cour de cassation**, *Rapport annule 2005* : *http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2005_582/quatrieme_partie_jurisprudence_cour_590/activites_economiques_commerciales_financieres_603/cautionnement_7877.html*

● **F.-J. CREDOT**, « La relation causale et le préjudice en cas de rupture brutale de concours bancaires », *in Mélanges M. Vasseur*, Banque éditeur, 2000, p. 61 et s.

● **P. CROCQ** :

- « Sûretés et proportionnalité », *in Etudes offertes au Doyen PH. SIMLER*, éd. Litec-Dalloz 2006, p. 291 et s.

- « Le droit des procédures collectives et le caractère accessoire du cautionnement », *in Mélanges PH. MALAURIE*, éd. Defrénois 2005, p. 171 et s.

- « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *in Mélanges M. CABRILLAC*, Litec 1999, p. 349 et s.

- « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », *in Mélanges CH. MOULY*, Tome 2, éd. Litec 1998, p. 317 et s.

● **M. DAGOT** et **CH. MOULY**, « L'usage du crédit social et son abus », *Rev. sociétés* 1988, p. 1 et s.

● **J.-J. DAIGRE** :

- « De l'existence et de l'avenir du droit commercial », *in Aspects organisationnels du droit des affaires, Mélanges J. PAILLUSSEAU,* éd. Dalloz, 2003, p. 265 et s.

- « La perte de la qualité d'actionnaire », *Rev. Sociétés* 1999, p. 535 et s.

- « La dissolution d'une filiale à 100% est une fusion – A propos de l'article 1844-5, alinéa 3, du Code civil », *JCP.E.* 1992, n° 152.

● **R. DAMMANN**, « La réforme des sûretés mobilières : une occasion manquée », *D.* 2006, p. 1298 et s.

● **G. DAMY** :

- « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : évolutions et précisions

jurisprudentielles pour les banques », *Banque & Droit* 2006, n° 107, p. 28 et s.

- « Le cautionnement et la transmission universelle de patrimoine », *Dr & patr*. Sept 2004, p. 46 et s.

● **D. DANET**, « Le dirigeant et l'omnibus », *RTD. com*. 1994, p. 174 et s.

● **M. DEFOSSEZ,** « La notion de consommateur », *in* « Pratique du cautionnement et protection du consommateur », Dossier, *RD bancaire et financier*, juillet-août 2003, p. 247 et s.

● **J.-P. DELVILLE**, « Les incidences de la clôture de la liquidation judiciaire pour insuffisance d'actif sur le cautionnement », *JCP. G* 1996, *I, Doctr*., 3961, p. 357 et s.

● **R. DE GOUTTES**, Avis sous Cass. ass. plén. 6 décembre 2004 : *http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/gouttes_premier_435*

● **G. DEHARO**, « La substitution de caution. Remède à la situation inconfortable du dirigeant caution ou manifestation de l'évolution du droit des contrats ? », *RTD. com*. 2005, p. 447 et s.

● **F. DELATTRE-BEYNET**, « Cautionnement et entreprise : difficultés pratiques », *in Dr. & Patr*., n° 172, juillet-août 2008, p. 82 et s.

● **PH. DELEBECQUE** :

- « Le cautionnement et le Code civil : existe-il encore un droit du cautionnement ? », *RJ com*. 2004, p. 226 et s.

- « Forme et preuve du cautionnement », *Cah. dr. entr* 1992, n° 2, p. 5 et s.

● **A. DELFOSSE**, « Une SCI peut-elle se porter caution ? », *Dr. & Patr*., décembre 1994, p. 28 et s.

● **J.-P. DELMAS-SAINT-HILAIRE**, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », *in La tendance à la stabilité du rapport contractuel,* Etudes de droit privé, Dir. et Préf. de P. DURAND, LGDJ 1960, p. 189 et s.

● **R. DEMOGUE** :

- « La notion de sujet de droit », *RTD. civ*. 1909, p. 611 et s.

- « Des droits éventuels et des hypothèses où ils prennent naissance », *RTD. civ.* 1905, p. 723 et s.

● **Y. DEREU**, « Réflexions sur les qualifications données à certains types de sociétés », *Bull. Joly Sociétés* 1998, § 204, p. 607 et s.

● **F. DERRIDA**, « De la solidarité commerciale », *RTD. com.* 1953, p. 329 et s.

● **R. DESGORCES**, « Relecture de la théorie du compte courant », *RTD. com*. 1997, p. 383 et s.

● **J. DEVEZE**, « Les dirigeants cautions », *Cah. dr. entr.* 2001, n°3, p. 27 et s.

● **P. DIDIER** :

- « Une définition de l'entreprise », *in Le droit privé français à la fin du XX*ème *– Etudes à P. CATALA,* éd. Litec 2001, p. 849 et s.

- « La théorie contractualiste de la société », *Rev. sociétés* 2000, p. 95 et s.

- « La compétence législative du droit commercial », *RTD. com*., 1965, p. 535 et s.

- « Remarques pour servir une définition du droit commercial », *D*. 1962, *Chron.,* p. 221 et s.

● **B. DONDERO** :

-« Le Code de commerce de 1807 et le mystère de la personnalité morale », *in D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, Ouvrage collectif sous la direction de P. LE CANNU, Bibliothèque de l'Institut André Tunc – L.G.D.J. 2008, p. 211 et s.

- « Réflexions sur les mécanismes d'autorisation des sûretés et garanties consenties par les sociétés anonymes », *D*. 2004, *Doctr*., p. 405 à 413 et 485 à 490.

● **U. DROBNIG**, « Traits fondamentaux d'un régime européen des sûretés personnelles », *in Etudes offertes au Doyen Simler*, Litec 2006, p. 312 et s.

● **M. DUBERTRET**, « L'*intuitus personae* dans les fusions », *Rev. sociétés* 2006, p. 721 et s.

● **M.-P. DUMONT-LEFRAND**, « La nature civile ou commerciale du cautionnement », *Dr. & Patr*., n° 172, juillet-août 2008, p. 72 et s.

● **P. DURAND** :

- Préface de *La tendance à la stabilité du rapport contractuel,* Etudes de droit privé, LGDJ - 1960.

- « La connaissance du phénomène juridique et les tâches de la doctrine moderne en droit privé », *D*. 1956, *Chron*., p. 73 et s.

● **M. ELLAND-GOLDSMITH**, « Comfort letters in english law and practice », *International Business Law Journal* 1994, p.527 et s.

● **PH. EMY**, « Cautionnement, compte courant et prohibition des engagements perpétuels », *RRJ* 2007, p. 183 et s.

● **G. ENDREO**, « Fait générateur de créances et échange économique », *RTD. com*. 1984, p. 223 et s.

● **R. FABRE**, « Les clauses d'adaptation dans les contrats », *RDT. civ*. 1983, p. 1 et s.

● **B. FAUVARQUE-COSSON**, « Le changement de circonstances », *RDC* 2004, p. 67 et s.

● **J. FISCEL**, « L'absence d'être moral nouveau dans les transformation de sociétés », *Gaz. Pal*. 1986, *II*, *Doctr*., p. 724 et s.

● **G. FLORES** et **J. MESTRE**, « Brèves réflexions sur l'approche institutionnelle de la société », *LPA*, 14 mai 1986.

● **Y. FLOUR**, « Le cautionnement et le patrimoine des couples », *Dr. & patr*. 2001, n° 92, p. 80 et s.

● **J.-J. FRAIMOUT**, « La caution exerçant ses recours, un intrus dans la procédure collective du débiteur cautionné », *Gaz. Pal*. 2000, *Doctr.,* p. 1598 et s.

● **J. FRANÇOIS**, « Le problème de la nature juridique du contrat caution – débiteur », *D*. 2001, *Chron*., p. 2580 et s.

● **E. GARAUD**, « L'ouverture d'un compte chèque au nom d'une société en formation », *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 236, p. 728 et s.

● **H. GAUDEMET-TALLON**, « Autorisation des cautionnements, avals et garanties dans les contrats internationaux : pour une ignorance excusable de la lex societatis », *in Le Code de comme 1807-2007, Livre du bicentenaire*, éd. Dalloz 2007, p. 751 et s.

● **M. GERMAIN**, « L'intérêt commun des actionnaires », *Cah. dr. entr.* 1996, n° 4, p. 13 et s.

● **J. GHESTIN** :

- « La responsabilité délictuelle pour rupture abusive des pourparlers », *JCP. G*. 2007, *I*, 155, p.15 et s.

- « La justice contractuelle selon la tradition catholique », *in Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges Y. GUYON*, éd. Dalloz 2003, p.415 et s.

- « La qualification en droit français de garanties données par une société mère au profit de sa filiale », *Mélanges P. VAN OMESLAGHE*, éd Bruxelles Bruyant 2000, p. 428 et s.

- « Existe-t-il en droit positif français un principe général de prohibition des contrats perpétuels ? », in *Mélanges D. TALLON*, Société de législation comparée 1999, p. 251 et s.

- « La notion de contrat », *D*. 1990, *Chron*., p. 147 et s.

● **A. GHOZI** et **Y. LEQUETTE**, « La réforme du droit des contrats : brèves observations sur le projet de la chancellerie », *D*. 2008, *Chron*., p. 2609 et s.

● **C. GINESTET**, « La qualification des sûretés », *Defrénois* 1999, *Art*. 36927 et 36940.

● **C. GIVERDON**, « Le droit commercial, droit des commerçants. Le critère de la profession commerciale », *JCP*. 1949, I, 1770.

● **J.-C. GOURGES**, « Cautionnement donné par les personnes " y ayant intérêt " et cautionnement indéterminé », *JCP. N*. 1990, *I*, p. 406 et s.

● **D. GRILLET-PONTON**, « Nouveau regard sur la vivacité de l'innommé en matière contractuelle », *D*. 2000, *Chron*., p. 331 et s.

● **J. GRILLOT** et **M. SAINT-CENE**, « Le cautionnement et la garantie des créanciers nées postérieurement à une scission et/ou une fusion de sociétés », *Banque & Droit*, n° 37, septembre-octobre 1994, p. 3 et s.

● **P. GRIMALDI**, « La preuve du cautionnement illimité », *RJDA* 10/93, p. 686 et s.

● **F. GRUA**, « Le cautionnement réel », *JCP. G* 1984, *I*, 3167.

● **J.-L. GUILLOT**, « Pratiques bancaires, source du droit des affaires », *LPA* 2003, n° 237, p. 14 et s.

● **Y. GUYON** :

- « Remarques critiques sur la terminologie du droit français des sociétés », *in Mélanges J.-P. SORTAIS*, éd. Bruyant, 2003, p.291 et s.

- « Les apports partiels d'actifs », *in Prospectives du droit économique – Dialogues avec M. JEANTIN*, éd. Dalloz 1999, p. 237 et s.

- « Le réalisme de la loi du 25 janvier 1985 sur les procédures collectives », *in Le juge et le droit de l'économie, Mélanges P. BEZARD*, éd. Montchrestien – Petites Affiches 2002, p. 311 et s.

● **J. HAMEL**, « Droit civil et droit commercial en 1950 », *in Etudes à G. RIPERT*, L.G.D.J. 1950, T. 2, p. 261 et s.

● **X. HENRY** :

- « Brèves observations sur le projet de réforme du droit des contrats…et ses commentaires », *D.* 2009, *Etudes et commentaires*, p. 28 et s.

- « Le réforme du droit des contrats : Questions à Xavier Henry…», *in Lexbase hebdo*, n° 338 du 19 février 2009, disponible sur : *http://www5.lexbase/SilverStream/Pages/lbShowNews.html?NEWSNUM*

● **J. HONORAT**, « Société et cautionnement », *Rep. Defrénois.* 1982, p. 1569 et s.

● **R. HOUIN**, « L'évolution du droit des sûretés », *RJ com.*, février 1982, numéro spécial, p. 7 et s.

● **C. HOUIN-BRESSAND**, « Bilan de jurisprudence sur la responsabilité du banquier dispensateur de crédit », *RD bancaire et financier*, septembre-octobre 2007, *Dossier* 23, p. 78 et s.

● **D. HOUTCIEFF** :

- « Le nouveau droit des sûretés, un outil de protection de la confiance ? », *in La confiance en droit privé des contrats*, sous la direction de V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, éd. Dalloz 2008, p. 79 et s.

- « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* – remarques sur la considération de la personne du créancier par la caution », *RTD. civ.* 2003, p. 3 et s.

- « Les dispositions applicables au cautionnement issues de la loi pour l'initiative économique », *JCP. G* 2003, *I*, 161.

● **H. HOVASSE**, « Les cautionnements donnés par les sociétés et l'objet social », *Dr. & patr*. 2001, n° 92, p. 76 et s.

● **H. HOVASSE** et **S. ROBINEAU**, « L'inadaptation des articles 385 et 386 de, la loi du 24 juillet 1966 à la protection des créanciers dans une opération d'apport partiel d'actif », *Bull. Joly Sociétés* 1998, § 80, p. 203.

● **B. JADAUD**, « L'assurance décès du dirigeant d'entreprise », *Dr. & Patr*. 1993, n° 10, p. 32 et s.

● **C. JALLOMION** et **C. LISANTI**, « Le cautionnement : perspective historiques et contemporaines », *Dr. & Patr*. n° 172, juillet-août 2008, p. 46 et s.

● **J.-C. JAMES**, « L'OHADA et la construction d'un espace juridique francophone », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges en l'Honneur du Doyen B. GROSS*, PUN - 2009, p. 555 et s.

● **X. JASPAR** et **N. METAIS**, « Les limites à la transmission universelle du patrimoine : les contrats *intuitu personae* et les contraintes afférentes à certains biens », *Bull. Joly Sociétés* 1998, § 156, p. 447 et s.

● **M. JEANTIN**, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *in Mélanges J. DERRUPPE*, GNL Joly & Litec 1991, p. 287 et s.

● **PH. JESTAZ**, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in Mélanges RAYNAUD*, éd. Dalloz – Sirey 1985, p. 273 et s.

● **E. JEULAND**, « Proposition de distinction entre la cession de contrat et la substitution de personne », *D.* 1998, *Chron.*, p. 356 et s.

● **KIBALO ADOM**, « La révocation des dirigeants de sociétés commerciales », *Rev. sociétés* 1998, p. 487 et s.

● **F. KLEIN**, « Un engouement croissant pour le crédit-bail immobilier », *Option Finance* 2008, n° 1000, p. 12 et 13.

● **D. KLING**, « Pour une réforme du droit des contrats et de la prescription conforme aux besoins de la vie des affaires - Réactions de la CCIP à l'avant projet "CATALA" et propositions d'amendements » :
www.etudes.ccip.fr/archrap/rap06/reforme_droit_descontrats_kli610.htm

● **G. LAGARDE**, « Le droit des affaires, droit sentimental », *in Mélanges R. SAVATIER*, Librairie Dalloz 1965, p. 491 et s.

● **X. LAGARDE** :

- « Réforme de la prescription en matière civile : entre simplifications et incertitudes », *Gaz. Pal.*, 11 avril 2009, n° 101, p. 2 et s.

- « Sur l'utilité de la théorie de la cause », *D.* 2007, p. 740 et s.

- « L'objet et la cause du contrat, entre actualité et principes », *LPA* 2007, n° 70, p. 6 et s.

● **M.-M. LARDET**, « Rapport sous Cass. ass. plén., 06 décembre 2004 » :
http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/lardet_conseiller_434.html

● **CH. LARROUMET** :

- « De la cause de l'obligation à l'intérêt du contrat. A propos du projet de réforme du droit des contrats », *D.* 2008 p. 2441 et s.

- « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », *D.* 2000, *Chron.*, p. 155 et s.

● **B. LECOURT**, « De l'utilité de l'action paulienne en droit des sociétés », *in Aspects actuels du droit des affaires – Mélanges Y. GUYON*, éd. Dalloz 2003, p. 615 et s.

● **A.-V. LE FUR**, « Le compte courant, l'oublié du Code de commerce », in *Le Code de commerce 1807-2007, Livre du bicentenaire*, éd. Dalloz 2007, p. 307 et s.

● **A. LE GARS**, « Obligation de la caution et compte courant : propos sur une certaine rigueur », *RD bancaire et financier*, mars-avril 2004, p. 137 et s.

● **D. LEGEAIS** :

- « Portée des réformes législatives sur le contrat de crédit (L. n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ; L. n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie) », *RTD. com*., 2008, p. 827 et s.

- « La distinction des sûretés civiles et commerciales », *in Mélanges offerts à P. DIDIER*, Economica 2008, p. 237 et s.

- « La caution dirigeante », *in Mélanges B. BOULOC*, Dalloz 2007, p. 599 et s.

- « La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer », *in Etudes offertes au Doyen PH. SIMLER*, éd. Litec-Dalloz 2006, p. 367 et s.

- « La date de naissance de la créance de recours de la caution *solvens* », *in* « La date de naissance des créances », Colloque Centre de droit des affaires et gestion, Faculté de droit de Paris V, *in LPA* 2004, *n° spécial*, p. 57 et s.

- « L'imprévisible droit des garanties personnelles », *in Mélanges à Y. GUYON*, D. 2003, p. 657 et s.

- « Le Code de la consommation siège d'un nouveau droit du cautionnement », *JCP. E* 2003, n° 1433, p. 1610 et s.

- « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. & patr*. 2001, p. 68 et s.

- « Le cautionnement à première demande », *in Mélanges M. VASSEUR*, Banque éditeur, 2000, p. 87 et s.

- « L'option procédural offerte à la caution invoquant la responsabilité du banquier », *RD bancaire et bours*e, novembre-décembre 1999, p. 196 et s.

● **L. LEGOUET**, « L'incidence des fusions des banques sur les garanties », *Banque & Droit*, mai-juin 2000, p. 19 et s.

● **B. LEGROS**, « La protection jurisprudentielle du dirigeant social caution », *Rev. sociétés* 1998, p. 281 et s.

● **J.-P. LEGROS**, « La prescription du cautionnement du dirigeant », *JCP. N*. 1992, 2168.

● **F. LEJEUNE**, « Cautionnement des SCI : le faux critère de l'intérêt social », *Dr. & Patr.,* juin 1996, p. 56 et s.

● **H. LE NABASQUE**, « Agrément de cessions d'actions et exclusion d'actionnaires », *RJDA* 3/1995, p. 200 et s.

● **J. LEONNET**, « Ethique et droit économique », *in Le juge et le droit de l'économie, Mélanges P. BEZARD*, éd. Montchrestien – Petites Affiches 2002, p. 231 et s.

● **Y. LEQUETTE,** *Cf* : A. GHOZI.

● **N. LESOURD**, « La perte d'une chance », *Gaz. Pal*., 1963. 2. *Doctr*., p. 49 et s.

● **G.-A. LIKILLIMBA**, « Le cautionnement réel : l'application distributive du droit des sûretés réelles et du droit du cautionnement n'est-elle pas "un gage" de protection des intérêts des contractants ? », *JCP. E* 2001, p. 406 et s.

● **G. LOISEAU :**

- « Contrats de confiance et contrats conclus *intuitu personae* », *in La confiance en droit privé des contrats*, sous la direction de V.-L. BENABOU et M. CHAGNY, éd. Dalloz 2008, p. 97 et s.

- « Réflexion sur la nature juridique du paiement », *JCP. G* 2006, *I, Doctr*., 171.

● **CH. LOPEZ,** « La responsabilité solidaire et indéfinie des fondateurs : le sort des engagements pris au nom d'une société en formation en cas de défaut de reprise des actes par la société », *JCP. E* 1998, p. 408 et s.

● **G. LYON-CAEN**, « Contribution à la recherche d'une définition du droit commercial », *RTD. com*. 1949, p. 577 et s.

● **F. MACORIG-VENIER**, « Cautionnement des dirigeants », *Rev. Jurispr. com*. 2005, p. 422 et s.

● **PH. MALAURIE** :

- « La réforme de la prescription civile – commentaire de la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 », *Defrénois* 2008, p. 2029 et s.

- « La mythologie et le droit », *Defrénois* 2003, Art. n° 37788, p. 951 et s.

● **D.-R. MARTIN** :

- « Du changement de contractant », *D*. 2001, *Chron*., p. 3144 et s.

- « De l'ouverture de crédit », *RD bancaire et financier*, mars-avril 2004, p. 134 et s.

- « La stipulation de contrat pour autrui », *D*. 1994, *Chron*., p. 145 et s.

● **G.- J. MARTIN**, « La notion de fusion », *RTD. Com*. 1978, p. 281 et s.

● **C. MAURY**, « Observations sur les récentes évolutions du principe de proportionnalité dans le cautionnement », *L.P.A*. 2006, n° 150, p. 4 et s.

● **M. MAUSS**, « Essai sur le don : forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques », *in MARCEL MAUSS, Sociologie et Anthropologie*, P.U.F. 1960, p. 145-279. Première publication *in L'année sociologique*, 2ème série, T. 1, 1923-1924.

● **D. MAZEAUD** :

- « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D*. 2009, p. 1364 et s.

- « Réforme du droit des contrats : haro, en Hérault, sur le projet », *D*. 2008, p. 2675 et s.

- « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire, la lettre d'intention », *in Prospectives du droit économique – Dialogues avec M. JEANTIN*, éd. Dalloz 1999, p.341 et s.

● **B. MERCADAL**, « Le droit des affaires : pourquoi ? », *JCP. G*. 1985, *I, Doctr*., 3182.

● **J. MESTRE** :

- Préface de *« La commercialité (Recherche sur l'identification d'une activité)*, P.U.A.M. -1998.

- « La société est bien encore un contrat… », *Mélanges CH. MOULY*, Tome 2, éd. Litec 1998, p. 131 et s.

- « Les cofidéjusseurs », *Dr. & Patr.*, janvier 1998, p. 66 et s.

- « Réflexion sur l'abus du droit de recouvrer sa créance », in *Mélanges RAYNAUD*, Dalloz-Sirey 1985, p. 439 à 474.

- « De la date de naissance des obligations contractuelles », *Chron. in RTD. civ*. 1987, p. 748.

● **J.-P. METIVET**, « Les articles 52, alinéa 1 et 244 de la loi du 24 juillet 1966 et la responsabilité des dirigeants sociaux envers les tiers », *in Rapport de la Cour de cassation 1998*, p. 111.

● **R. MICHA-GOUDET**, « Inopposabilité des cautions, avals et garanties irrégulièrement donnés par le président du conseil d'administration : une sanction critiquable », *JCP.E* 1998, p. 843 et s.

● **D. MIELLET**, « Liberté statutaire et contrôle de la révocation des mandataires sociaux protégés », *JCP. E* 1999, *Prat*., p. 1278 et s.

● **M. MIGNOT**, « Réforme de la prescription : le point de départ », *Defrénois* 2009, Art. 38896, p. 393 et s.

● **N. MOLFESSIS**, « Les prédictions doctrinales », *in L'avenir du droit, Mélanges F. TERRE*, Dalloz – Puf – éd. Jurisclasseur, 1999, p. 141 et s.

● **M.-H. MONSERIE-BON**, « Nouvelle définition de la cessation des paiements », *in Dictionnaire permanent – Difficultés des entreprises*, mars 2009, numéro spécial 302-1, p. 4148.

● **N. MORELLI**, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », *Bull. Joly. Sociétés* 2004, § 186, p. 933 et s.

● **H. MOTULSKY**, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droit de la défense en procédure civile », *in Mélanges P. ROUBIER*, Librairie Dalloz et Sirey 1961, Tome 2, p. 175 et s.

● **CH. MOULY** :

- « La grand-mère et le cautionnement omnibus », *RJDA* 10/93, p. 679 et s.

- « Le cautionnement donné par une personne mariée », *Defrénois* 1988, art. 34163, p. 227 et s.

- « Abus de caution ? », *RJ com*., n° spécial, février 1982, p. 13 et s.

● **J. MOURY**, « Une embarrassante notion : l'économie du contrat », *D*. 2000, *Chron*., p. 382 et s.

● **J.- M. MOUSSERON**, « La gestion des risques par le contrat », *RTD. com*. 1988, p. 481 et s.

● **A.-S. MUGNIER-RENARD**, « Les garanties des opérations bancaires et la protection des époux », *RD bancaire et financier* 2009, *Dossier*, 88.

● H**. MUIR-WATT**, « Les pourparlers : de la confiance trompée à la relation de confiance » *in* « Les concepts contractuels français à l'heure des principes du droit européens des contrats », *D*. 2003, p. 53 et s.

● **I. NAJJAR** :

- « L'ensemble contractuel sur sa lancée », *D*. 2005, *Tribune*, p. 1105 et s.

- « La notion d'ensemble contractuel », *in Mélanges A. DECOQ*, Litec 2004, p. 509 et s.

- « Clause de substitution et "position contractuelle" », *D*. 2000, *Chron.,* p. 635 et s.

● **B. OPPETIT** :

- « Ethique et vie des affaires », *in Mélanges A. COLOMER*, éd. Litec 1993, p. 319 et s.

- « L'endettement et le droit », *in Mélanges A. BRETON et F. DERRIDA*, éd. Dalloz 1991, p. 295 et s.

● **Y. PACLOT**, « Crise financière, crise du droit », *RD bancaire & financier*, novembre-décembre 2008, p. 1.

● **E. PAILLET**, « L'activité de la société en formation », *Rev. sociétés* 1980, p. 419 et s.

● **J. PAILLUSSEAU**, « Les vicissitudes de la loi du 25 janvier 1985 », *LPA*, 12 janvier 1994, p. 7 et s.

● **J. PARCEROU**, « La liquidation du passif héréditaire en droit français », *RTD. civ*. 1905, p. 535 et s.

● **F. PASQUALINI**, « La validité des pactes d'actionnaires », *in Mélanges PH. MALAURIE*, éd. Defrénois 2005, p. 353 et s.

● **F. PEROCHON**, « Procédures collectives et cautionnement », *Dr. & Patr.* juillet - août 2008, p. 77 et s.

● **Y. PICOD**, « L'évolution de l'obligation d'information de la caution pendant l'exécution du contrat », *in Etudes offertes au Doyen PH. SIMLER*, éd. Litec-Dalloz 2006, p. 395 et s.

● **A. PIEDELIEVRE**, « Remarques sur l'infléchissement de la notion de personnalité morale par le cautionnement », *Gaz. Pal*. 1982, I, Doctr., p. 85 et s.

● **S. PIEDELIEVRE** :

- « Déclaration d'insaisissabilité et immeuble », *RD bancaire et financier* 2008, *Comm*. 145.

- « L'efficacité des lettres de confort », *Dr. & Patr*. 1996, p. 60 et s.

● **G. PIETTE**, « Cautionnement et intérêt social – Les implications réciproques », *JCP. G* 2004, *Doctr*. n° 142, p. 1111 et s.

● **Y. PIETTE**, « Mystères et paradoxes des lettres de confort », *Bulletin Joly Société* 2003, p.528 et s.

● **PINOT**, « Rapport sous Cass. ch. mixte, 08 juin 2007 » : *http://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/chambres_mixtes_2740/pinot_conseiller_546.html*

● **A. PIROVANO**, « La boussole de la société. Intérêt commun, intérêt social, intérêt de l'entreprise ? », *D*. 1997, *Chron*., p. 189 et s.

● **D. PLANTAMP**, « Le point de départ de la période de formation des sociétés commerciales », *RTD. com*., 1994, p. 1 et s.

● **F. POLLAND-DULIAN**, « De quelques avatars de l'action en responsabilité civile dans le droit des affaires », *RTD. com*. 1997, p. 349 et s.

● **S. PRIGENT**, « Contrat de cautionnement : date de naissance de la dette de la caution », *LPA* 2006, n° 126, p. 4 et s.

● **A. PRÜM** :

- « Fusions de banque et survie des cautionnements consentis en faveur des établissements absorbés », *RD bancaire et financier* 2006, p. 1 et s.

- « Protéger les cautions contre elles-mêmes ! », *RD bancaire et financier* 2003, p. 269 et s.

● **E. PUTMAN**, « Rapport introductif », *in* « La date de naissance des créances », Colloque Centre de droit des affaires et gestion, Faculté de droit de Paris V, *in LPA* 2004, *n° spécial*.

● **J.-L. PUYGAUTHIER**, « Cautionnement ou emprunt souscrit par un époux commun en biens : une jurisprudence bienveillante », *Defrénois* 2005, art. 38229.

● **J. RAYNARD**, « A propos de la subsidiarité en droit privé », *in Mélanges CH. MOULY*, Tome 1, éd. Litec 1998, p. 131 et s.

● **M. REMOND-GOUILLOUD**, « L'influence du rapport caution débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP.* 1977, *I,* 2850.

● **O. RENAULT**, « Les nouveaux contours de la notion de branche complète et autonome d'activité - Un essai de clarification de la notion par l'Administration ou une tentative d'imposer des sous-jacents restrictifs ? », *JCP. E* 2002, *Etude*, 368.

● **G. RIVES**, « Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétés commerciales », *RTD. com*. 1969, p. 407 et s.

● **A. ROAST**, « A propos d'un livre sur la cause des obligations », *RTD. civ*. 1923, p. 395 et s.

● **R. ROBLOT** :

- « Le cautionnement des dettes d'une société commerciale par ses dirigeants », *in Mélanges J. DERRUPPE*, GLN Joly-Litec 1991, p. 343 et s.

- « Applications t fonctions de la notion d'inopposabilité en droit commercial », *in Mélanges P. VOIRIN*, L.G.D.J. 1976, p. 711 et s.

● **A. ROHMERT**, « Le cautionnement à première demande en droit allemand une sûreté hybride », *RD bancaire et bourse* 1994, n° 43, p. 122 et s.

● **H. ROLAND**, « Regards sur l'absence de terme extinctif dans les contrats successifs », *in Mélanges P. VOIRIN*, L.G.D.J. 1967, p. 737 et s.

● **M. ROMNICIANU**, « Perspective d'ensemble sur le sort des garanties dans le cadre d'une fusion », *JCP. E* 1991, *I*, *Chron*. 34, p. 115 et s.

● **N. RONTCHEVSKY**, « Les dispositions relatives au droit des sûretés personnelles », *D*. 2006, Dossier, p. 1303 et s.

● **PH. ROUSSEL GALLE**, « Premier aperçu sur l'ordonnance du 18 décembre 2008 réformant le droit des entreprises en difficulté », *LPA*, 24 décembre 2008, n° 257, p. 3 et s.

● **B. SAINT-ALARY** et **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « Le dirigeant caution », *Dr. & Patr*., février 1996, p. 41 & s., et mars 1996, p. 42 et s.

● **C. SAINT-ALARY-HOUIN**, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », in *LPA* 2004, *n° spécial*, p.11 et s.

● **B. SAINTOURENS** :

- « Des commerçants aux professionnels, de la justice commerciale à la justice économique », *in D'un Code à l'autre : le droit commercial en mouvement*, Ouvrage collectif sous la direction de P. LE CANNU, Bibliothèque de l'Institut André Tunc – L.G.D.J. 2008, p. 129 et s.

- « La révocation des dirigeants sociaux dans l'actualité jurisprudentielle », *Bull. Joly Sociétés* 2005, § 152, p. 667 et s.

- « L'an 2000 et au-delà : quelles perspectives pour le droit des sociétés ? », *Rev. sociétés* 2000, p. 109 et s.

- « Certificateurs de caution et sous-cautions : les oubliés des réformes du droit du cautionnement », in *Mélanges M. CABRILLAC*, Litec 1999, p. 397 et s.

● **O. SALVAT**, « Cession unilatérale de contrat : le cas de la reprise des engagements de caution par un dirigeant de société », *LPA*, 23 décembre 1999, p. 10 et s.

● **P. SARGOS** :

- « L'opération "glasnost" de la Cour de cassation en matière de cautionnement ou cinq brèves observations sur une jurisprudence », *Gaz. Pal*., 1988, *Doctr*., p. 209 et s.

- « Le cautionnement : dangers, évolution et perspectives de réformes », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 1987, p. 33 et s.

● **R. SAVATIER** :

- « L'inflation législative et l'indigestion du corps social », *D*. 1977, *Chron*., p. 43 et s.

- « Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé ? », *D*. 1970, *Chron.,* p. 123 et s.

● **B. SAVOURE**, « Caution et famille : la caution et ses héritiers », *Dr. & patr*. 2001, n° 92, p. 90 et s.

● **P. SCHULTZ**, « L'associé cautionné par sa société et l'intérêt social », *in Etudes offertes au Doyen PH. SIMLER*, éd. Litec-Dalloz 2006, p. 429 et s.

● **PH. SIMLER** :

- « Le cautionnement est-il encore une sûreté accessoire ? », *in Mélanges en l'honneur du Professeur G. GOUBEAUX*, éd. Dalloz L.G.D.J. 2009, p. 497 et s.

- « Histoire d'une impasse : la sanction du défaut d'autorisation des cautions, avals ou garanties consentis pour le compte des sociétés par actions », *in Mélanges D. SCHMIDT*, Joly éditions 2005, p. 449 et s.

- « Codifier ou codifier le droit des sûretés personnelles ? », *in Le Code civil 1804-2004, Livre du Bicentenaire*, éd. Dalloz 2004, p. 373 et s.

- « Le cautionnement d'une dette s'étende de plein droit aux accessoires de celle-ci », *RJDA* 10/99, p. 471, n° 604.

- Préface de « *Le constitut ou l'engagement de payer la dette d'autrui à titre de garantie* », L.G.D.J - 1998, Tome 294.

- « Les solutions de substitution au cautionnement » *JCP. G*, 1990, I, n° 3427.
- « Le juge et la caution : excès de rigueur ou excès d'indulgence ? », *JCP.N*. 1986, *I,* p. 169 et s.

● **PH. SIMLER** et **PH. DELEBECQUE**, *Chron. in JCP.G* 1995, *I, Doctrine*, 3851, n° 4.

● **H. SOLUS**, « Portée et effets de la révocation du gérant d'une société à responsabilité limitée », *JCP*. 1944, *I*, 437.

● **H. SOULEAU**, « La démission des dirigeants des sociétés commerciales », *RTD. com*. 1972, p. 21 et s.

● **J.-F. SPITZ**, « "Qui dit contractuel dit juste" : quelques remarques sur une formule d'Alfred Fouillé », *RTD. civ*. 2007, p. 281 et s.

● **M. STORCK**, « Cautionnement et procédures collectives », *LPA*, 20 septembre 2000, n° 188, p. 33 et s.

● **J. STOUFFLET**, « De la responsabilité du dispensateur de crédit au devoir de mise en garde : histoire brève d'une construction jurisprudentielle », *RD bancaire et financier*, novembre 2007, *Dossier* 26, p. 78 et s.

● **J. STOUFFLET** et **N. MATHEY**, *Chronique de droit bancaire*, *JCP.E* 2007, n° 2377.

● **R. TENDLER**, « Le cautionnement, reine éphémère des sûretés ? », *D.* 1981, *Chron*., p. 129 et s.

● **F. TERRE**, « Allocution en hommage au Doyen Weill », *in Mélanges A. Weill*, éd. Dalloz – Litec 1983, p. 15 et s.

● **F.-X. TESTU**, « Le cautionnement libéralité », *JCP. N* 1988, *Doctr*. p. 307 et s.

● **A.-S. TEXIER**, « Réforme du droit des entreprises en difficulté – Avant propos », *in Dictionnaire permanent – Difficultés des entreprises*, mars 2009, numéro spécial 302-1.

● **A.-S. TEXIER** et **E. RUSSO**, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté après l'ordonnance du 18 décembre 2008 et son décret d'application du 12 février 2009 », *LPA*, 2 mars 2009, n° 43, p. 3 et s.

● **M. TEXIER**, « Les effets sur le cautionnement de la remise de dette consentie au débiteur dans le cadre de procédures organisées », *RTD. Com*. 2008, p. 25 et s.

● **J. THERET**, « Le cautionnement : une institution en danger », *JCP. G* 1987, *Doctr.* 3295.

● **PH. THERY**, « La différenciation du particulier et du professionnel : un aspect de l'évolution du droit des sûretés », *Dr. & Patr*. 2001, n° 92, p. 53 et s.

● **S. TORCK**, « La date de naissance des créances en droit civil », in *LPA* 2004, *n° spécial*, p.25 et s.

● **I. TRICOT-CHAMARD**, « Les vicissitudes de la mention manuscrite dans le cautionnement : suite ou fin ? », *JCP. G* 2004, *Doctr*. 112, p. 329 et s.

● **X. VAMPARYS**, «Validité et efficacité des clauses d'entrainement et de sortie conjointe dans les pactes d'actionnaires », *Bull. Joly Sociétés* 2005, § 188, p. 821 et s.

● **P. VAN OMMESLAGHE**, « Observation sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne », *Rev. Crit. Jurispr. Belge*, 1970, p. 328 et s.

● **R. VATINET**, « La date de naissance des créances en droit du travail », *in LPA* 2004, *n° spécial*, p. 19 et s.

● **M. VERICEL**, « La considération de la personne dans les contrats civils », *in Travaux juridiques de l'Université de Saint Etienne*, Vol. 4, 1982, p. 185 et s.

● **A. VIANDIER** :

- « La potée de l'effet rétroactif de la fusion », *RJDA* 1999, p. 699.

- « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », », *in Mélanges CH. MOULY*, Tome 1, éd. Litec 1998, p. 193 et s.

● **B. VIGNERON**, « Cautionnement du dirigeant de société : les conditions de validité et d'exécution », *Dr. & Patr*., janvier 1994, p. 42 et s.

● **D. VILLANI**, « Les cautions informés sont-elles soumises à un régime particulier ? », *RTD. com*. 1995, p. 291 et s.

● **M. VIVANT**, « Le fondement juridique des obligations abstraites », *D*. 1978, *Chron*., p. 39 et s.

● **J.-C. WOOG**, « Le critère intéressé en droit des affaires », *RJC* 2008, p. 3 et s.

IV. – NOTES ET OBSERVATIONS DE JURISPRUDENCE

● **V. AVENA-ROBARDET,** notes sous :

- Cass. com., 13 novembre 2007, n° 06-12.284 : *D*. 2007, p. 3066.

- Cass. com., 26 juin 2001, *D*. 2001, *Act. Jurispr*., p. 2513.

● **L. AYNES**, notes sous :

- Cass. com., 3 et 6 décembre 1988 : *D*. 1989, *Juripr*., p. 185.

- Cass. 1ère civ. 15 mars 1988 : *D*. 1988, *Somm*., p. 273.

● **M. BANDRAC**, obs. sous Cass. com., 3 et 6 décembre 1988, *RTD. civ*. 1989, p. 360.

● **G. BARANGER**, note sous Cass. com., 28 mai 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, § 227, p.1043.

● **J.-F. BARBIERI**, notes sous :

- Cass. com., 1er juillet 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 959.

- Cass. com., 29 janvier 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 571.

- Saint Denis de la Réunion, 7 avril 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, § 122, p. 573.

- Cass. com., 08 janvier 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, § 40, p. 182.

- Cass. com., 6 février 2007 et 13 février 2007 : *Bull. Joly. Sociétés* 2007, § 193 et 194.

- Cass. com., 5 novembre 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, § 47, p. 269.

- Cass. Com 08 novembre 1988 : *JCP. G* 1989, *II*, 21230.

● **O. BARRET**, note sous Cass. com., 20 janvier 1987 : *Rev. sociétés* 1987, p. 397.

● **E. BAZIN**, note sous Cass. com., 08 mars 1994, *D*. 1994, *Jurispr*., p. 557.

● **M. BEHAR-TOUCHAIS**, note sous Cass. 1ère civ., 27 juin 1995 : *JCP. G* 1995, *II*, 22526.

● **A. BENABENT**, note sous Cass. com., 1er avril 1997 : *Defrénois* 19976, *Art.* 36703, p. 1437.

● **M. BILLIAU**, obs. sous Cass. com., 18 février 1992 : *JCP. G 1992, I*, p. 268.

● **D.-D. BOCCARA**, note sous Cass. com., 06 février 1996 : *D*. 1997, p. 353.

● **C. BOLZE**, note sous Cass. com., 5 mars 1991 et 5 février 1991, *Rev. sociétés* 1991, p. 546.

● **T. BONNEAU**, note sous :

- Cass. com., 16 décembre 2008, n° 07-19.777 : *JCP. E* 2009, 1037, p. 11.

- Cass. com., 04 juin 2002, n° 98-23.280 : *Dr. sociétés* 2002, n° 206, p. 10.

● **V. BREMOND**, obs. sous Cass. 1ère civ., 29 février 2000 : *D*. 2000, *Somm*. 242.

● **M. CABRILLAC et J.-L. RIVES-LANGE,** obs. sous :

- Cass. com., 22 novembre 1972 : *RTD. com* 1973, p. 309.

- Cass. com., 16 décembre 1969, *RTD. com*. 1970, p. 459.

● **M. CARTERON**, note sous Paris, 6 décembre 1968, *Journ. agréés*. 1969, p. 230.

● **N. CATALA-FRANJOU**, obs. sous Cass. 1ère civ., 17 juin 1969 : *JCP. G 1970, II*, 16162.

● **A. CERLES**, note sous :

- Cass. com., 3 juin 2008 : *RD bancaire et financier* 2008, juillet-aout, p. 53, n° 110.

- Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-14.305 : *RD bancaire et financier* 2008, juillet-aout, p. 50, n° 105.

● **CL. CHAMPAUD et D. DANET,** obs. sous :

- Cass. 2ème civ., 14 décembre 2006 : *RTD. com*. 2007, p. 368.

- Cass. com., 04 juin 2002 : *RTD. Com*. 2003, p. 114.

- Paris, 25ème ch. B, 15 février 2002, *RTD. com*., 2002, p. 318.

- Cass. com., 12 mai 1998, *RDT. com*. 1998, p. 852.

- Paris, 3ème ch., 4 novembre 1992, *RTD*. *com.* 1993, p. 329.

- Paris, 25ème ch. B, 8 novembre 1991, *RTD. com*. 1992, p. 395.

- Cass. com., 5 février 1991 et 5 mars 1991, *RDT. com*., 1992, p. 385.

- Cass. com., 15 octobre 1991*, RTD. com*., 1993, p. 327.

● **G. CHAMPENOIS**, note sous Cass. 1ère civ, 16 décembre 1986 : *Défrénois* 1987, *Article* 33933, n° 30.

● **Y. CHARTIER**, note sous Paris, 3ème ch., 23 juin 1977, *RJC* 1979, p. 175.

● **P. CHAUVEL**, note sous Cass. com., 7 janvier 1997, n° 94-21.561 et Cass. com., 22 avril 1997, n° 94-18.953 : *D*. 1998, *Jurispr*. p. 45.

● **J. CHEVALLIER**, note sous Cass. sect. com., 14 novembre 1966, *RTD. civ*. 1967, p. 627.

● **A. COLONNA D'ISTRIA**, note sous CJCE, 5ème ch., 15 janvier 2002, Andersen og Aps C / Skatteministeriert, n° C-43/00 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 348.

● **M. CONTAMINE-RAYNAUD**, obs. sous Cass. 1er civ. 10 juin 1997, *RD bancaire et bourse* 1997, p. 222.

● **A. CONSTANTINI**, note sous Cass. com., 11 juin 2003 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, § 216, p. 1017.

● **M.-L. COQUELET**, note sous :

- Cass. com., 29 janvier 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 683, § 153.

- Cass. com., 25 mars 1997 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 643, § 246.

● **R. COTIN** et **H. HOVASSE**, note sous Cass. com., 10 février 1971 : *D*. 1971, *Jurispr*., p. 605.

● **A. COURET,** note sous :

- Cass. com., 23 mars 1999 : *JCP. E* 1999, p. 1012.

- Cass. com., 18 octobre 1994 *: Bull. Joly Sociétés* 1994, § 363, p. 1300.

● **F.-J. CREDOT** et **Y. GERARD**, note sous Cass. com., 9 décembre 1997 : *RD bancaire et bourse* 1998, p. 102.

● **P. CROCQ**, note sous Cass. com., 16 juin 2004 : *D*. 2004, p. 2046.

● **J.-J. DAIGRE**, notes sous :

- Cass. 2ème civ., 8 juillet 2004 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, § 299, p. 1508.

- Cass. 2ème civ., 12 juillet 2001, *JCP. E* 2001, p. 327.

● **PH. DELEBECQUE**, notes sous :

- Cass. com., 1er avril 1997 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, § 245, p. 641.

- Cass. com., 03 janvier 1995, *Rev. sociétés* 1995, p. 493

- Paris, 25 ch. B, 4 novembre 1994 : *Bull. Joly Sociétés* 1995, p172.

- Cass. com., 11 mai 1993, *JCP. E* 1993. *II*, 503.

- Cass. com., 16 mars 1993 *: Bull. Joly Sociétés* 1993, § 154.

- Cass. 1ère civ., 1er juin 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1991, § 288, p. 803.

- Paris, 25e ch. A, 17 décembre 1991 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 85, p. 287.

● **X. DELPECH**, note sous Cass. com., 3 mai 2006, *D*. 2006, *Act. Jurispr*., p. 1446 & s.

● **Y. DEREU**, notes sous :

- Cass. com., 12 décembre 2006, n° 04-17187 : *Bull. Joly Sociétés* 2007, p. 511.

- Cass. 1ère civ., 17 janvier 2006, n° 03-11461 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 818.

- Cass. 3ème civ., 12 juillet 2005, n° 04-14494 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 231.

- Cass. 3ème civ., 19 décembre 2001 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, § 118, p. 532.

- Paris, 25ème ch. sect. A, 9 novembre 2001, n° 2000/04177 et Cass. com., 9 octobre 2001 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 272.

● **J. DEVEZE**, note sous Cass. com., 28 mai 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 1039.

● **J.-P. GARÇON**, note sous Cass. 3ème civ., 28 octobre 1992 : *JCP. N* 1993, *II*, p. 279.

● **J. GHESTIN**, note sous Cass. com., 22 octobre 1991 : *D*. 1993, *Jurispr*., p. 181,

● **D. GIBIRILA**, note sous Cass. 3ème civ., 05 janvier 1994, n° 90-17902 : *LPA*, 19 août 1994, n° 99.

● **L. GODON**, note sous Cass. com., 29 janvier 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, § 152, p. 677.

● **Y. GUYON**, note sous Cass. 1ère civ. 15 mars 1988 : *Rev. sociétés* 1988, p. 415.

● **R. HOUIN**, note et obs. sous :

- Amiens, 5 octobre 1974 : *RTD. com*. 1975, p. 136.

- Cass. com., 08 juillet 1969 : *RTD. com*. 1970, p. 159, n° 24.

● **D. HOUTCIEFF**, notes sous :

- Cass. 1ère civ., 30 octobre 2008, n° 07-17.646 : *JCP. G*. 2008, *II, Jurispr*., 10000.

- Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : *RDC* 2007, p. 1226.

- Cass. com., 6 février 2007, 04-15362 : *RDC* 2008, p. 423.

- Cass. com., 8 janvier 2007, n° 05-13735 et Cass. com., 27 novembre 2007, n° 06-15128 : *RDC* 2008, p. 421.

- Cass. com., 05 novembre 2005 (n° 1402 & 1403) : *JCP. G* 2005, *II, Jurispr*., 10170.

- Cass. com., 23 novembre 2004, n° 03-17235 et Cass. com., 05 mai 2004, n°01-03873 : *RDC* 2005, p. 408.

● **H. HOVASSE**, note sous :

- Cass. com., 20 février 2001 : *Defrénois* 2001, p. 535.

- Cass. 3ème civ., 19 février 1997 : *Defrénois* 1997, Art. 36580, p. 671.

● **P. LE CANNU**, notes sous :

- Cass. com., 12 février 2008 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, § 6, p. 28.

- Cass. com., 13 décembre 2005 : *Bull. Joly Sociétés* 2006, p. 518.

- Cass. com., 8 novembre 2005 (n° 1402 & 1403) : *Bull. Joly Sociétés* 2006, § 71, p. 345.

- Versailles, 17 mars 2005 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, p. 1264.

- Cass. com., 9 juin 2004 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1368.

- Cass. com., 23 mars 1999 : *Rev. sociétés* 1999, p. 339.

- Cass. com., 17 juin 1997 : *Bull. Joly Sociétés* 1997, p. 870.

- Cass. com., 03 janvier 1995 : *Bull. Joly Sociétés* 1995, § 70, p. 237.

- Cass. com., 26 janvier 1993 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, § 138, p. 482.

- Cass. 3ème civ., 28 octobre 1992 : *Bull. Joly Sociétés* 1993, § 13, p. 85.

- Cass. com., 2 juin 1992 : *Bull. Joly Sociétés* 1992, § 307, p. 946.

- Bordeaux, 2ème ch., 14 mai 1990 : *Rev. sociétés* 1990, p. 591.

- Paris, 16ème ch. B, 18 juin 1987 *: Bull. Joly Sociétés* 1987, § 297, p. 715.

- Cass. com., 24 février 1987 : *Bull. Joly Sociétés* 1987, § 98, p. 211.

- Paris, 20 novembre 1980 : *Rev. sociétés* 1981, p. 583.

● **H. LECUYER**, note sous Cass. com., 8 novembre 2005 (n° 1402 & 1403) : *Dr. sociétés*, février 2006, p. 15.

● **D. LEGEAIS**, note sous :

- Cass. 1er civ., 3 juillet 2008 : *RD bancaire et financier* 2008, septembre-octobre 2008, n° 135.

- Cass. com., 10 juin 2008, *RTD. com*. 2008, p. 604.

- Cass. com., 17 janvier 2006 : *Rev. sociétés* 2006, p. 540.

- Cass. com., 8 novembre 2005 (n° 1402 & 1403) : *JCP. E* 2006, 1000, p. 15.

- Cass. com., 3 avril 2002, *RD. Bancaire et financier* 2002, p. 125, n° 85.

- Cass. com., 5 octobre 1993 : *Rev. sociétés* 1994, p. 47.

● **J.-P. LEGROS**, notes sous :

- Cass. com., 1er juillet 2008, *Rev. sociétés* 2009, p. 323.

- note sous Cass. com., 16 janvier 2007, n° 05-16.235 : *Dr. sociétés*, juillet 2007, n° 135, p. 23.

- Cass. com., 27 septembre 2005, n° 03-20.390 et Cass. com., 6 décembre 2005, n° 04-14.352 : *Rev. sociétés*, mars 2006, n° 38.

● **R. LIBCHABER**, note sous Cass. 3ème civ., 21 janvier 2009 : *Defrénois* 2009, p. 1934.

● **A. LIENHARD**, obs. sous :

- Cass. com., 16 décembre 2008, *D*. 2009, p. 94.

- Cass. 1ère civ., 2 octobre 2002 : *D*. 2006, p. 233.

- Metz (1ère ch.), 21 mai 2002 : D. 2002, Jurispr., p. 2468.

- Cass. com. 17 juillet 2001 (deux espèces) : *D*. 2001, *Jurispr*., p. 2414.

● **F.-X. LUCAS**, notes sous :

- Cass. com., 17 juin 2008, n° 06-15045 et n° 07-14965 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, § 206 et 207, p. 965.

- Cass. com., 26 juin 2007 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, § 5, p. 24.

- Cass. ch. mixte, 18 mai 2007, n° 05-10.413 : *Dr. sociétés* 2007, n° 129.

- Cass. 1ère civ., 17 janvier 2006, n° 03-11461 : *Dr. sociétés*, mars 2006, p. 23.

- Paris, 10 mars 2000 : *RD bancaire et financier* 2000, p. 357.

● **N. MATHEY**, note sous CE, 23 janvier 2006 et Cass. com., 28 février 2006 : *Rev. sociétés* 2006, p. 798.

● **D. MAZEAUD**, notes sous :

- Cass. com., 13 février 2007 : *RDC.* 2007, n° 3, p. 707.

- Cass. 3ème civ., 28 juin 2006 : *D*. 2006, p. 2963, n°4 et 5.

● **R. MICHA GOUDET**, note sous Lyon, 3ème ch., 27 novembre 1998, *JCP. E* 1999, p. 1015.

● **J. MONNET**, note sous Cass. com., 17 décembre 2003 : *Dr. sociétés*, avril 2004, n° 64.

● **N. MORELLI**, note sous Aix-en-Provence, 10 janvier 2001 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, p. 594, § 133.

● **R. MORTIER**, note sous Cass. com., 26 juin 2007, n° 06-10.766 : *Dr. sociétés* 2007, n° 191.

● **CH. MOULY**, notes sous :

- Cass. com., 29 juin 1982, *D*. 1983, *Jurispr*., p. 360.

- Cass. com., 2 octobre 1979 : *Rev. sociétés* 1980, p. 73.

● **I. NAJJAR**, *obs*. sous Paris, 3è ch. A, 3 juin 1997 *: D*. 1998, p. 5.

● **M. PARIENTE**, note sous Cass. com., 13 novembre 2007 *: Rev. sociétés* 2008, p. 113.

● **B. PICHARD**, note sous Aix-en-Provence, 12 juin 1997, *LPA*, 18 février 1998, n° 21, p. 23.

● **S. PIEDELIEVRE**, note sous :

- Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 : *JCP. E* 2007, 1861.

- Cass. 1ère civ., 25 mai 2005, n° 04-14.695 : *JCP. G* 2005, *Jurispr*., 10169.

- Cass. com., 26 octobre 1999 : *Defrenois* 2000, Art. 37151, p. 483.

● **D. PORACCHIA**, note sous Cass. 1ère civ., 28 septembre 2004, n°03-10.810 : *Dr. & Patr*., mars 2005, p. 96.

● **C. PRIETO**, note sous Cass. com., 03 janvier 1996 : *Bull. Joly Sociétés* 1996, § 108, p. 96.

● **S. PRIGENT**, note sous cass. com., 08 novembre 2005 (n° 1402 & 1403) : *LPA* n° 4, 5 janvier 2006, p. 10.

● **J. ROUSSEAU**, note sous Cass. com., 05 janvier 1973, *JCP*. 1973, 17407.

● **R. ROUTIER**, note sous Cass. com., 16 juin 2004, p. 1095 : *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 1095.

● **PH. SALVAGE**, note sous Cass. 1ère civ. 10 mai 1988, *JCP. N* 1989. II, *Jurispr*. p. 10.

● **B. SAINTOURENS**, notes sous

- Cass. 3ème civ., 04 juin 2009 : *Rev. sociétés* 2009, p. 641.

- Cass. 3ème civ., 18 févier 2009, n° 08-12490 : *Bull. Joly Sociétés* 2009, p. 566.

- Versailles, 12ème sect. 1, 18 septembre 2007, n° 06/05248 : *Bull. Joly Sociétés* 2008, p. 105.

- Cass. com., 22 février 2005, n° 03-12902 : *Bull. Joly Sociétés* 2005, § 194, p. 863.

- Cass. 2e civ., 19 déc. 2002, n° 00-20250 : *Bull. Joly Sociétés* 2003, p. 483.

● **R. SAVATIER**, note sous T. com. Seine, 19 juin 1962 : *D*. 1962*, Jurispr.*, 769.

● **P. SCHOLER**, note sous Cass. com., 8 janvier 2002 : *Bull. Joly Sociétés* 2002, § 103, p.482.

● **PH. SIMLER,** notes et obs. sous :

- Cass. com., 14 mai 2008, n° 07-14.305 : *JCP. G* 2008, *I*, 211, n° 7.

- Cass. com., 30 septembre 2008, n° 07-12.053 : *JCP. G* 2008, *I*, 211.

- Colmar, 2ème ch. civ., sect. A, 7 juin 2007 : *JCP. G*. 2007, *II*, 10178, et *JCP. E*. 2008, *I*, 1037.

- Cass. com., 04 juin 2002, n° 98-23.280 : *JCP.G.* 2003, p. 616.

- Cass. 1ère civ., 15 octobre 1991 : *JCP. G* 1992, *II*, *Jurispr*., 21923.

- Cass. com., 22 janvier 1985 : *JCP. G* 1986, *II, Jurispr*., 20591.

● **P. SPITERI**, note sous Cass. 1ère civ., 16 novembre 1971 : *JCP. G* 1972, *II*, 17035.

● **F. STEINMETZ**, note sous Cass. 1ère civ., 21 novembre 1973 : *D.* 1975, *Jurispr*., p. 549.

● **PH. THERY**, note sous Cass. 1ère civ. 12 juillet 2007, n° 05-20314 : *Defrénois* 2008, n° 38726.

● **B. VAREILLE**, note sous cass. 1ère civ., 6 juillet 1999 : *RTD. civ*. 2000, p. 388.

● **M. VASSEUR**, note sous Cass. com., 06 mars 1978 *D*. 1979, *I.R*., p. 138.

● **P. VOIRIN**, note sous Lyon, 16 mai 1928 : *D*. 1928, II, 197.

V. – ARTICLES DE PRESSE

● « Groupe Caisse d'Epargne : Charles Milhaud et Nicolas Mérindol poussés vers la sortie », *Les Echos* – lundi 20 octobre 2008, p. 32.

● *Les Echos* du 29 janvier 2008, p. 2.

● « Pourquoi le France ne se fait plus confiance ? », *Les Echos* – mardi 23 octobre 2007, p.18.

VI. – SITES INTERNET ET BASES DE DONNEES ELECTRONIQUES

- *http://www.legifrance.gouv.fr*
- *http://www.courdecassation.fr*
- *http://www.unidroit.org/accueil.htm*
- *http://www.lextenso.com.bases-doc.univ-nancy2.fr/lextenso/archives*
- *http://www.lamylinereflex.fr.bases-doc.nancy-universite.fr/acces.jsp*
- *http://bu.dalloz.fr.bases-doc.nancy-universite.fr*
- *http://www.lexinter.net*
- *http://www.net-iris.fr*

INDEX THEMATIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphes)

– *A* –

Accessoire,

- caractère, (*V. cautionnement*).
- de la dette, (*V. dette*).

Acte anormal de gestion,

- critère d'appréciation, 434 et 345.
- définition, 433.

Acte authentique, 142.

Acte de commerce, (*V. commercialité*).

Apport partiel d'actif,

- ambiguïté, 490 et s ; 497.
- jurisprudence communautaire, 494.
- notion, 487 et s.

Associé,

- cession des droits sociaux, 353 ; 355 à 346.
- engagement, 15.
- exclusion, 357 et s.

– *B* –

Bail,

- crédit- bail, 519.
- contrat de, 97 ; 520 à 523.

– *C* –

Capacité de contracter,

- personne morale, 285 à 286.
- personne physique 283 et s.

Caution

- certification de caution, (*V. contre-garantie*).
- engagement personnel, 5 ; 15.
- initiée / profane, 255 et s ; 260 ; 328.
- solidaire, 15 ; 238.
- sous-caution, (*V. contre-garantie*).

Cautionnement,

- à première demande, 14.

- retrait, 353 à 354.

Assurance-décès,

- déductibilité des primes versée par la société, 436.
- intérêts de la souscription, 426.
- versement des primes par la caution, 427 et s.
- versement des primes par la société débitrice, 433 et s.

Cause,

- acte abstrait, 206 à 207.
- crédit, 188 ; 202.
- disparition, 381, 541.
- intérêt personnel, 181 ; 183 à 184 ; 188 à 194 ; 198 ; 378.
- objective, 200 ; 203.
- subjective, 200.
- support de l'engagement, 204 ; 541.
- théorie de, 196 et s ;
- usage fonctionnel, 380.

Champ contractuel, 3 ; 376.

Clause,

- attributive de juridiction, 250 et s.
- compromissoire, 250 et s.
- d'indivisibilité et de solidarité, 418.
- de libération de la caution, 385 et s.
  - originalité de la stipulation, 388 et s.
  - qualification,
    - qualifications exclues, 392 à 397.
    - qualifications possibles, 398 à 401.
- de limitation (*V. obligation de règlement*).
- statutaires privatives de dommages et intérêts, 351 et s.

Commercialité

- actes de commerce, 185 ; 213.
- accessoire objectif, 211 ; 223 et s.
- accessoire subjectif, 211 ; 219 à 222.
- activité,
- caractère accessoire, 56 ; 116 ; 596.
- caractère gratuit, 36 ; 37 ; 39 à 41 ; 284.
- caractère subsidiaire, 115
- d'affaires, 11 ; 23.
- illimité, 137 ; 161 et s.
- limité, 126 et s ; 148 et s.
- ouvert / fermé, 122 et s.
- réel, 15.

Compte courant

- clôture, 584.
- notion, 168 et s.
- solde provisoire / solde définitif, 170 ; 171 ; 445. *(V. aussi, résiliation).*

Confiance, 5 ; 49 à 51.

Conjoint,

- disparition du lien conjugal, 360 et s.
- imbrication de statuts, 361.
- maintien des avantages matrimoniaux, 367.
- *V. aussi consentement.*

Consentement

- du conjoint, 279 et s.
- vice du consentement
  - dol, 270 à 274.
  - violence, 275 et s.
  - violence économique, 277 et s.
  - *(V. aussi erreur).*

Contrat

- contrat instantanée, 100 à 102.
- force obligatoire, 1 à 5.
- prorogation, 152 ;
- reconduction tacite, 151 à 152.
- spécial, 601 et s.
- successif, 97, 100 à 101.
- unilatéral, 38 à 39 ; 200 à 201.

Contre-garantie, 7 ; 11 ; 389.

▪ affirmation comme critère, 225 et s.
▪ commerçants, 213.
▪ émergence du critère, 215 à 218.
▪ et « théorie de l'accessoire civil », 231 et s.
▪ intérêts, 218 ; 263 à 264.
- interprétation subjective, 258.
- spéculation, 186. (*V. aussi cause).*

Communauté d'intérêts, (*V. Sociétés à responsabilité illimitée).*

Débiteur, 6 ; 429 (*V. aussi, fusion*)

Décès de la caution

- extinction de l'engagement, 86.
- transmission du patrimoine, 410 et s.
- transmission des dettes déterminées, 413 et s.
- acceptation à concurrence de l'actif net, 422 et s.
- acceptation pure et simple, 424 et s.

Dette

- accessoires de la dette, 130 à 136.
- déterminée / déterminable, 95 ;
- de la caution, (*V. date de naissance des créances).*
- présente / future, 96.
- notion, 99 et s ; 176.

Dirigeant social,

- démission, 344 et s.
- impossible recours contre, 302.
- notion, 7.
- révocation, 347 et s.

– ***E*** **–**

Economie du contrat, 3 ; 376. ; 402.

Ensemble obligationnel, 27.

Equilibre du contrat, 3 ;

Erreur sur la personne, 64 à 72.

– ***F*** **–**

Créancier, 5 ; 6 ; 12 ; 428 ; 526. *(V. aussi, Fusion)*

– ***D*** **–**

Date de naissance des créances

- thèse volontariste, 105.
- thèse matérialiste, 106, 107.

● naissance de la dette de la caution
▪ engagement conditionnel, 112 et s.
▪ droit positif, 109.
▪ obligation éventuelle, 118 et s.

● de la société créancière, 514 et s.
● de la société débitrice,
▪ extinction de l'obligation de couverture, 536
▪ maintien de l'obligation de règlement, 535 et s.

– ***G*** **–**

Garantie, (*V. sûreté*)

Groupe de sociétés, 8 ; 321 à 323.

– ***I*** **–**

Inopposabilité, 301 et s ; 548 et s.
V. (fraude)

Intuitus personae

- au second degré, 79 ; 84 ; 403 ; 415 ;
- bilatéralité, 58.
- d'affection, 44 à 48.
- de confiance, 51 et s.
- délimitation du domaine, 30.
- exécution personnelle, 75 et s.
- incessibilité du lien contractuel, 80 et s.
- intensité variable, 31, 594.
- notion, 24 et s ; 42.
- relation « caution – débiteur », 5 ;

Formalisme,
- impératif, 140 et s ; 326 et s.
- probatoire, 253 et s.

Fraude,
- appréciation, 547.
- constitution, 543 et s.
- neutralisation, 473.
- sanction, 548 à 549.

Fusion
- effets, 504 à 507.
- intérêts, 511.
- modalités, 502 et s.
- ● de la société caution, 550 et s.
  - ▪ limitation de, 149 ; 153.
  - ▪ maintien, 362 et s.
  - ▪ transmission, 439 et s.
- ● obligation d'information, 38 ; 374 ; 441.
- ● obligation de règlement,
  - ▪ définition, 122 à 125 ; et s.
  - ▪ limitation de, 154 à 158.
  - ▪ transmission, 444 et s.

obligation de renseignement à la charge du créancier, 441 et s.

Offre de contracter, 61 à 63.

– ***P*** –

Particularisme, 22 et s.

Procédure collective,
- cessation des paiements, 572 ; 582.
- clôture pour insuffisance de l'actif, 590.
- conciliation, 558 et s.
- diversité des, 556.
- exigibilité des créances non échues, 583.
- indifférence de l'arrêt du cours des intérêts, 573 et s.
- jugement d'ouverture, 564 ;
- liquidation judiciaire, 582 et s.
- paralysie des poursuites, 557 ; 559 à 560 ; 565 à 568.
- poursuite de la caution, 562 ; 575 ; 539 à 540.
- relation « caution – créancier », 5 ; 524.
- remise en cause du lien, 87 ; 337 et s ; 383.

– ***J*** –

Jugement d'ouverture, (*V. Procédures collectives*)

– ***O*** –

Obligation
- ● obligation de couverture
  - ▪ définition, 122 à 125 ;
- ● confusion de, 552 ; 586 ;

Prescription,
- interruption, 245.
- point de départ, 245.
- réforme, 244.

Proportionnalité,
- définition, 287.
- extension, 288 et s.

– ***R*** –

Recours
- Personnel, 579 à 581 ; 590.
- subrogatoire, 578 ; 590.
- après paiement, 577.

Résiliation,
- faculté de, 162 et s.
- consécration, 164.
- effets, 167.

Responsabilité
- absence de responsabilité collective, 469.
- du créancier, 442,
- illimitée des associés, 15 ; 587 et s.

Rétroactivité, 457 à 457 ; 527 à 534.

– ***S*** –

583 et s.
- redressement judiciaire, 572 et s.
- sauvegarde, 563 et s.
- suspension des poursuites individuelles, 559 ;

Patrimoine
- définition, 70.
- Théorie du, 411 à 412.
● transmission universelle de
▪ des sociétés fusionnées ou scindées, 504 et s.
▪ intérêts, 511.

- délaissement de l'engagement garanti, 462 et s.
- période de formation de la société, 450 et s.
- reprise des engagements, 453 et s.
● transformation,
- description, 478 et s.
- modification des critères économiques, 483 et s.
- préservation des droits du créancier, 480 et s.
332.
● créée de fait, 450 ; 474.
● en formation,

Solidarité,
- fondement, 239 et s.
- importance, 143.
- présomption de, 237 et s.

Scission, 503, *(V. fusion)*

Société, 6 ; 8 ; 17.
● anonyme,
- autorisation des organes sociaux, 298 et s.
- exception d'ignorance excusable, 300.
● à responsabilité illimitée,
- cautionnement non-conformes à l'intérêt social, 308 et s.
- communauté d'intérêts, 8 ; 11 ; 315 et s ; 332.
- objet social / intérêt social, 305 et s.
- poursuites des associés, 587 et s.
- unanimité des associés, 312 et s ;

Solvabilité, 66 et s.

Sureté,
- notion, 5.
- personnelle, 5.
- réelle, 14.

– **T** –

Terme extinctif sous-jacent, 369.
Tribunaux de commerce, 247 et s.

– **U** –

Unanimité, (*V. société à responsabilité illimitée*).

TABLE DES MATIERES

(Les chiffres renvoient aux numéros de pages)

REMERCIEMENTS.....*I*
DEDICACES.....*II*
MISE EN GARDE.....*III*
LISTE DU CORPS ENSEIGNANT.....*IV*
PRINCIPALES ABREVIATIONS……*VIII*
SOMMAIRE.....*X*

INTRODUCTION GENERALE……..1

PREMIERE PARTIE : LE PARTICULARISME DU CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE…….……..……**23**

TITRE 1 / UN PARTICULARISME LIE AU CARACTERE *INTUITU PERSONAE* ET A L'ETENDUE VARIABLE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION……..…….**25**

CHAPITRE 1 / LA PERMANENCE DE L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LE CONTRAT DE CAUTIONNEMENT……..……..…**30**

SECTION 1 / LE CONTENU DE L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LE CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE……...31

§ 1. – Recherche d'un fondement au caractère *intuitu personae* du contrat de cautionnement……...33

A. – L'éviction des situations innommées et de la coutume comme fondements du caractère *intuitu personae* du cautionnement……33

B. – La loi, fondement unique au caractère *intuitu personae* du cautionnement……..35

§ 2. – La traduction de l'*intuitus personae* dans le contrat de cautionnement……..…41

A. – L'*intuitus personae* dans la relation « caution – débiteur » à travers l'affection…....42

B. – L'*intuitus personae* dans la relation « caution – créancier » à travers la confiance.....45

1. – La nécessaire confiance du créancier en la caution.....47

2. – L'inévitable confiance de la caution dans le créancier.....49

SECTION 2 / L'INFLUENCE DE L'*INTUITUS PERSONAE* DANS LA FORMATION, L'EXECUTION ET L'EXTINCTION DU CONTRAT DE CAUTIONNEMENT……..…52

§ 1. – L'influence de l'*intuitus personae* dans la formation du cautionnement…….....52

A. – L'analyse de l'offre de contracter en une invitation à entrer en pourparlers.....53

B. – L'admission de l'erreur sur la personne……56

§ 2. – L'influence de l'*intuitus personae* dans l'exécution et l'extinction du cautionnement.....63

A. – Le principe de l'exécution personnelle…… ….....…….63

1. – La signification du principe……64

2. – L'incessibilité du lien contractuel……67

a) L'admission relative de l'incessibilité active……67

b) Le rejet de l'incessibilité passive……69

B. – L'extinction de l'obligation de la caution…….71

Conclusion du chapitre 1……..…73

CHAPITRE 2 / L'ETENDUE VARIABLE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION……...**75**

SECTION 1 / L'ETENDUE MATERIELLE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION…….76

§ 1. – La typologie des dettes garanties……..76

A. – Les deux catégories de dettes garanties……77

1. – La distinction des deux catégories dettes……..…….....77

2. – Les limites de la distinction……....79

B. – La date de naissance de la dette de la caution……...82

1. – Rappel des solutions générales en matière contractuelle…….....82

2. – L'analyse spéciale de la date de naissance de la dette de la caution……...86

a) La thèse de l'engagement conditionnel…….....87
b) La thèse de l'obligation éventuelle…….……...92
§ 2. – Le cautionnement limité en montant ……...97
A. – « L'introuvable » notion de cautionnement limité en montant…….98
B. – Une conception souple et adaptée du cautionnement limité…….101
§ 3. – Le cautionnement illimité en montant…….....105

SECTION 2 / L'ETENDUE TEMPORELLE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION……..113

§ 1. – Le cautionnement limité dans le temps……..113
A. – La limitation de l'obligation de couverture…….114
1. – Une limitation liée à la relation principale……..114
2. – Une limitation indépendante de la relation principale……117
B. – La limitation de l'obligation de règlement……..118
1. – La signification de la limitation temporelle de l'obligation de règlement…..118
2. – L'irrévocabilité comme conséquence de la limitation temporelle de l'engagement……121
§ 2. – Le cautionnement illimité dans le temps……122
A. – La faculté de résiliation unilatérale…….123
B. – L'application de la résiliation au compte courant bancaire…….127
Conclusion du chapitre 2……...133

TITRE 2 / UN PARTICULARISME LIE A LA NATURE ET LA VALIDITE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION…….……**135**

CHAPITRE 1 / LA DETERMINATION DE LA NATURE COMMERCIALE OU CIVILE DU CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE……..…..……**136**

SECTION 1 / L'ACTIVITE, CRITERE DETERMINANT DE LA NATURE DU CAUTIONNEMENT……137

§ 1. – Le rejet du critère de « *l'intérêt personnel* »……..138
A. – Exposé du critère de « *l'intérêt personnel* »……138
B. – Critiques du critère de « *l'intérêt personnel* »…….144
1. – Arguments socio-anthropologiques……..144
2. – Argument juridique (au regard de la cause de l'engagement de la caution)……..147
§ 2. – La qualification commerciale du cautionnement à partir de la règle de l'accessoire……159

A. – L'affirmation de l'activité comme critère général de la commercialité……..159
B. – L'insuffisance de la conception subjective de la règle de l'accessoire……...166
C. – La fiabilité de la conception objective de la règle de l'accessoire……..169
1. – Nature commerciale du cautionnement……...170
2. – Nature civile du cautionnement……....174

SECTION 2 / L'INFLUENCE VARIABLE DE LA NATURE DU CAUTIONNEMENT SUR SON REGIME…….176

§ 1. – « L'unification distributive » du régime du cautionnement……...177
A. – L'unification au profit du droit commercial……178
1. – La présomption de solidarité……178
2. – Les incidences processuelles……....183
a) Le point de départ de la prescription quinquennale……183
b) La compétence des tribunaux de commerce……186
B. – L'unification au profit du droit civil……187
1. – De l'inefficacité des clauses attributives de juridiction à l'admission « relative » des clauses compromissoires……188
2. – L'importance limitée d'une preuve écrite……190
§ 2. – La nécessité d'une interprétation uniforme……195
Conclusion du chapitre 1……...197

CHAPITRE 2 / LA VALIDITE DE L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION.....……**199**

SECTION 1 / LES CONDITIONS DE FOND……...199

§ 1. – Les conditions générales……200
A. – Le consentement de la caution……...200
1. – Les vices du consentement……201
a) Le dol……201
b) La violence……204
2. – Le consentement du conjoint pour l'époux caution, commun en biens……206
B. – La capacité de contracter……210
C. – L'analyse de l'exigence de proportionnalité……...213
§ 2. – Les règles spécifiques au droit des sociétés……...219
A. – Le pouvoir d'engager la société : l'autorisation des organes sociaux……220
B. – La conformité de l'engagement à l'objet et à l'intérêt social……..226
1. – La rigidité de l'exigence de cautionnements conformes à l'objet social……....227

2. – L'unanimité des associés et l'existence d'une communauté d'intérêts, exceptions à l'exigence de cautionnements conformes à l'objet social……..230

a) L'unanimité des associés……..230

b) L'existence d'une communauté d'intérêts……232

SECTION 2 / LES CONDITIONS DE FORME……238

Conclusion du chapitre 2……...241

Conclusion de la première partie……..……243

SECONDE PARTIE : L'INFLUENCE DES CIRCONSTANCES EXTERIEURES SUR LE CAUTIONNEMENT DONNE A UNE SOCIETE……..……...246

TITRE 1 / LA MODIFICATION DE LA POSITION DE LA CAUTION A L'EGARD DE LA SOCIETE DEBITRICE……248

CHAPITRE 1 / LA PERTE DU STATUT INITIAL DE LA CAUTION……..249

SECTION 1 / L'INDIFFERENCE DE LA PERTE DU STATUT INITIAL DE LA CAUTION……...……..250

§ 1. – La diversité des situations entraînant la perte du statut initial de la caution……..250

A. – La cessation des fonctions de dirigeant social ou la perte du statut d'associé……251

1. – La cessation des fonctions du dirigeant social……..251

a) La démission……..……251

b) La révocation……..……..254

2. – La perte de la qualité d'associé……..……..260

a) La perte volontaire de la qualité d'associé : l'exercice du droit de retrait et la cession des droits sociaux……260

b) La perte involontaire de la qualité d'associé……..……264

B. – La disparition du lien conjugal dans le cas du conjoint caution……..266

§ 2. – Le maintien de la double obligation de couverture et de règlement……..268

A. – L'expose et la justification de la solution jurisprudentielle……268

B. – L'intégration expresse du statut initial de la caution dans le champ contractuel comme condition de sa libération……274

SECTION 2 / LA PRISE EN COMPTE DE LA CONNEXITE ENTRE L'ENGAGEMENT

DE LA CAUTION ET SON STATUT INITIAL……279

§ 1. – La considération de la cause et du caractère *intuitu personae* de l'engagement de la caution……..279
§ 2. – L'aménagement contractuel d'une clause de libération de la caution……...282
A. – La rédaction et l'utilité de la clause……284
B. – La qualification juridique de la clause……287
1. – Les qualifications exclues……287
2. – Les qualifications susceptibles d'être retenues……291
Conclusion du chapitre……..297

CHAPITRE 2 / LE DECES DE LA CAUTION……...**299**

SECTION 1 / LA TRANSMISSION INTEGRALE DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE DETTE DETERMINEE……...300

§ 1. – Le principe de la transmission intégrale du cautionnement des dettes déterminées……..301
A. – Les justifications……..301
1. – La règle de la transmission universelle du patrimoine……301
2. – L'impossible révocation d'un cautionnement garantissant des dettes déterminées……..305
B. – L'incidence de la nature commerciale du cautionnement sur le droit des successions……..306
§ 2. – La libération des héritiers……...307
A. – La renonciation à la succession ou l'acceptation à concurrence de l'actif net……308
B. – La souscription d'une assurance-décès……311
1. – Primes d'assurance versées par la caution elle-même……..312
2. – Primes d'assurance versées par la société débitrice et théorie de l'acte anormal de gestion……314

SECTION 2 / L'EXCLUSION DES DETTES POSTERIEURES EN CAS DE CAUTIONNEMENT DES DETTES INDETERMINEES……..318

§ 1. – De la transmission de l'obligation de couverture des dettes futures a l'admission jurisprudentielle d'une obligation de renseignement à la charge du créancier……318
A. – La transmission initiale de l'obligation de couverture des dettes futures……...318
B. – L'admission jurisprudentielle d'une obligation de renseignement à la charge du créancier……..320

§ 2. – La transmission de l'obligation de règlement des dettes présentes et l'extinction de l'obligation de couverture des dettes futures……..……323
Conclusion du chapitre 2……..…….325

TITRE 2 / LES MUTATIONS DE LA SOCIETE DEBITRICE OU CREANCIERE ET LEURS CONSEQUENCES SUR L'ENGAGEMENT DE LA CAUTION…….**327**

CHAPITRE 1 / LES EVENEMENTS N'ENTRAINANT PAS LA DISPARITION DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA SOCIETE…….**329**

SECTION 1 / LE CAS PARTICULIER DE LA SOCIETE EN FORMATION……330

§ 1. – Le maintien du cautionnement en cas de reprise des engagements garantis……..332
A. – Les techniques de reprise des engagements par la société……..332
B. – Le maintien du cautionnement donné……..335
§ 2. – Le sort du cautionnement en cas de délaissement des engagements garantis..…….……337
A. – L'engagement personnel du souscripteur de l'acte…….338
B. – La libération de la caution étrangère à la société…….344

SECTION 2 / LE MAINTIEN DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE RESTRUCTURATION DE LA SOCIETE DEBITRICE OU CREANCIERE SANS AFFECTATION DE LA PERSONNALITE MORALE……..347

§ 1. – Le maintien du cautionnement en cas de transformation de la société……..349
A. – Le principe du maintien de l'engagement de caution……..349
B. – La transformation de la société comme condition exceptionnelle de la libération de la caution…….352
§ 2. – La survie du cautionnement en cas d'apport partiel d'actif au regard de la théorie du patrimoine……354
Conclusion du chapitre 1……...361

CHAPITRE 2 / L'INFLUENCE DIVERSIFORME DE LA DISPARITION DE LA PERSONNALITE MORALE DE LA SOCIETE CREANCIERE OU DEBITRICE SUR LE CAUTIONNEMENT…….363

SECTION 1 / LE MAINTIEN DISCONTINU DU CAUTIONNEMENT EN CAS DE FUSION OU DE SCISSION DE LA SOCIETE CREANCIERE OU DEBITRICE……..365

§ 1. – De la disparition critiquable de l'obligation de couverture en cas de fusion de la société créancière à une rétroactivité étendue……..371

A. – Les restrictions jurisprudentielles à la transmission de la l'obligation de couverture de la caution……372

B. – La portée limitée de la clause de rétroactivité de la fusion……..382

§ 2. – Le maintien justifié de l'obligation de règlement en cas de fusion de la société débitrice cautionnée……386

A. – L'admission du maintien de l'obligation de règlement……...387

B. – Le maintien exceptionnel de l'obligation de couverture en cas de renouvellement de l'engagement ou de fraude de la caution……390

§ 3. – Le sort du cautionnement en cas de fusion de la société caution……...396

SECTION 2 / LES EFFETS GRADUES DES PROCEDURES COLLECTIVES SUR LE CAUTIONNEMENT……...399

§1. – Le maintien du cautionnement dans une situation de latence…….401

A. – Dans la procédure de conciliation……...402

B. – Dans la procédure de sauvegarde……405

§ 2. – La précarité de la situation de la caution dans les procédures de redressement et de liquidation judiciaires……...410

A. – L'impossibilité pour la caution de bénéficier des mesures favorables au débiteur dans le redressement judiciaire……...410

B. – L'appel de la caution dans la liquidation judiciaire…….417

Conclusion du chapitre 2……...427

Conclusion de la seconde partie……..……..430

CONCLUSION GENERALE……...432

BIBLIOGRAPHIE……...……..438

INDEX THEMATIQUE……483

TABLE DES MATIERES…….488