



HAL
open science

Essai sur la notion de garantie

Nicolas Bargue

► **To cite this version:**

Nicolas Bargue. Essai sur la notion de garantie. Droit. Université paris 1 Panthéon- Sorbonne, 2008. Français. NNT: . tel-04512936

HAL Id: tel-04512936

<https://hal.science/tel-04512936>

Submitted on 20 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



Distributed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License

UNIVERSITÉ PARIS I PANTHÉON-SORBONNE
Année 2007-2008

ESSAI SUR LA NOTION DE GARANTIE

*Thèse en vue de l'obtention du grade de Docteur en droit privé,
présentée et soutenue publiquement à Paris, par*

Nicolas BARGUE

le 26 novembre 2008.

JURY

Suffragants :

Monsieur Pascal ANCEL

Professeur à l'Université Jean Monnet - Saint-Étienne.

Monsieur Pierre CROCQ

Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas.

Monsieur Grégoire LOISEAU

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

Madame Véronique NICOLAS

Professeur à l'Université de Nantes.

Directeur de la recherche

Monsieur Patrice JOURDAIN

Professeur à l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne.

L'Université Paris I Panthéon-Sorbonne n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses.

Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

ABREVIATIONS ET MODES DE CITATION

<i>Adde</i>	Ajouter
Art.	Article
<i>Banque et dr.</i>	Banque et droit
<i>Bull. Joly Sociétés</i>	Bulletin Joly Sociétés
<i>Cahiers dr. entr.</i>	Cahiers du droit de l'entreprise
Cass. AP	Arrêt de l'Assemblée plénière
Cass. civ.	Arrêt de la chambre civile
Cass. com.	Arrêt de la chambre commerciale
Cass. crim.	Arrêt de la chambre criminelle
Cass. req.	Arrêt de la chambre des requêtes
Cass. soc.	Arrêt de la chambre sociale
Chron.	Chronique
Comp.	Comparer
Concl.	Conclusions
<i>Contra</i>	Au contraire
<i>Contrats conc. conso.</i>	Contrats concurrence consommation
<i>D.</i>	Recueil Dalloz
Doctr.	Doctrine
<i>Dr. et patr.</i>	Droit et patrimoine
Éd.	Édition
<i>Eod. loc</i>	<i>Eodem loco</i> : même paragraphe
<i>Gaz. Pal.</i>	Gazette du Palais
<i>Ibid</i>	<i>Ibidem</i> : même ouvrage
<i>Infra</i>	Ci-dessous
<i>JCP</i>	Semaine juridique, édition générale
<i>JCP E</i>	Semaine juridique, édition entreprise
<i>JCP N</i>	Semaine juridique, édition notariale
<i>LPA</i>	Les Petites Affiches
N°	Numéro
Obs.	Observations
<i>Op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> : ouvrage précité
P.	Page

Préc.	Précité
Rapp.	Rapport
Rappr.	Rapprocher
<i>RDC</i>	Revue des contrats
Rép. civ.	Répertoire civil
Rép. com.	Répertoire commercial
<i>Resp. civ. assur.</i>	Responsabilité civile et assurances
<i>Rev. dr. banc.</i>	Revue de droit bancaire
<i>Rev. dr. banc. bourse</i>	Revue de droit bancaire et de la bourse
<i>Rev. dr. banc. fin.</i>	Revue de droit bancaire et financier
<i>Rev. dr. immo.</i>	Revue de droit immobilier
<i>Rev. proc. coll.</i>	Revue des procédures collectives
<i>Rev. soc.</i>	Revue des sociétés
<i>RGAT</i>	Revue générale des assurances terrestres
<i>RGDA</i>	Revue générale de droit des assurances
<i>RJDA</i>	Revue de jurisprudence de droit des affaires
<i>RLDA</i>	Revue Lamy droit des affaires
<i>RLDC</i>	Revue Lamy droit civil
<i>RTD civ.</i>	Revue trimestrielle de droit civil
<i>RTD com.</i>	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	Suivant
<i>S.</i>	Sirey
Spéc.	Spécialement
<i>Supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
V.	Voir
Vol.	Volume

PLAN SOMMAIRE

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : CARACTERES COMMUNS A LA NOTION DE GARANTIE	23
TITRE 1 : UNITE FONCTIONNELLE DE LA GARANTIE	25
Chapitre 1 : Tentatives de définition conceptuelle de la garantie	27
Chapitre 2 : Définition fonctionnelle de la garantie	83
TITRE 2 : UNITE TEMPORELLE DE LA GARANTIE	139
Chapitre 1 : Structure temporelle de la garantie.....	141
Chapitre 2 : Délimitation temporelle de la garantie	195
DEUXIEME PARTIE : DIVERSITE DE REGIME DE LA GARANTIE.....	243
TITRE 1 : DIVERSITE DU CARACTERE ACCESSOIRE DE LA GARANTIE.....	245
Chapitre 1 : Existence du caractère accessoire de la garantie	247
Chapitre 2 : Application de la règle de l’accessoire à la garantie	291
TITRE 2 : DIVERSITE D’EFFETS DE LA GARANTIE	349
Chapitre 1 : Dénouement de la garantie	351
Chapitre 2 : Caractère impératif de la garantie	399
CONCLUSION GENERALE	449

INTRODUCTION

1. La garantie dans le langage courant. Peu de notions juridiques nous semblent *a priori* aussi familières que la garantie, tout en comportant une aussi large part de mystère. La garantie fait partie de ces termes qui semblent simplement empruntés au langage commun et transposés à une matière donnée. Mais d'un strict point de vue juridique, plusieurs auteurs ont déjà remarqué les incertitudes qui affectent ses contours¹.

L'étymologie du terme « garantie » est bien connue². En langue germanique, *gewähren*, désigne le fait pour quelqu'un d'assurer la véracité d'une affirmation donnée. De cette définition, se déduit que la garantie est liée à la certitude. Elle est ici envisagée comme la levée d'une interrogation relative à un élément préalable, dont les qualités étaient mises en doute. Toutefois, les imperfections affectant cette définition apparaissent rapidement. Elle demeure vague et n'entraîne aucune conséquence juridique. On ne sait notamment si la garantie est suivie d'effet, si elle engage son émetteur à accomplir un devoir, et quelles seraient les conséquences de son abstention dans ce cas. En définitive, la garantie est uniquement appréhendée au moment où elle est donnée, sans que l'on sache ce qu'il advient par la suite. De plus, l'objet de cette garantie reste indéterminé.

Le sens actuel de la garantie se démarque quelque peu de cette étymologie. Aujourd'hui, elle est en effet définie comme « l'obligation d'assurer à quelqu'un la jouissance d'une chose, d'un droit, ou de le protéger contre un dommage éventuel »³. Garantir consiste donc toujours à dissiper définitivement les doutes qui se formeraient autour d'un événement, comme le montre la référence à l'éventualité. Mais l'aspect de la définition portant sur la véracité d'une affirmation semble s'être quelque peu estompé au profit d'une acception plus technique du terme. En effet, la garantie se voit attacher des effets consistant en une compensation accordée à son destinataire. Un glissement se produit donc doucement vers une idée de satisfaction du bénéficiaire de la garantie.

¹ P. CROCO, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1995, n° 283 et s. ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Etudes offertes au Professeur Ph. MALINVAUD*, Litec, 2007, p. 303 et s.

² A. REY (dir.), *Le Robert, dictionnaire historique de la langue française*, éd. 1998, V° Garantir.

³ *Le nouveau Petit Robert de la langue française*, 2007, V° Garantie.

2. La garantie dans le langage juridique. Juridiquement, cette idée de satisfaction est nécessairement amenée à prendre le pas sur celle de certitude. Car la dissipation des doutes ne peut passer que par une technique sanctionnée juridiquement. Cela ne signifie évidemment pas qu'une garantie simplement morale ne puisse être fournie par un individu. Mais cet engagement moral n'étant, en principe, assorti d'aucune sanction autre que le sentiment de culpabilité éprouvé par le garant, il n'est pas pris en considération par le droit et ne peut entrer dans le cadre d'une étude juridique sur la notion de garantie.

Les définitions juridiques données de la garantie ne lèvent pas toute incertitude, loin s'en faut. Elle désignerait « au sens large, tout mécanisme qui prémunit une personne contre une perte pécuniaire »⁴, mais il ne s'agirait là que d'un terme générique « doté d'un sens d'évocation employé seul et chargé de sens de précision associé à d'autres ». Il ressort de cela que la garantie en elle-même n'aurait qu'une signification assez vague et variable selon les circonstances. Ainsi envisagée, elle ne présente guère d'utilité. Il n'est nullement fait mention des mécanismes permettant de la réaliser. Son champ d'application apparaît extrêmement vaste, puisqu'on ne saurait dénombrer les techniques permettant à un individu de se prémunir contre une perte pécuniaire. De plus, certains éléments mis en avant suscitent un certain étonnement. La perte redoutée serait d'abord, selon la définition proposée, exclusivement pécuniaire, alors qu'il est tout à fait concevable qu'un intérêt autre que celui-ci fasse l'objet d'une semblable protection. Ensuite, le terme « prémunit » semble signifier que la garantie agit de façon préventive, alors que l'on pourrait fort bien imaginer qu'une garantie produise un effet curatif, une fois la perte pécuniaire réalisée⁵.

Enfin, si les droits étrangers utilisent des termes proches de la garantie⁶, leur signification n'est pas plus claire. Lorsqu'elle est jugée digne d'intérêt⁷, la définition donnée de la garantie en droit espagnol est tout aussi vaste, puisqu'elle y est envisagée, largement, comme tout procédé juridique qui assure l'exécution d'une obligation de la part du débiteur

⁴ G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2007, *V° Garantie*, n° 1.

⁵ Le terme « garantie », employé semble-t-il pour la première fois en langue française par ROLAND en 1080, n'est d'ailleurs pas sans rapport avec l'idée de guérison, dont il tire une partie de son étymologie : J. DUBOIS, H. MITTERRAND et A. DAUZAT, *Dictionnaire étymologique et historique du français*, Larrousse, 1998, *V° Garant*.

⁶ V., pour une étude de l'étymologie de la garantie dans différents systèmes de droit, M. RADIN, « Guaranty and Suretyship », *California Law Review* 1928-1929, p. 605 et s.

⁷ A. CARRASCO PEREA, E. CORDERO LOBATO, M. J. MARIN LOPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi Ed., 2002. Les auteurs affirment, en préambule, vouloir étudier chaque garantie sans fournir de définition générale, afin d'éviter des discussions stériles, trop conceptuelles, et étrangères au domaine juridique. Ils se bornent, donc, à définir la garantie comme un procédé destiné à renforcer une obligation principale.

ou la jouissance d'un droit⁸. L'emploi de deux termes proches en langue anglaise, *guarantee* et *warranty*⁹, est même de nature à accroître le trouble. L'un désigne une opération par laquelle un tiers vient apporter une sécurité au créancier face au risque d'impayé d'une créance¹⁰, tandis que l'autre s'attache davantage aux engagements d'un contractant, relatifs aux qualités de la chose¹¹. Cette dissociation linguistique, imperceptible en droit français, est-elle révélatrice d'une divergence profonde, susceptible de remettre en cause l'unité de la garantie ?

3. Renforcement du besoin de sécurité. Ajoutée à la rareté et la brièveté des études menées sur le sujet, cette définition de la garantie laisse insatisfait. Faudrait-il s'en tenir à la théorie selon laquelle la garantie n'est qu'un concept générique revêtant une simple idée générale, en soi peu utile ? Ce ne serait pas rendre justice à une notion en pleine expansion. Même approximatives, les définitions observées suffisent à montrer la prédominance, en matière de garanties, de la sécurité, c'est-à-dire d'un sentiment de tranquillité. Cet impératif imprègne aujourd'hui de nombreux domaines du droit et, plus largement encore, la société dans son ensemble. Il est vrai que la sécurité n'est pas le fruit de notre époque. HOBBS¹² et LOCKE¹³ ont, en leur temps, évoqué la nécessité pour l'homme d'abandonner une part de liberté au profit du gouvernement, dans le but de restaurer une sécurité menacée par le conflit des intérêts personnels et la violence privée qui en résulte. Leur pensée mettait tant l'accent sur le sentiment de sécurité qu'ils l'érigeaient en pierre angulaire et en fondement du mode de gouvernement. Peu à peu, cette décision de l'individu de ne pas se résigner devant l'adversité¹⁴ l'a poussé à étendre sa protection face à une multiplicité de dangers potentiels¹⁵ :

⁸ N. FERNANDEZ PEREZ, « Contratos de prestamo y garantía », in *Contratación mercantil*, vol. 1, Tirant lo blanch, 2003, p. 771 et s., spéc. p. 787.

⁹ V. toutefois, sur l'origine commune des deux termes, K. P. MCGUINNESS, *The Law of Guarantee*, 2^{ème} éd., Carswell, 1996, n° 3.2 ; J. O'DONOVAN et J. PHILLIPS, *The Modern Contract of Guarantee*, English edition, Sweet and Maxwell, 2003, n° 1-111 et s.

¹⁰ K. P. MCGUINNESS, *op. cit.*, n° 3.7. L'auteur fournit la définition suivante de la garantie en droit anglais : « A contractual obligation undertaken by one person (known variously as the « guarantor or the « surety ») in which he promises that a second person (known as the « principal ») shall perform a contract or fulfill some other obligation, and that if the principal does not, then the surety will do it for the principal ». On peut s'étonner du caractère restrictif d'une telle définition, purement technique, qui désigne en réalité les sûretés personnelles, plus précisément le cautionnement, le terme *indemnity* faisant, quant à lui, davantage référence à la garantie autonome.

¹¹ K. P. MCGUINNESS, *op. cit.*, n° 3.2.

¹² Th. HOBBS, *Léviathan, Matière, forme et puissance de l'Etat chrétien et civil*, Gallimard, 2001.

¹³ J. LOCKE, *Traité du Gouvernement civil*, Flammarion, 1992.

¹⁴ Ph. PORTIER, « Les trois âges de la sécurité », in *La sécurité*, Revue juridique de l'ouest, n° spécial 2002, p. 13 : l'auteur fait référence à un « nouveau modèle de société, marqué par le refus des individus d'accepter la finitude de leur propre existence ».

¹⁵ V., sur les différentes phases de la réponse à l'insécurité, Ph. PORTIER, « Les trois âges de la sécurité », art. préc.

au-delà de la violence née d'autrui, d'autres risques plus pernicieux peuvent venir menacer ses intérêts. L'interventionnisme de l'Etat, en matière économique, procède d'un besoin de ne pas laisser certains acteurs économiques sans protection au sein d'un marché qui, livré aux intérêts personnels, ferait disparaître les acteurs économiques les plus faibles. L'instauration d'une couverture sociale tend de même à augmenter la sécurité de l'individu dans diverses situations telles que la maladie, la vieillesse ou la perte d'emploi.

Pour autant, la conscience du risque semble aujourd'hui connaître un essor exponentiel¹⁶. Le besoin de sécurité se manifeste face à de nombreux événements susceptibles de compromettre la bonne marche économique et sociale de la communauté. Il en est ainsi des événements économiques microéconomiques, tels l'impayé ou l'insolvabilité, intolérables pour ceux qui dénoncent le « droit de ne pas payer ses dettes »¹⁷ ou macroéconomiques, comme des crises financières ou économiques généralisées¹⁸, mais aussi des événements naturels, tels des phénomènes météorologiques à l'origine de dégâts d'une vaste ampleur. Plus encore, l'accélération du développement des sciences et techniques, durant le dernier siècle, a contribué à accroître les périls planant sur la santé des individus. Aux accidents industriels ont succédé le risque de développement¹⁹, les catastrophes technologiques et environnementales²⁰ et d'autres risques encore représentant une menace pour tout ou partie du corps social. Confronté à de tels événements, l'individu tente de les prévenir ou, tout du moins, d'en réparer les conséquences de la façon la plus adéquate possible. La recherche de prévention et de prévision est aujourd'hui exacerbée au point tel que le principe de précaution, destiné à la prévention de dommages majeurs de nature à menacer les intérêts des individus²¹, fut récemment introduit à ces fins au sein de la Constitution française²².

¹⁶ V., sur le sentiment collectif d'insécurité de la société au tournant du troisième millénaire, J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », *Flexible droit*, 10^{ème} éd., LGDJ, 2001, p. 201 et s.

¹⁷ Cette formule aujourd'hui classique est issue du titre d'une chronique de G. RIPERT : *D.* 1936, chron. p. 57.

¹⁸ Il n'est qu'à songer à l'angoisse provoquée par la crise financière des *subprimes* et ses éventuels prolongements, angoisse à peine apaisée en France par l'existence d'un Fonds de garantie des dépôts établi par les articles L. 312-4 et s. du Code monétaire et financier et chargé, entre autres, « d'indemniser les déposants en cas d'indisponibilité de leurs dépôts ou autres fonds remboursables ».

¹⁹ Le risque de développement porte sur un défaut qui ne pouvait, pour un produit donné, pas être décelé, en l'état des connaissances techniques. Il constitue une cause d'exonération dans le cadre de la responsabilité des produits défectueux, en application de l'article 1386-11, 4^o du Code civil, issu de la loi du 19 mai 1998, laquelle transposait la directive du 25 juillet 1985.

²⁰ V. sur cette question A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, préf. P. JOURDAIN, LGDJ, 2006

²¹ M. BOUTONNET, Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2005, n^o 378 et s. *Adde*, Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Ed. Odile Jacob, La documentation française, 2000, spéc. p. 39 sur la diversité des risques susceptibles d'être couverts par ce principe. La lettre du Premier ministre de l'époque, adressée aux auteurs du rapport et publiée à titre liminaire, insiste d'ailleurs particulièrement sur la nécessité de lutter contre les « inquiétudes en France et en

4. La garantie, remède à l'insécurité. L'apparition par vagues successives de ces risques créateurs d'insécurité n'est pas restée sans réponse. Le législateur et le juge ont fait preuve d'une créativité croissante rendue nécessaire par l'importance quantitative des dommages éprouvés. Elle s'est manifestée par l'établissement progressif de moyens propres à prévenir ou réparer les conséquences d'atteintes aux intérêts des individus. On comprend donc que l'augmentation et la diversification des sources d'insécurité appelant un développement du concept de garantie. Il fait aujourd'hui partie intégrante de la société et des règles qui la gouvernent. Même si, dans une perspective économique, la garantie répond à une diversité de buts²³, parmi lesquels l'établissement pour un fournisseur d'arguments de vente supplémentaires et l'émission de signaux sur la qualité des produits, elle demeure étroitement liée à cette situation d'insécurité, à laquelle elle apporte un possible remède. Dans ces conditions, l'absence de définition précise de la garantie apparaît non seulement regrettable, mais surtout en décalage avec le contexte économique et social dans lequel s'insère le droit. Une vague référence à la prévention des dommages ne saurait suffire au regard de la place centrale occupée par la garantie.

Le rôle essentiel des notions dans la science juridique n'est pourtant plus à démontrer. Ainsi que certains l'ont déjà énoncé, « toute construction juridique suppose une élaboration des concepts et une combinaison des concepts entre eux »²⁴. Il est donc singulier que des techniques appelées à jouer un rôle aussi majeur que les garanties ne fassent l'objet d'aucune construction d'ensemble.

5. Emergence ancienne des garanties. Il est vrai que l'évolution historique du besoin de sécurité contribue à expliquer le flou entourant la notion de garantie. L'apparition progressive

Europe dans l'opinion publique », relatives non seulement à la culture d'organismes génétiquement modifiés, mais aussi plus généralement sur les points suivants : « transparence de l'information, respect des précautions en matière de santé publique et d'environnement, sans pour autant que soient contrecarrés les apports bénéfiques de la science ».

²² V. la loi constitutionnelle n° 2005- 205 du 1^{er} mars 2005, qui en liant la Charte de l'environnement à la Constitution, a conféré une valeur constitutionnelle à l'article 5 de cette Charte, qui contient le principe de précaution. V., sur les différents aspects de cette question, le dossier « Principe de précaution », *D.* 2007, p. 1514 et s.

²³ V. par exemple, s'agissant des garanties contractuelles, J. NOLL, « Does One Size Fit All ? A Note on the Harmonization of National Warranty Law as a Tool of Consumer Protection », *European journal of law and economics*, vol. 16, n° 2, September 2003, p. 219 et s. ; F. PARISI, « The Harmonization of Legal Warranties in European Law : An Economic Analysis », *American journal of comparative law*, vol. 52, n° 2, 2004, p. 403 et s. Les auteurs appliquent, pour apprécier les apports de la garantie de conformité dans la vente, les apports d'une doctrine selon laquelle la garantie vise, non seulement à l'information et l'assurance du consommateur, mais aussi à la préservation des intérêts du fabricant.

²⁴ Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, LGDJ, 1987, n° 457. L'auteur cite en ce sens les travaux de GENY : *Science et technique en droit privé positif*, t. III, n° 218.

de facteurs d'insécurité a en effet poussé à adopter une démarche empreinte de casuistique, sans qu'aucune vision globale ne soit présentée de la société face à ce sentiment.

Certains types de mécanismes, aujourd'hui considérés comme des garanties, apparurent extrêmement tôt, comme en témoignent des écrits datant de plus de deux mille cinq cents ans avant J.-C., ainsi que le Code Hammourabi²⁵. Se retrouvèrent ensuite en droit romain les garanties du droit des contrats, dues notamment par le vendeur en cas d'éviction²⁶ puis de révélation d'un vice caché²⁷. Encore la qualification de garantie prête-t-elle à discussion. Ces techniques, utilisées notamment dans la vente et le bail, se distinguent malaisément de la responsabilité contractuelle²⁸, dont elles n'apparaissent encore parfois qu'un avatar doté d'une efficacité supérieure.

Certaines sûretés étaient également connues du droit romain²⁹. Ainsi, le créancier pouvait-il se prémunir de l'insécurité relative à l'impayé grâce à divers types de cautionnements ou au constitut de la dette d'autrui, garanties lui offrant un droit personnel contre un tiers³⁰. Il pouvait aussi bénéficier d'un droit réel sur une chose de son débiteur, en vertu d'un gage, d'une hypothèque ou d'une fiducie³¹. Le droit de rétention n'était également pas inconnu à cette époque³², même si son existence était alors embryonnaire et très ponctuelle. Nombre de sûretés actuelles ne sont donc que des techniques déjà connues à cette époque, ou dérivées de mécanismes classiques³³.

²⁵ V., dans une perspective historique de droit anglais des sûretés, J. O'DONOVAN et J. PHILLIPS, *op. cit.*, n° 1-01 et s.

²⁶ PAUL, *Digeste*, XIX, IV, 1 : le vendeur doit « garantir l'acheteur contre l'éviction, lui procurer la possession de la chose vendue et s'abstenir de tout dol ». V., pour davantage de précisions sur la garantie d'éviction en droit romain, P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, par J.-Ph. LEVY, Dalloz, 2003, p. 588 et s.

²⁷ C'est d'abord dans les ventes de bétail et d'esclaves que s'est développé un mécanisme impératif de garantie des vices cachés, par édits des édiles curules en date du II^e siècle avant J.-C. V., sur cette application particulière de la garantie dans la vente, R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, thèse Paris, 1930. Le procédé fut ensuite généralisé à l'ensemble des ventes durant le Bas-Empire.

²⁸ V., pour une tentative, peu suivie d'effets, de clarification de la distinction entre la responsabilité et la garantie, Ch. SAINTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruylant, 1884.

²⁹ V., pour un aperçu de l'évolution historique du droit des sûretés, Y. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, 2008, n° 5.

³⁰ Plusieurs cautionnements coexistaient d'abord : les cautionnements *verbis*, reposant sur la parole, et les cautionnements consensuels. La matière fut ensuite unifiée sous Justinien : J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002, n° 748.

³¹ V., sur ces mécanismes en droit romain, P. F. GIRARD, par J. Ph. LEVY, *op. cit.*, p. 795 et s.

³² J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 501 : la vente au comptant comportait une sorte de droit de rétention au profit du vendeur, fondé sur la bonne foi. *Adde*, dans l'ancien droit français, *op. cit.*, n° 503.

³³ Ainsi, le crédit-bail, qui fait appel à des techniques telles que le contrat de bail et la promesse unilatérale de vente, procure une protection au crédit-bailleur par l'utilisation du droit de propriété. Davantage que les mécanismes utilisés, c'est leur combinaison qui innove.

6. Développement de nouvelles formes de garantie. Le passage du temps, non seulement a conforté les garanties du droit des contrats³⁴ et les sûretés³⁵, parfois en les modifiant quelque peu, mais a également apporté son lot de nouveaux mécanismes destinés à conférer une sécurité accrue aux individus dans de nouvelles situations. On assista à partir du Moyen-âge au développement de mécanismes assuranciers³⁶. Ainsi, le prêt à la grosse aventure permettait de financer une expédition maritime par un prêt, dont le remboursement, assorti d'une plus-value, n'était dû que si le voyage était mené à bien³⁷. Le développement des méthodes de calcul des primes mena à un essor et un raffinement de ces opérations aléatoires, si bien que l'assurance prit son essor pour émerger sous sa forme actuelle au XVII^e siècle. Reposant sur une structure générale comparable à celle des sûretés personnelles, c'est-à-dire sur l'intervention d'un tiers chargé de payer le bénéficiaire en cas d'événement malheureux, elle présente l'avantage d'un financement plus approprié à la survenance de dommages quantitativement ou qualitativement importants. C'est donc en toute logique qu'on y fit appel dès lors que la société connaissait un mouvement simultané, au XIX^e siècle, d'essor démographique, d'urbanisation et d'industrialisation, conduisant à une multiplication des dangers pour la population³⁸.

A cette même époque, se fit sentir une évolution de la responsabilité. Alors que ce mécanisme était jusqu'à présent dominé par la faute, un glissement commença à s'opérer en faveur du fondement du risque, dans un mouvement de faveur des juges envers les victimes d'accidents du travail ou de transports. Tandis que les règles traditionnelles de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ne suffisaient à assurer l'indemnisation de ces victimes, la jurisprudence a dégagé un corpus de règles, comprenant notamment la création de l'obligation de sécurité, de nature à ne pas les laisser dépourvues lorsque survenaient des dommages étrangers aux prévisions des rédacteurs du Code civil. Cette évolution se manifesta dans l'ensemble de la responsabilité civile. Les juges, enfermés par le principe de responsabilité pour faute énoncé par l'article 1382 du Code civil, se contentèrent

³⁴ L'évolution ne fut pas toujours linéaire. Ainsi, les règles relatives à la garantie d'éviction dans la vente romaine furent abandonnées du Haut moyen-âge jusqu'au XIII^e siècle, pour finalement ressurgir à cette époque : J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *op. cit.*, n° 495. *Adde*, sur l'évolution de la garantie des vices cachés dans la vente après Rome, *op. cit.*, n° 500.

³⁵ V. par exemple, sur l'évolution du gage et de l'hypothèque après Rome, P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1893, p. 733 et s.

³⁶ V. pour une analyse historique, notamment dans le domaine de l'assurance maritime, R. RODIERE, *Droit maritime*, Dalloz, 1983, n° 3 et s.

³⁷ V., sur ce mécanisme, R. RODIERE, *Droit maritime, op. cit.*, n° 19 et s.

³⁸ V., sur ce contexte historique du développement de l'assurance au Royaume-Uni et en France, Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 12^{ème} éd., 2005, n° 4 et s.

en certaines matières de fautes particulièrement minimales pour retenir la responsabilité d'un auteur de dommage³⁹. Ils créèrent également des principes généraux de responsabilité du fait des choses et du fait d'autrui, et assouplirent les conditions des régimes spéciaux de responsabilité du fait d'autrui.

Alors que cette mutation de la responsabilité civile n'est pas encore achevée, il est déjà classique d'évoquer une « idéologie de la réparation » dans cette branche du droit⁴⁰. Cette évolution conduisit à reconnaître à la responsabilité une fonction de garantie, à tel point que certains auteurs se prononcent en faveur de la garantie dans le débat relatif au fondement de la responsabilité civile⁴¹. Pour cela, ils abordent la responsabilité civile sous l'angle des droits subjectifs des individus, et non sous celui, traditionnel, de la faute et de la sanction. Cela coïncide avec l'élargissement de la catégorie des dommages réparables, sensible à la fois dans la jurisprudence, les textes internes et les sources internationales.

Pour remplir sa fonction de protection des individus contre l'insécurité, la responsabilité doit nécessairement présenter un aspect collectif⁴². Le seul auteur du dommage n'est, en effet, pas toujours en mesure d'assurer une correcte réparation des intérêts de la victime. C'est la raison pour laquelle on assiste à un mouvement de combinaison de la responsabilité à l'assurance, ce dernier mécanisme présentant des capacités de financement plus importantes. Le recours est donc fréquent à une assurance obligatoire, notamment à la charge de professionnels d'un secteur donné, pour éviter que l'indemnisation des victimes ne se heurte aux limites du système de responsabilité. On plaide même, pour un renforcement de la garantie des victimes, en faveur d'une substitution de l'assurance directe à l'assurance de responsabilité⁴³. Parallèlement, le droit positif fait en sorte que l'indemnisation de la victime soit la plus rapide et la plus efficace possible. Pour cela, une action directe lui est accordée par la loi contre l'assureur de responsabilité du responsable du dommage. Quant au juge, il adopte

³⁹ V., sur le mouvement d'élargissement de la notion de faute, G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008, n°49 et 52

⁴⁰ L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *Mélanges offerts à P. DRAI*, Dalloz, 2000, p. 495 ; D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation) », *Etudes offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 569.

⁴¹ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947 ; *adde*, plus récemment, Ch. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté », *D.* 1999, chron. p. 323.

⁴² V. sur ce mouvement de collectivisation, G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1965 ; *adde*, du même auteur, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *Archives de philosophie du droit*, t. 22, *La responsabilité*, Sirey, 1977, p. 5 et s.

⁴³ V., sur cette question, C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, préf. G. MARTIN, Dalloz, 2001.

souvent une démarche téléologique pour désigner comme responsable, et donc débiteur d'indemnisation, la personne la plus à même de réparer efficacement le dommage subi.

7. Evolution contemporaine de la garantie. Toutefois, cette démarche de transformation de la responsabilité, gênante en raison de la confusion des fonctions qu'elle instaure⁴⁴, peut se révéler insuffisante dans des hypothèses de dommages de masse, notamment technologiques ou environnementaux⁴⁵. C'est pourquoi, dans une dernière phase, l'Etat recourt plus radicalement à des fonds d'indemnisation ou de garantie. Libérée des contraintes liées au mécanisme de la responsabilité, financée par des moyens divers, l'indemnisation des victimes apparaît alors quasiment automatique, à tel point qu'un parallèle peut être tracé avec la couverture sociale. Ainsi se sont multipliés, au cours des dernières décennies, les fonds destinés à assurer la réparation de dommages présentant une gravité quantitative ou qualitative, de façon à restaurer une sécurité face aux infractions, au terrorisme, aux contaminations, aux catastrophes naturelles, ou encore à la défaillance des banques ou des compagnies d'assurance⁴⁶.

Aujourd'hui, coexistent donc de nombreux moyens de remédier à l'insécurité de la société contemporaine, moyens qui peuvent éventuellement se cumuler ou entrer en concurrence. Paradoxalement, au fur et à mesure que de nouvelles garanties plus élaborées sont mises en place dans ce but, la pratique redécouvre des techniques précédemment abandonnées en raison de leur caractère trop primitif. Ainsi, le *constitut*⁴⁷ ou la *fiducie*⁴⁸, employés en droit romain, semblent aujourd'hui en mesure de garantir les créanciers contre l'impayé. Parallèlement, on assiste à des superpositions de garanties. Il n'est pas rare qu'un créancier exige de son débiteur plusieurs garanties contre l'impayé, par exemple la combinaison de plusieurs sûretés personnelles, ou encore un cautionnement assorti d'une

⁴⁴ V., sur ce désordre, C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, 2005.

⁴⁵ V., sur les relations entre responsabilité et collectivisation dans ces hypothèses, A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, n° 108 et s. Comp., en droit allemand, M. FROMONT, *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001, n° 124 et s. : les dommages écologiques y font l'objet d'une responsabilité fondée sur le risque.

⁴⁶ V. déjà, sur ce phénomène d'abandon de la responsabilité civile au profit de mécanismes reposant sur la prise en charge du dommage par la collectivité, G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », art. préc., spéc. p. 16 et s. ; *adde*, pour des études complètes sur la question, A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, LGDJ, 2003 ; Ph. CASSON, *Les fonds de garantie*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1999.

⁴⁷ F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préface Ph. SIMLER, LGDJ, 1998

⁴⁸ V. la loi n° 2007-211 du 17 février 2007 sur la fiducie.

sûreté réelle⁴⁹. De même, le garant dispose aujourd'hui de moyens de se prémunir contre l'appel de sa garantie en faisant lui-même appel à des garants de sa propre dette⁵⁰. Enfin, les fonds de garantie viennent régulièrement pallier les insuffisances de la responsabilité ou de l'assurance⁵¹.

8. Influence internationale sur la garantie. Au-delà de l'utilisation de mécanismes anciens, la pratique se nourrit d'une influence internationale pour découvrir de nouveaux moyens de prémunir les individus contre certains dangers. La tendance, observée en droit interne, à une multiplication et une diversification des garanties, se retrouve dans les principaux systèmes de droit, sous réserve toutefois de légères variations. Ainsi, le droit des assurances a connu un développement particulièrement significatif aux Etats-Unis, en raison de la faiblesse de l'intervention de l'Etat dans les affaires économiques. En revanche, le droit anglais des assurances s'est longtemps révélé moins protecteur, en raison du recours plus étendu à l'Etat-Providence⁵².

L'influence du droit comparé est parfois indirecte, souterraine. L'observation d'autres systèmes de droit nous enseigne que d'autres moyens existent d'augmenter la protection des individus. C'est dans le domaine des sûretés que ce mouvement apparaît le plus significatif. La récente introduction en droit français de la fiducie procède, probablement autant de la prise en considération du modèle du *trust* anglo-saxon, que de la redécouverte du droit romain⁵³, les exemples étrangers de fiducie ayant même été régulièrement invoqués lors du processus législatif. De même, des voix se font entendre pour que des sûretés personnelles plus autonomes et efficaces soient introduites en droit français aux côtés du traditionnel cautionnement⁵⁴. Ainsi, la garantie à première demande, issue de la pratique internationale, a d'abord été reconnue par la jurisprudence avant d'être introduite dans le Code civil par la

⁴⁹ C. GINESTET, « La qualification des sûretés », *Defrénois* 1999, p. 90 et s., n° 28.

⁵⁰ Il peut le faire par le biais de contre-garanties. V., sur ces figures, C. HOUIN-BRESSAND, *Les contre-garanties*, préf. H. SYNVEY, Dalloz, 2006.

⁵¹ A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op. cit.*, n° 1-29. Il en est ainsi, entre autres, du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages ou du Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions.

⁵² V., pour une comparaison, R. HASSON, « The Special Nature of the Insurance Contract : A Comparison of the American and English Law of Insurance », *Modern Law Review*, vol. 47, n° 5, 1984, p. 505 et s.

⁵³ C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la Convention de La Haye relative au *trust* », *D.* 2007, p. 1369 et s. V. également, pour une comparaison de la fiducie française avec les exemples de la Colombie et du Luxembourg, Ch. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *D.* 2007, p. 1350. *Adde*, B. SOINNE, « Les modifications envisagées de la loi du 26 juillet 2005 », *Rev. proc. coll.* 2008, étude n° 12, spéc. n° 3 et s., pour des aspects d'histoire du droit et de droit comparé. Et, sur la capacité du droit français à suivre les exemples étrangers, R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *Mélanges Ph. MALAURIE*, Defrénois, 2005, p. 303 et s.

⁵⁴ V., déjà, P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, thèse Dijon, 1981.

réforme des sûretés du 23 mars 2006. Plus encore, certains auteurs militent en faveur du cautionnement à première demande, hybride du cautionnement et de la garantie autonome⁵⁵. Les sûretés réelles connaissent un phénomène identique, comme en témoignent les propositions d'eurohypothèque⁵⁶ et la tentation de transposer en droit français la cédula hypothécaire suisse ou la dette foncière allemande⁵⁷, beaucoup plus autonomes et donc efficaces que les sûretés réelles traditionnelles de droit interne. Repoussées à l'heure actuelle⁵⁸, ces propositions pourraient toutefois prospérer à l'avenir, si le besoin de sécurité des créanciers l'exigeait. Elles montrent que l'exigence de garanties efficaces est peut-être plus pressante encore en dehors des frontières françaises : le droit comparé sert avant tout d'argument en faveur de l'introduction en droit interne de mécanismes de garantie plus rigoureux pour le garant, et procurant corrélativement une protection plus étendue au bénéficiaire.

L'influence internationale se fait parfois sentir plus directement encore, à travers le droit communautaire, qui s'impose aux Etats membres de l'Union européenne. L'ensemble du droit privé français est aujourd'hui imprégné de règles d'origine communautaire. Le droit des garanties ne fait évidemment pas exception à ce phénomène. Ainsi, la garantie de conformité dans la vente fut introduite en droit interne à la suite d'une directive communautaire, dans le but de renforcer le niveau de protection des acquéreurs consommateurs⁵⁹. Si la France, optant pour une transposition *a minima* de la directive, n'a pas profité de l'occasion pour entreprendre une réforme globale du droit de la vente⁶⁰, le texte communautaire fut le déclencheur de la réforme du droit allemand des obligations, fruit d'une loi du 26 novembre 2001⁶¹. Cela révèle l'impact que peut présenter la construction du droit communautaire sur la garantie au sens large, impact d'autant plus important que les sources communautaires

⁵⁵ D. LEGEAIS, « Le cautionnement à première demande », *Mélanges M. VASSEUR*, Banque, 2000, p. 87.

⁵⁶ O. M. STÖCKER, « L'eurohypothèque, pionnier d'un marché intérieur du crédit hypothécaire », *Banque et dr.* sept.-oct. 1996, p. 16 et s.

⁵⁷ P. CROCQ, L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité, *Mélanges Ch. MOULY*, t. II, Litec, 1998, p. 317 et s., n° 10.

⁵⁸ P. CROCQ, L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité, art. préc., n° 10. Il est vrai, toutefois, que la figure de l'hypothèque rechargeable, consacrée par la réforme des sûretés du 23 mars 2006, s'inscrit dans une perspective d'accroissement de l'autonomie des sûretés réelles.

⁵⁹ Directive n° 1999/4 du 25 mai 1999.

⁶⁰ Un avant-projet de réforme s'était pourtant prononcé en faveur d'une réforme plus globale : v., à ce propos, G. VINEY, « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », *JCP* 2002, I, 158.

⁶¹ V., sur ce processus, C. WITZ, « Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France », in *La réforme du droit allemand des obligations*, sous la direction de C. WITZ et F. RANIERI, Société de législation comparée, 2004, p. 11 et s. *Adde*, plus généralement, sur la transposition de la directive à l'extérieur de nos frontières, P. ANCEL, « Aperçus de droit comparé sur la transposition de la directive 1999/4/CE sur la garantie dans la vente de biens de consommation », *RDC* 2005, p. 881 et s.

semblent devenir de plus en plus impératives pour les Etats. Même si les directives laissent aux Etats les moyens de transposition en droit interne, la marge de manœuvre demeure assez mince⁶², comme le montrent les difficultés éprouvées par la France pour transposer correctement certaines directives⁶³. De la sorte, et bien évidemment par la voie du règlement, qui confère une marge de manœuvre plus modeste encore aux Etats, les institutions de l'Union européenne sont dotées des moyens de modeler assez précisément le droit des garanties. Elles peuvent favoriser son développement, soit directement en posant des règles de fond, soit indirectement en éliminant les obstacles qui se dressent devant lui⁶⁴.

De même, l'application de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales contribue à un développement exponentiel des garanties que l'Etat doit fournir aux sujets de droit pour qu'ils s'épanouissent. Comme en droit interne, on observe en effet un phénomène de multiplication des droits subjectifs, qui amène le droit positif à accorder une protection de plus en plus large au fur et à mesure que l'individu se voit reconnaître des prérogatives de plus en plus étendues, face auxquelles il convient de ne dresser que le moins d'obstacles possibles. Ce phénomène d'émiettement des droits subjectifs⁶⁵ conduit mécaniquement à un essor et à une diversification des garanties, posant ainsi la question de l'unité de la notion.

9. Immensité du champ d'application de la notion de garantie. Ajoutées à la prégnance du besoin de sécurité, la persistance ou la redécouverte de garanties anciennes et l'influence du droit comparé et international contribuent à un fourmillement des sources de la garantie. Il n'est guère de domaines du droit qui lui demeurent étrangers. Elle constitue la raison d'être de branches entières du droit, telles l'assurance ou les sûretés, ces dernières apparaissant particulièrement essentielles dans les rapports commerciaux et internationaux⁶⁶. Elle motive

⁶² V., concernant précisément la directive 1999/44 du 25 mai 1999, C. WITZ, « Le nouveau droit allemand de la vente sous le double éclairage de la directive et de la Convention de Vienne », in *La réforme du droit allemand des obligations*, op. cit., p. 203 et s., spéc. p. 206 : « Par l'intensité de la réglementation, le texte de 1999 ressemble davantage à un règlement qu'à une Directive ».

⁶³ La France fut ainsi condamnée à plusieurs reprises pour avoir imparfaitement transposé la directive 1985/374 CEE du 25 juillet 1985 en matière de responsabilité des produits défectueux.

⁶⁴ Ainsi, plusieurs directives communautaires ont peu à peu favorisé l'expansion de l'assurance en établissant la liberté d'établissement et la liberté de prestation de services : v., à ce sujet, H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE et M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008, n° 30 et s.

⁶⁵ V., à ce sujet, J. CARBONNIER, « La pulvérisation du droit en droits subjectifs », *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996, p. 121 et s.

⁶⁶ V. ainsi, sur les enjeux des garanties dans les relations internationales, R. BRADGATE, *Commercial Law*, 3^{ème} éd., Butterworths, 2000, n° 23.0.1. Adde, K. P. MCGUINNESS, op. cit., n° 1.1 : « Although no precise figure can be

la création de fonds de garantie et d'indemnisation, organismes étroitement liés aux pouvoirs publics. Enfin, le droit de la responsabilité a été en partie dévié de ses fondements à des fins de garantie. L'existence de garanties contractuelles est très commune⁶⁷, qu'elles soient destinées à assurer la sécurité des transactions pour les professionnels, notamment en matière commerciale, ou à protéger les consommateurs ou les salariés contre un déséquilibre découlant de leur position défavorable et de nature à nuire à leur intérêts. Il est d'ailleurs significatif de constater que les garanties procèdent alors d'intérêts radicalement opposés, de sorte que des difficultés de conciliation entre plusieurs d'entre elles pourraient se poser. Les règles de procédure, elles-mêmes, doivent satisfaire à certaines garanties pour les justiciables⁶⁸, garanties rendues plus impérieuses encore par l'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, applicable en matière tant civile que pénale⁶⁹.

Cette diversité met aussi en lumière la variété des intérêts protégés par les garanties. Celles-ci peuvent tendre au paiement d'une créance, à l'exécution d'une prestation, et plus généralement à la préservation de tout droit subjectif, matériel ou procédural. L'objet de la garantie est donc tout aussi diversifié que ses mécanismes.

10. Délimitation du champ d'étude de la garantie : la garantie des relations de droit privé. Dès lors que l'imprécision de sa définition n'a d'égal que la démesure de son champ d'application, il est nécessaire d'enfermer l'étude de la garantie dans des limites raisonnables. A force de lui assigner un domaine trop large, le risque est grand de diluer la notion de garantie en considérant que tout mécanisme appartient à cette catégorie, mais aussi de compromettre toute découverte de principes communs. De ce point de vue, la sagesse commande de se limiter aux garanties affectant les rapports de droit privé. Droit public et droit privé sont en effet gouvernés par des principes si différents qu'on ne saurait y découvrir un concept unitaire de garantie, à moins de l'édulcorer au point de n'y voir, comme c'est

given, there is little doubt that guarantees are amongst the most common forms of security in use in commercial transactions and that vast sums of money are lent every year on the strength of guarantees ».

⁶⁷ V. K. CHAPMAN et M. J. MEURER, « Efficient Remedies for Breach of Warranty », *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, n° 1, 1989, p. 107 : « Besides price and quantity terms, it is often the most important item in contract négociation » ; et, dans le droit français de la vente, P. ANCEL, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD com.* 1979, p. 203.

⁶⁸ Ainsi, le seul article préliminaire du Code de procédure pénale se réfère à la garantie de la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement, puis à celle des droits des victimes.

⁶⁹ La Cour européenne des droits de l'homme se réfère ainsi fréquemment à la garantie de ces droits. V., pour un exemple tiré d'une décision célèbre, CEDH, *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, Série A, n° 18, spéc. § 36 : l'article 6 § 1 de la Convention « garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. »

aujourd'hui le cas, qu'une simple réponse à l'insécurité des sujets de droit. Notre étude se bornera donc, plus modestement, à tenter de dégager une définition plus précise et plus utile de la garantie dans les seules relations entre personnes privées.

La distinction ainsi opérée n'est pourtant pas toujours d'une mise en œuvre aisée. Certaines techniques qualifiées de garantie entrent indiscutablement dans le cadre du droit privé, parce qu'elles sont consenties par des personnes privées. Tel est le cas des garanties dont est assorti le droit des contrats régi par le Code civil, ainsi que des sûretés, de l'assurance et de la responsabilité civile. Au contraire, les garanties offertes par l'Etat aux individus dans le cadre du procès équitable, qui relèvent de la seule organisation judiciaire et non de relations entre personnes privées, doivent être exclus du champ de notre étude.

Des difficultés supplémentaires se présentent lorsque l'Etat met en place des structures destinées à protéger les intérêts des personnes privées contre différentes atteintes. Il s'agit des fonds de garantie et d'indemnisation, mais aussi des organismes de sécurité sociale. Le critère tiré de la qualité du garant devrait conduire à les écarter. Mais tous ces mécanismes qualifiés de garantie ne sont pas mis en œuvre dans des circonstances similaires. Certains d'entre eux répondent à des risques particulièrement diffus, en tout ou partie indépendants de l'action humaine. Ainsi, les organismes de sécurité sociale interviennent dans le domaine de la santé ou en matière économique. De même, certains fonds de garantie ont pour objet l'indemnisation de dommages résultant de catastrophes naturelles ou technologiques peu liées à une action particulière de tel ou tel individu. Au contraire, d'autres fonds interviennent dans des circonstances où le dommage subi par la victime est imputable à une action donnée d'un individu. La première catégorie de garanties ne concerne que l'Etat et le bénéficiaire, puisque la lésion des intérêts de ce dernier ne résulte pas tant d'une action d'un tiers que de circonstances indépendantes de la volonté. Aucune relation entre personnes privées ne se trouve en cause.

Il semble donc que les organismes sociaux et les fonds de garantie remplissent des fonctions variées. Certains visent à réparer des dommages purement sociaux, dans des hypothèses étrangères à la responsabilité d'un auteur, tandis que d'autres se substituent au contraire à une telle responsabilité. L'étude de la garantie en droit privé s'attachera alors à ces dernières, qui supplantent la responsabilité civile des personnes privées et ne sont liées à l'Etat que par le critère organique du rattachement du garant aux pouvoirs publics. En seront en revanche exclues les premières, qui ne relèvent que des relations entre l'Etat et la personne privée. Ce critère, qui peut paraître arbitraire, laisse inévitablement une part d'incertitude à la

marge, certains risques relevant à la fois de l'action d'individus et de circonstances extérieures à eux. Il n'en demeure pas moins nécessaire, en raison de la difficulté éprouvée pour construire une notion de garantie unitaire dans un champ d'étude aussi vaste.

11. Caractère fragmentaire de l'étude de la garantie en droit privé. Même au sein d'un champ d'application ainsi circonscrit aux garanties des relations entre personnes privées, la démarche reste complexe et les matières concernées nombreuses et diversifiées. Les garanties, qui peuvent résulter de sources légales, conventionnelles ou judiciaires, concernent le droit des contrats, les sûretés, l'assurance, la responsabilité délictuelle voire contractuelle, ou encore les fonds de garantie et d'indemnisation. Chacune de ces branches du droit apparaît elle-même assez vaste pour requérir une étude à part entière. Surtout, il est rare qu'une vision d'ensemble se déploie sur ce champ d'étude. Peu nombreuses sont les études relatives à la notion de garantie dans l'ensemble du droit privé. Des thèses lui ont, certes, été consacrées, mais généralement sous l'angle du droit des contrats⁷⁰, ou encore de l'assurance et de la responsabilité⁷¹, mais peu de véritables comparaisons sont menées entre ces différentes branches⁷². En conséquence, la garantie est surtout définie dans ses rapports avec d'autres notions telles que la sûreté, l'assurance ou la responsabilité. La démarche demeure donc souvent très particulariste, de sorte que la vocation à la généralité des définitions dégagées reste à démontrer. Si ce constat tend à corroborer l'affirmation d'une variété de significations du terme « garantie » selon le domaine considéré, on ne peut s'en satisfaire sans au moins tenter de dégager des traits communs plus précis.

12. Absence de définition légale ou jurisprudentielle, même partielle, de la garantie. Si les quelques études doctrinales consacrées à la notion de garantie ont contribué à en préciser quelque peu les contours, aucune définition n'en est donnée par le législateur ou le juge. Même si le terme est parfois employé au hasard d'un texte ou d'une décision, jamais cette mention n'est accompagnée de véritables éléments de définition. Aujourd'hui, certains mécanismes sont explicitement inclus dans la catégorie des garanties, ou en sont au contraire irrémédiablement rejetés. De même, on connaît une partie, même si elle demeure infime, du régime juridique de la garantie, grâce aux textes ou aux arrêts qui y font référence. Mais la

⁷⁰ V. notamment B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie en droit des contrats*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1964 ; J.-P. LE GALL, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1962.

⁷¹ B. STARCK, *op. cit.*

⁷² V. toutefois P. CROCO, *op. cit.*, n° 283 et s. ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc. ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », *Mélanges Ch. MOULY*, Litec, 1998, t. II, p. 375 et s.

démarche demeure fragmentaire, et ne suffit à dégager une définition claire. Plus encore, on remarque une certaine approximation dans l'emploi du terme garantie, ce qui révèle l'absence de réflexion d'ensemble menée sur la question⁷³. Une telle démarche serait pourtant nécessaire. Il est vrai que l'utilisation de règles de droit peut parfois se dispenser de conceptualisation, mais celle-ci, nécessaire à la connaissance du droit, constitue un outil permettant une construction plus harmonieuse du droit positif⁷⁴. On ne s'étonnera donc pas que les enjeux attachés à la notion de garantie se situent à plusieurs niveaux.

13. Enjeux directs de la notion de garantie : les textes y faisant référence. Face aux lacunes du droit positif, il est nécessaire d'élaborer un concept de garantie à la fois apte à transcender les catégories juridiques, en rupture avec le cloisonnement actuel, et suffisamment précis pour revêtir une quelconque utilité, contrairement à la définition générale adoptée aujourd'hui.

Au-delà de son importance au regard du contexte économique et social et de son intérêt théorique, la notion de garantie répond en effet à des enjeux de premier plan. Si les textes ne la définissent nullement, ils ne s'en réfèrent pas moins à elle. Il est vrai que les textes légaux contenant le terme « garantie » suscitent un intérêt inégal, le mot étant employé dans des sens différents. Il est parfois utilisé en tant que synonyme de protection, dans un sens assez commun⁷⁵. Parfois, à l'inverse, il désigne un mécanisme technique dont il précise le régime, telles la garantie autonome⁷⁶, la garantie d'éviction, des vices cachés ou de conformité dans certains contrats⁷⁷, les garanties du constructeur⁷⁸ ou bien sûr les fonds de garantie⁷⁹. Certains évoquent l'appel en garantie, traduction procédurale de l'idée générale de

⁷³ Ainsi, les textes consacrés aux garanties dues par les constructeurs immobiliers font référence à la responsabilité et la garantie, en évoquant les mêmes mécanismes. Faut-il comprendre que les deux termes sont synonymes ? Que la responsabilité constitue occasionnellement une garantie ? Ou encore que le législateur confond deux techniques bien distinctes ?

⁷⁴ V., sur les vertus du conceptualisme, Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n° 452 et s., spéc. n° 459.

⁷⁵ Le Code des assurances est particulièrement riche dans l'emploi du terme « garantie » dans ce sens. Quelques exemples figurent par ailleurs. Ainsi, l'article 257 du Code civil, qui évoque la garantie des droits d'un époux, assurée par des mesures conservatoires dans le cadre du divorce. De même, l'article 1422 du Code civil évoque l'affectation en garantie des biens de la communauté conjugale à la dette d'un tiers.

⁷⁶ C'est évidemment le cas de l'article 2321 du Code civil, qui définit la garantie autonome et fournit quelques-uns de ses traits principaux, mais aussi de certains textes précisant son sort en cas de procédure collective du donneur d'ordre : v., ainsi, les articles L. 611-10, L. 622-28, L. 626-11, L. 631-14 et L. 631-20 du Code de commerce.

⁷⁷ V. ainsi, en matière de vente, l'article 1603 du Code civil, ainsi que les articles 1626 et s. et 1641 et s. du Code civil et L. 211-4 et s. du Code de la consommation, relatifs respectivement à la garantie d'éviction, des vices cachés et de conformité dans la vente ; et, en matière de bail, les articles 1721 et s. de ce même code.

⁷⁸ V. les articles 1792-3, 1792-5 et 1792-6 du Code civil, relatifs à la garantie de parfait achèvement et la garantie biennale de bon fonctionnement dans les contrats de construction.

⁷⁹ L'énumération des textes se référant aux différents fonds de garantie et d'indemnisation serait sans fin. V., à titre d'exemples, les articles 706-5-1 du Code de procédure pénale, relatif au fonds de garantie des victimes

garantie⁸⁰. Enfin, il arrive que des textes consacrent explicitement la qualification de garantie pour tel ou tel mécanisme. C'est notamment le cas des sûretés réelles⁸¹. La jurisprudence procède parfois aussi de la sorte⁸².

Mais d'autres textes évoquant la garantie donnent lieu à des enjeux plus pressants. Il s'agit de ceux qui se contentent de prévoir un élément de régime juridique pour les garanties, sans qu'aucune autre précision ne soit apportée. L'application de ces textes nécessite donc de déterminer ce que recouvre exactement la notion de garantie. L'exemple le plus célèbre de ces textes provient des articles L. 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce, dispositions selon lesquelles les cautions, avals et garanties consentis par les sociétés doivent être autorisés par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance. Si les deux premiers termes employés par le texte ne suscitent aucun problème, son champ d'application demeure mystérieux en raison de l'incertitude affectant la notion de garantie. Cela a notamment suscité un important contentieux en matière de lettres d'intention, la Cour de cassation peinant à déterminer exactement le domaine des garanties mentionnées par ces articles. La nécessité d'apporter une définition de la garantie apparaît ici nettement.

Quelques autres textes suivent cette même méthode d'application d'une règle à l'ensemble des garanties. Porteurs de moindres difficultés à l'heure actuelle, ils demeurent tout de même des enjeux potentiels de la notion de garantie. On songe par exemple à l'article L. 223-11 du Code de commerce, qui prévoit la nullité de principe des garanties d'émission de valeurs mobilières, émanant de sociétés à responsabilité limitée, mais surtout à l'article L. 650-1 du Code de commerce, issu de la réforme des procédures collectives du 26 juillet 2005 et qui revêt une grande importance pratique. Ce texte prévoit l'irresponsabilité des créanciers du débiteur en procédure collective, à raison des concours qu'ils lui ont consentis. Parmi les exceptions posées par le législateur au principe ainsi posé, figure la disproportion des garanties par rapport au concours en contrepartie duquel elles sont conclues. La question

d'actes de terrorisme et d'autres infractions ou encore les articles L. 421-1 et s. du Code des assurances, qui traitent du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages.

⁸⁰ Ainsi, l'article 1727 du Code civil se réfère à l'appel en garantie du preneur contre le bailleur dans le cadre de la garantie d'éviction dans le contrat de bail.

⁸¹ Il en est ainsi, par exemple, de l'article 2355 du Code civil relatif au nantissement, de l'article 2367, relatif à la réserve de propriété, de l'article 2387 concernant l'antichrèse ou encore de l'article 2422 concernant l'hypothèque.

⁸² V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1967, *D.* 1967, p. 358, note J. MAZEAUD ; *JCP* 1967, II, 15005, note J.A. ; *RTD civ.* 1967, p. 812, obs. J. CHEVALLIER. Cette décision consacre expressément la qualification de garantie de la compensation des dettes connexes.

risque donc de se poser de savoir quels mécanismes sont visés par ce texte. En cas de définition stricte de la garantie, les créanciers pourraient être tentés de recourir à des mécanismes qui, sans être considérés comme des garanties au sens du texte, produiraient un effet similaire.

14. Contrecoup de la notion de garantie sur des notions proches. L'enjeu de la notion de garantie apparaîtrait mince s'il ne concernait que l'interprétation des textes où figure ce terme. En réalité, la question présente bien d'autres ramifications en raison de la proximité de la garantie avec d'autres concepts tels que l'assurance ou la sûreté. Certains autres textes légaux, en effet, sans pour autant conférer d'effets à la notion de garantie, se réfèrent à ces mécanismes apparentés à elle. Déjà sujette à discussion en droit français comme en droit comparé⁸³, la distinction entre garantie et sûreté, qui demeure pour l'heure largement théorique, pourrait acquérir une importance insoupçonnée si étaient finalement, comme on le pressent⁸⁴, réécrites les règles gouvernant le sort des garants en cas de procédure collectives du débiteur principal. Si plusieurs textes visent aujourd'hui la caution et le garant autonome, voire le coobligé⁸⁵, il est question d'étendre ces dispositions à toutes les personnes ayant conclu une sûreté personnelle. Dans ce cas, il conviendrait de définir rigoureusement la sûreté personnelle, définition qui ne serait pas dénuée d'impact sur celle de garantie. S'il est en effet possible que les deux notions soient purement et simplement assimilées, il se peut aussi qu'une dissociation soit opérée.

De même, en droit des assurances, les notions de garantie et de risque sont étroitement liées par la difficulté du droit positif à distinguer conditions de la garantie de l'assureur et exclusions de risque, plusieurs enjeux étant attachés à la distinction⁸⁶. C'est dire que la notion de garantie, loin de se limiter à la simple étude des dispositions expresses concernant la garantie, touche aussi à des domaines voisins mais distincts. La modification de l'acception de l'un de ces termes influe nécessairement sur les autres.

⁸³ V. déjà, à ce sujet, M. RADIN, « Guaranty and Suretyship », art. préc., spéc. p. 618 et s. L'auteur montre que leur distinction n'apparaissait que dans des décisions de jurisprudence aux Etats-Unis, sans pour autant que le contenu de la distinction ne soit très clair.

⁸⁴ Les textes gouvernant le sort des garants personnels au sein des procédures collectives visent, dans un projet d'ordonnance réformant ces procédures, « les coobligés, les personnes ayant consenti une sûreté personnelle et les personnes ayant affecté ou cédé un bien en garantie ». V., sur cette question, P. CROCQ, « Droit des sûretés », *D.* 2008, panorama, p. 2104 et s., spéc. p. 2109 et s.

⁸⁵ V. les articles L. 611-10, L. 622-28, L. 631-14 et L. 631-20 du Code de commerce.

⁸⁶ Les exclusions de risques par le contrat d'assurance doivent apparaître en caractères très apparents et présentent un caractère formel et limité en application des articles L. 112-4 et L. 113-1 du Code des assurances, dispositions qui ne s'appliquent pas aux conditions de la garantie. D'autre part, la charge de la preuve des exclusions de risque pèse sur l'assureur, tandis que celle des conditions de la garantie repose sur l'assuré demandeur.

15. Enjeux médiats de la notion de garantie : l'élaboration d'un régime unitaire.

Au-delà des textes et de la distinction de la garantie avec des notions voisines, le principal enjeu de la notion de garantie est indirect. Les éléments de régime qui lui sont attachés demeurent en effet très parcellaires, comme l'indique la relative rareté des textes qui la mentionnent ou lui sont consacrés. Or, l'intérêt principal de dégager une notion est d'en tirer des conséquences juridiques et d'en déduire un système cohérent. Tel n'est pas le cas aujourd'hui concernant la garantie, en raison de l'extrême diversité des mécanismes considérés comme tels, et malgré son importance pratique indéniable. Les règles gouvernant les différentes garanties semblent pour la plupart éclatées, faute de dispositions générales ou même de consensus sur ce que recouvre cette catégorie⁸⁷.

Se présentent pourtant de nombreuses interrogations relatives à un régime commun à l'ensemble des garanties. D'abord, il est permis de se demander si, derrière l'apparente multitude de mécanismes employés, se cache en réalité une identité de structure liée à l'appartenance commune à la catégorie des garanties. Par ailleurs, il convient d'observer que les garanties, étant de prime abord liées à des droits subjectifs qu'elles viennent protéger, sont susceptibles d'en subir les répercussions. Quels sont, d'abord, ces droits garantis, et quelle est la nature de leurs rapports avec la garantie ? Celle-ci est-elle vraiment efficace pour assurer leur protection et, si tel est le cas, d'où tire-t-elle cette efficacité ? Qu'advient-il de la garantie lorsque les intérêts protégés entrent en conflit avec d'autres droits ou intérêts ? Jusqu'à quel point le garant peut-il accorder une protection au bénéficiaire, sans pour autant mettre en péril ses propres intérêts et rompre un certain point d'équilibre ? Toutes ces interrogations sur la place et le mécanisme de la garantie renvoient à son rôle et sa spécificité au regard du droit commun. Elles mettent aussi l'accent sur le mécanisme de prise en charge de risques et d'intérêts divergents, gestion dont les garanties sont nécessairement des instruments majeurs en raison de leur rapport avec la sécurité. C'est uniquement à condition de répondre à chacune ou, tout du moins, certaines de ces questions, que la notion de garantie présentera une utilité globale, au-delà de textes particuliers qui renvoient d'elle une image assez lacunaire.

16. Obstacles méthodologiques à l'élaboration d'une notion unitaire de garantie.

L'élaboration de la notion de garantie, malgré sa nécessité, n'est pas chose facile, pour des

⁸⁷ V., pour un constat de diversité irréductible des mécanismes de garantie, P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc.

raisons méthodologiques. En toute logique, deux démarches opposées sont envisageables au moment d'étudier un concept, quel qu'il soit. Soit, tout d'abord, il fait l'objet d'une définition préalable, légale ou jurisprudentielle. Dans ce cas, la démarche est simple : il suffit d'apprécier quels mécanismes entrent dans le cadre de cette définition, et de leur appliquer cette qualification. Soit, ensuite, certains mécanismes sont expressément qualifiés par le législateur ou les juges. Il est alors possible de raisonner à partir de leur régime et de leurs caractéristiques communes pour élaborer une définition et compléter un *corpus* de règles communes.

Or, rien de tel n'est possible en matière de garanties, en raison de la rareté des dispositions relatives à cette notion. Nous l'avons vu, aucune définition globale ne ressort de la loi ou de la jurisprudence, ce qui fait obstacle à une simple application d'une telle définition aux différentes techniques susceptibles d'être ainsi qualifiées. Ensuite, il n'existe aucune liste exhaustive des garanties, ce que l'on conçoit aisément en raison du nombre élevé et de la diversité des mécanismes protecteurs d'intérêts particuliers. Seules, certaines techniques sont formellement consacrées parmi les garanties, sans que cela ne procède d'une démarche consciente, rigoureuse, ni d'un souci d'unité et de systématisation de la catégorie. En raison de cette démarche parcellaire, il est impossible de dresser au préalable une liste de garanties pour examiner leurs caractéristiques communes. Pour ces raisons, le raisonnement ne peut s'appuyer, ni sur le socle d'une définition stable, ni sur celui d'une connaissance complète des mécanismes qualifiés de garantie, ces deux seules méthodes pouvant prétendre à une parfaite validité scientifique.

En conséquence, l'élaboration de la notion de garantie doit nécessairement reposer sur une démarche teintée d'empirisme. Dans l'impossibilité d'embrasser tous les mécanismes de garantie, faute pour ceux-ci d'être identifiés avec certitude, il est nécessaire de présupposer la qualification de garantie de certaines techniques innommées. La méthode adoptée consistera donc à observer des traits communs à certaines garanties dont la qualification, quoique parfois ignorée du droit positif, ne prête pas à discussion, pour construire une définition de la garantie, laquelle sera appliquée à d'autres techniques plus litigieuses. L'étude de la garantie suivra donc une méthode d'induction, puis de déduction.

Le bien-fondé de cette méthode n'est nullement discutable lorsque l'induction est pratiquée à partir de mécanismes dont la qualification est consacrée avec certitude par le droit positif. Elle apparaît en revanche plus discutable lorsque la technique n'est pas classée explicitement au sein de cette catégorie. Mais la particularité du droit positif en matière de

garantie ne laisse aucune place à une alternative, ainsi que l'a déjà relevé un auteur⁸⁸. Les garanties qualifiées comme telles par le législateur ou le juge ne forment en effet qu'un échantillon bien trop mince, si bien qu'une généralisation de leurs caractéristiques pourrait se révéler hasardeuse et mener à une définition inexacte de la garantie. En dépit de ses lacunes, la méthode d'induction, puis de déduction, semble la seule apte à dégager une notion unitaire de garantie.

17. Classification des notions. Cette méthode est susceptible de mener à différents résultats. En effet, une classification des différentes notions a déjà été ébauchée par un auteur⁸⁹, classification à la lumière de laquelle il sera possible de situer celle de garantie. Elle met notamment en évidence les notions-cadre, comparables aux standards juridiques et caractérisées par un certain flou destiné à faciliter son adaptation⁹⁰. Les notions à contenu variable, quant à elles, s'appliquent « à des réalités différentes sans que celles-ci puissent présenter un caractère d'unité »⁹¹. Enfin, les notions sans critère ne se distinguent d'autres, voisines d'elles, par aucun trait caractéristique précis⁹².

Mais il serait quelque peu décevant que la notion de garantie appartienne à l'une ou l'autre de ces catégories. Cela serait synonyme d'un constat d'échec, car toutes ces notions ne sont associées à aucun contenu précis et revêtent une forte dimension téléologique, si bien que leur unité prête à discussion. L'évolution serait donc minime par rapport à la situation actuelle, dans laquelle la garantie n'est définie que vaguement.

Une autre piste, peut-être plus satisfaisante, réside dans la distinction, introduite par le Doyen VEDEL⁹³, entre les notions conceptuelles et les notions fonctionnelles⁹⁴. Tandis que les premières « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels », les secondes « procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable

⁸⁸ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, *op. cit.*, n° 283.

⁸⁹ Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n° 460 et s.

⁹⁰ Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n° 462.

⁹¹ Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n° 464. Comp., J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99 ; J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, *op. cit.*, p. 77.

⁹² Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n° 465 ; v. également B. OPPETIT, « Sur le concept d'arbitrage », *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 229 et s., spéc. p. 235.

⁹³ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851.

⁹⁴ Ch. JARROSSON, *op. cit.*, n° 466 et s.

unité »⁹⁵. Ces dernières ne peuvent donner lieu qu'à une énumération, et non à l'énoncé de critères communs fiables, hormis une finalité commune. La distinction ne serait pourtant que relative, car le caractère fonctionnel d'une notion constituerait une étape sur le chemin d'une conceptualisation plus avancée⁹⁶. Très vite, il apparaît que les quelques tentatives de définition de la garantie procèdent d'une démarche, soit conceptuelle, soit au contraire fonctionnelle. Les deux propositions méritent un intérêt. La reconnaissance de la garantie parmi les notions conceptuelles signifierait qu'il s'agit d'une notion accomplie, parvenue à maturité. Si elle s'avère être définie par sa fonction, il s'agira alors de vérifier si elle comporte des caractéristiques communes de nature à lui procurer un régime primaire de règles.

18. Plan. En toute hypothèse, l'étude de la notion de garantie aura pour objectif l'édification d'un régime juridique cohérent tranchant avec le désordre actuel. Une notion ne présente en effet un véritable intérêt qu'à condition qu'on lui associe des éléments communs de régime. Face à cette tâche de grande ampleur, il est impossible de faire l'économie d'une définition de la garantie. Deux directions sont possibles pour cela : soit l'optique conceptuelle, soit la démarche fonctionnelle. L'exploration de ces deux chemins étant restée relativement superficielle, il conviendra d'y revenir pour déterminer si toutes les garanties comportent un contenu commun, qu'il soit propre ou emprunté à une autre technique juridique, ou si elles se caractérisent par leur seule fonction. Il semble qu'une unité de la notion de garantie puisse être décelée, par-delà les apparentes contradictions du droit positif et la multiplicité des mécanismes de garantie.

Toutefois, il n'est pas certain que cette unité trouve de véritables répercussions sur le régime des garanties. La question est de savoir si ce régime dépend de la notion de garantie ou, au contraire, relève du droit commun ou d'autres paramètres extérieurs à la garantie. Même si l'élaboration d'un régime primaire des garanties présenterait certains avantages, son existence, aujourd'hui douteuse, se heurterait à la multiplicité des intérêts en jeu, multiplicité qui rend nécessaire une certaine flexibilité des règles applicables.

La recherche d'une unité dans la notion de garantie (1^{ère} Partie) précèdera donc l'étude de l'unité de son régime (2^{ème} Partie). A défaut d'originalité, cette démarche présente le mérite de la rigueur et permet de dresser un panorama assez complet des enjeux liés à la garantie.

⁹⁵ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., n° 4.

⁹⁶ G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », art. préc., *eod. loc.*

PREMIERE PARTIE

CARACTERES COMMUNS A LA NOTION DE GARANTIE

L'élaboration d'une notion de garantie passe nécessairement par la réunion de différents éléments communs à l'ensemble des garanties. A cet égard, plusieurs démarches sont concevables. Soit, dans une première optique, on tente de mettre en évidence des similarités de régime entre les différentes garanties et de généraliser ces traits communs, le cas échéant en utilisant un mécanisme déjà connu auparavant et avec lequel la garantie présente certains points de concordance. Soit, plus généralement, on essaie de dégager l'objectif de la notion, son esprit général et quelques traits communs, sans pour autant entrer d'emblée dans le détail du régime juridique.

La première approche est *a priori* séduisante, dans la mesure où elle débouche sur des résultats plus directs, en mettant immédiatement l'accent sur des points précis de concordance. Mais elle laisse subsister plusieurs incertitudes. En premier lieu, elle s'attache au régime juridique de mécanismes préalablement qualifiés de garantie. Il est permis de préférer la méthode inverse, plus rigoureuse, qui consiste à véritablement définir la garantie, puis à examiner son régime juridique.

Ces craintes s'avèrent fondées au regard des propositions issues du droit des contrats, proposant de qualifier la garantie à partir de quelques traits spécifiques de son régime. Un critère conceptuel de définition de la garantie est voué à l'échec, en raison de la diversité des mécanismes de garantie. C'est un critère fonctionnel, fondé sur le but de la garantie, qui doit être retenu. Ce but est la couverture d'un risque (Titre 1).

Mais l'adoption du critère fonctionnel ne suffit pas. Il est également nécessaire, pour en saisir toute l'utilité, d'en tirer certaines conséquences pratiques, démarche sans laquelle la recherche d'une définition resterait vaine. Or la finalité de la garantie n'est pas dénuée de conséquences sur l'engagement du garant. La structure même de la garantie est en effet bâtie de manière à atteindre son but. Elle répond à la dualité entre obligation de couverture et

obligation de règlement, même si cette distinction classique doit faire l'objet de certains aménagements. Toutes les règles relatives à l'inscription dans le temps de la garantie résultent de la fonction particulière de la garantie. Il en est ainsi de sa naissance comme de son extinction. L'unité de la notion de garantie débouche donc sur une unité temporelle (Titre 2).

TITRE 1

UNITE FONCTIONNELLE DE LA GARANTIE.

19. Pluralité de définitions de la garantie. Les tentatives de définition de la garantie sont nombreuses et surprennent surtout par leur variété. La doctrine a notamment été amenée à en proposer de multiples conceptions. Cet éclatement de la définition de la garantie s'explique par son caractère protéiforme : elle concerne des domaines fort différents et emprunte des mécanismes extrêmement hétérogènes. Ainsi, elle est connue dans le domaine du droit commun des obligations et des contrats spéciaux, à travers les garanties légales et conventionnelles qui assortissent notamment les contrats de vente, de bail et de construction immobilière. Les essais d'explication de ces mécanismes n'ont pas manqué. Pour cela, la doctrine s'est attachée à un critère conceptuel, c'est-à-dire qu'elle a tenté de procurer un contenu à la notion de garantie, autonome ou emprunté à d'autres notions préexistantes. Les garanties prévues en droit des contrats ont ainsi été expliquées à partir de fondements aussi variés que les vices du consentement, la cause, la théorie des risques ou la responsabilité civile. Il a également été proposé de leur conférer un caractère autonome, en utilisant le concept d'obligation de garantie. Toutes dignes d'intérêt en raison de la proximité de ces concepts, ces définitions conceptuelles échouent à convaincre, dans la mesure où elles ne suffisent à appréhender la notion de garantie dans sa diversité. Les explications sont soit inexactes, soit trop partielles, de sorte qu'elles ne sont d'aucun secours au moment de dégager un concept unitaire de garantie (Chapitre 1).

L'insuccès rencontré par ces propositions nous amène à nous tourner vers une autre approche de la garantie, centrée sur sa fonction, sa finalité. C'est précisément la démarche opérée au sein d'autres branches du droit intéressées par la notion de garantie. Le droit des sûretés et le droit des assurances, ainsi, envisagent la garantie de façon fonctionnelle, finaliste. Si les définitions retenues en ces domaines ne sont pas exemptes de lacunes, elles permettent, combinées aux précédentes, de donner une première définition de la garantie, centrée autour d'une finalité de protection d'un individu contre la survenance future d'un événement. C'est

donc le critère de la protection du bénéficiaire contre un risque, une incertitude, qui constitue le plus petit dénominateur commun entre les différentes garanties (Chapitre 2).

Chapitre 1

Tentatives de définition conceptuelle de la garantie.

20. Rapprochement de la garantie et d'autres mécanismes. La définition conceptuelle de la garantie est celle qui vise à cerner cette notion par rapport à son contenu. Les principales propositions en ce sens émanent du droit commun des obligations et des contrats spéciaux. A cet égard, plusieurs approches semblent a priori possibles. Soit, tout d'abord, on tente de rapprocher la garantie d'autres mécanismes déjà connus en mettant l'accent sur leurs points de convergence. Soit, au contraire, on s'efforce de tracer ses contours en observant ses caractéristiques propres, ce qui permet de dégager une notion dotée d'une autonomie plus importante. Dans un premier temps, les auteurs se sont souvent contentés de la première de ces approches, la moins ambitieuse. Leur raisonnement, généralement cantonné à une variété particulière de garanties, se référait à des institutions déjà parfaitement balisées. Au lieu de conférer à la garantie un contenu propre, ils tentaient de la confronter à des concepts prédéfinis, relatifs notamment au processus de formation des contrats.

Ainsi, la cause ou les vices du consentement ont-ils pu être présentés comme fondements de la garantie. Ces thèses ont rapidement révélé leurs insuffisances, même si une influence ponctuelle ne peut leur être déniée. La garantie est également comparée à la responsabilité, ce qui amène à réduire la garantie à une sorte de responsabilité renforcée. Cette approche semble insuffisante, dans la mesure où elle nie l'autonomie de la garantie en la privant de caractéristiques propres. Peut-être alors la garantie devrait-elle rester à l'écart de toute comparaison avec d'autres mécanismes, tant elle présente une nature originale⁹⁷. Partant de ce constat, plusieurs auteurs ont tenté de donner à la garantie une véritable définition conceptuelle et autonome, centrée sur des éléments constitutifs originaux. Ces tentatives, certes plus ambitieuses, ne restent pourtant pas à l'abri de la critique, puisque la définition donnée à la garantie demeure trop partielle et ne se révèle guère opératoire. Ce sont ces différents courants de pensée que nous allons étudier successivement : tout d'abord, les

⁹⁷ P. JACHMIG-JOLY, *La garantie des vices cachés, essai de théorie générale*, thèse Paris II, 1997, n° 6.

définitions conceptuelles de la garantie fondées sur des concepts préexistants (Section 1), puis celles qui ont tenté de lui apporter un contenu propre (Section 2).

Section 1 : La garantie fondée sur des mécanismes du droit des obligations.

L'approche consistant à rattacher la garantie à des concepts d'ores et déjà connus, favorisée par la proximité des différentes notions, fut le plus souvent adoptée par des auteurs se plaçant sur le terrain de la théorie générale des contrats ou des contrats spéciaux. Les auteurs désireux de dégager un fondement à la garantie l'ont d'abord trouvé dans les conditions de formation du contrat (§1), sans grand succès, qu'il s'agisse des vices du consentement ou de la cause. Les explications se sont ensuite déplacées sur le terrain de la responsabilité civile, contractuelle ou extracontractuelle (§2). Si l'on se place du côté du garant, en effet, la situation s'apparente à celle d'un responsable. La comparaison entre ces deux institutions apparaissait donc inévitable, et l'influence de cette théorie demeure notable aujourd'hui encore. Toutefois, cette théorie ne convainc guère plus que les précédentes et se heurte à divers obstacles, ce qui impose de se tourner vers d'autres explications.

§1 : La garantie fondée sur les conditions de formation du contrat.

Les auteurs soucieux de définir la garantie l'ont d'abord fondée sur des institutions telles que les vices du consentement, plus particulièrement l'erreur sur la substance (A), ou encore la cause (B). En effet, la garantie comporte différents points de contact avec l'erreur sur la substance de la chose ou encore avec la résolution judiciaire, prononcée au stade de l'exécution du contrat mais généralement reliée à la notion de cause. Malgré un certain impact en droit positif, ces théories peinent à rendre compte de la véritable nature juridique de la garantie et demeurent trop partielles. C'est pourquoi elles devront être rejetées.

A) Propositions fondant la garantie sur l'erreur.

21. Rapprochement de la garantie et de l'erreur sur la substance. Les premières tentatives de définition de la garantie ont cherché à la réduire à des mécanismes préexistants de la théorie générale des contrats, en particulier à l'erreur sur la substance de la chose (1). Si ces affirmations sont à première vue corroborées par l'incertitude gouvernant la délimitation

de la garantie et de l'erreur, il semble malgré tout possible d'opérer une distinction entre ces deux concepts, de façon à clarifier le droit positif, particulièrement incertain en la matière (2).

1) Exposé des propositions fondant la garantie sur l'erreur.

22. Proximité des concepts. Certaines situations de fait peuvent à la fois rentrer dans le cadre de la garantie et des vices du consentement, plus particulièrement de l'erreur sur la substance de la chose dans les contrats spéciaux. La garantie, étymologiquement, peut être définie comme le fait d'affirmer l'exactitude d'une affirmation⁹⁸. Quant à l'erreur sur les qualités substantielles de la chose, elle est généralement caractérisée comme la croyance erronée en la présence d'une qualité attendue ou promise de la chose vendue⁹⁹, la substance étant définie largement : loin de viser la seule matière de la chose, elle désigne l'ensemble de ses qualités déterminantes¹⁰⁰. Ces définitions font apparaître la proximité des deux concepts. Sans surprise, les garanties contre l'éviction et surtout les vices cachés furent donc souvent apparentées à l'erreur, vice du consentement¹⁰¹. Evidemment, ces différents mécanismes présentent d'indéniables points de convergence, surtout lorsque l'erreur porte sur une qualité liée à l'utilité de la chose¹⁰². L'obligation de garantir les défauts indécélables lors du contrat se retrouve dans différents contrats, mais c'est le cas de la vente qui apparaît à la fois le plus

⁹⁸ P. CROCO, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1995, n° 283.

⁹⁹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2008, n° 128 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, n° 497 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 1 : *L'acte juridique*, 12^{ème} éd., Sirey, 2006, n° 193.

¹⁰⁰ V. sur l'origine de cette acception de la substance de la chose, Ph. LAURENT, *L'enchevêtrement des actions de l'acheteur liées à l'état du bien vendu*, thèse Nantes, 1998, n° 47 ; Ph. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », *D.* 1972, chron., p. 215 ; et pour des réserves sur cette définition, O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'action et le contrat de vente », *D.* 1989, chron., p. 237 ; D. TALLON, « Erreur sur la substance et garantie des vices dans la vente mobilière », *Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL*, Dalloz, 1961, p. 435 et s., spéc. p. 441. Selon ces auteurs, la notion d'erreur sur la substance serait trop large, ce qui tendrait à brouiller la distinction entre les différents concepts.

¹⁰¹ R. CELICE, *L'erreur dans les contrats*, thèse Paris, 1922, p. 199 ; J. MAURY, « L'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux », *Etudes de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT*, Dalloz, 1939, p. 491, n° 1 ; V. également J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. BOULANGER, LGDJ, 1971, n° 392 et *Conformité et garanties dans la vente*, LGDJ, 1983, n° 196 et s. Pour cet auteur, la garantie des vices cachés s'apparente à la nullité pour erreur quant à ses conditions et à la résolution pour inexécution quant à ses effets.

¹⁰² V. parmi une abondante littérature : Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse Paris I, 1996 ; « Erreur et vice caché : variations sur le même thème », *Etudes offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 789 ; P. JACHMIG-JOLY, *op. cit.* ; Ph. LAURENT, *op. cit.* ; D. TALLON, « Erreur sur la substance et garantie des vices dans la vente mobilière », art. préc. ; P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », *Gaz. Pal.* 1994, doct. p. 826 ; D. VEAUX, « Sélection des actions de l'acheteur », *Contrats conc. consom.* 1993, chron. n° 9 ; R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *Contrats. conc. consom.* 2002, chron. n° 7 ; Ph. MALINVAUD, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », *Rev. dr. immo.* 1998, p. 321 ; F. FOURMENT, « Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés ? », *RTD com.* 1997, p. 395 ; O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'action et le contrat de vente », art. préc.

controversé et le plus significatif. L'acheteur dispose de plusieurs actions lorsque la chose achetée se révèle défectueuse. Il peut, entre autres possibilités, engager une action rédhibitoire ou estimatoire en garantie des vices cachés, sur le fondement des articles 1641 et suivants du Code civil, ou encore une action en nullité pour vice du consentement, ouverte si les conditions de l'erreur ou du dol sont réunies.

Risque alors de se présenter un concours d'actions¹⁰³. En effet, on peut raisonnablement considérer que le créancier garanti, finalement victime d'un dommage, a commis une erreur déterminante de son consentement, puisqu'il s'est engagé sans pouvoir raisonnablement prévoir le risque de vice ou d'éviction auquel il était exposé. L'acheteur n'aurait probablement pas acquis la chose s'il avait su qu'elle était affectée d'un vice la rendant impropre à l'usage auquel on la destine, selon les termes de l'article 1641 du Code civil, ou que sa jouissance de la chose serait perturbée par des tiers ou le vendeur lui-même. Dans chaque cas se produit une discordance entre les qualités attendues de la chose et ses caractéristiques réelles¹⁰⁴, de sorte que l'erreur est consécutive à l'existence d'un vice occulte. Les actions en nullité ou en garantie sont alors ouvertes à raison d'un seul et même fait¹⁰⁵.

23. Articulation des actions fondées sur la garantie et l'erreur. La question n'a pas manqué d'être soulevée en droit positif. Si la distinction entre garantie et vices du consentement pouvait encore sembler relativement claire aux débuts du Code civil, la distorsion progressive des concepts d'erreur sur la substance¹⁰⁶ et de vice caché¹⁰⁷, guidée par un souci de protection des victimes, a conduit à des chevauchements regrettables. Le problème d'un concours d'actions se pose de façon d'autant plus cruciale que les conditions et effets de ces différentes actions varient considérablement, notamment le délai de

¹⁰³ Le terme concours étant entendu comme une même situation de fait qui donne lieu à plusieurs actions pouvant être exercées avec succès, opposant un même demandeur et un même défendeur. V. en faveur d'une telle définition : F. BUSSY-DUNAUD, *La notion de concours d'actions*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1988, n° 55 et s.

¹⁰⁴ Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988 et Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, *D.* 1989, p. 450.

¹⁰⁵ M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1972, n° 135 ; D. VEAUX, « Sélection des actions de l'acheteur », art. préc. n° 10 ; P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », art. préc. ; Ch. RADE, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », *JCP* 1997, I, 4009, n°7 ; R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », art. préc. n° 3 ; F. FOURMENT, « Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés ? », art. préc. n° 2 ; B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1964, n°70 ; Ph. LAURENT, *op. cit.*, n° 72 et s.

¹⁰⁶ Ph. LAURENT, *op. cit.*, n° 47 et s. ; P. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », art. préc.

¹⁰⁷ Ph. LAURENT, *op. cit.*, n° 44 et s.

prescription¹⁰⁸, le régime probatoire¹⁰⁹, les effets attachés à chacune des actions¹¹⁰ ou encore le rôle accordé à la volonté des parties¹¹¹. Le choix du fondement de l'action détermine donc dans une large mesure le régime applicable et donc les chances de succès de l'une et l'autre des parties au litige. Le problème consiste alors à déterminer si une option¹¹² entre les différentes actions doit être ouverte au profit de l'acquéreur, ou tout du moins à rechercher un critère cohérent et stable de démarcation entre elles, dans un souci de clarté du droit positif.

La doctrine raisonne généralement à partir des notions de vice et d'erreur, pour conclure à une similitude ou au contraire une distinction. Mais beaucoup plus rares sont les développements relatifs aux notions d'erreur et de garantie. La solution pourrait dépendre, en effet, de la conception que l'on adopte de la garantie, et de son degré d'autonomie par rapport à la théorie des vices du consentement. Si l'on considère qu'elle ne constitue pas une catégorie juridique originale, mais au contraire une simple application particulière de l'erreur sur les qualités substantielles, il paraît logique de prohiber le cumul des actions estimatoire et résolutoire, ouvertes en cas de vice caché, et de l'action en nullité fondée sur les vices du consentement. En partant de ce postulat, en effet, les deux catégories d'actions visent un but identique et revêtent une même nature. La plus particulière, réservée par les textes aux hypothèses de vice caché et adaptée à ce cas de figure, ne pourrait être concurrencée par une autre action de même nature, répondant à des conditions plus souples, en vertu du principe *specialia generalibus derogant*¹¹³. La reconnaissance d'une option au profit de l'acheteur lui permettrait en effet de neutraliser les conditions spécifiques à la garantie des vices cachés, en utilisant la voie de l'erreur sur la substance de la chose vendue. Il conviendrait, pour écarter cette éventualité, d'exercer une sorte de « police des actions »¹¹⁴ en conférant un caractère exclusif à l'action en garantie engagée sur le fondement des articles 1641 et suivants du Code civil, de façon à ce que les actions fondées sur les conditions de validité du contrat demeurent fermées à l'acheteur en de telles circonstances.

¹⁰⁸ Ph. LAURENT, *op. cit.*, n° 76 et s. ; Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 115 et s. ; F. FOURMENT, « Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés ? », art. préc., n° 16 et s.

¹⁰⁹ Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 184 et s.

¹¹⁰ Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 244 et s.

¹¹¹ Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 707 et s.

¹¹² Sur cette notion et les enjeux qui y sont associés, F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.*, n° 238 : ainsi, la personne au profit de laquelle est ouverte l'option peut opérer son choix en fonction des conditions d'admission de l'action et des conséquences qui y sont attachées.

¹¹³ J. CARBONNIER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1960, *RTD civ.* 1961, p. 332 ; P. CHAUVEL, *Le vice du consentement*, thèse Paris II, 1981, n° 2433 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007, n° 284.

¹¹⁴ Expression empruntée à Ph. REMY, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 11 février 1981, *RTD civ.* 1981, p. 860.

Ce refus de l'option ne fait toutefois pas l'unanimité. Selon une autre opinion, une option pourrait être accordée à l'acheteur déçu entre les deux actions, à condition que l'erreur se soit produite successivement aux stades de la formation du contrat et de l'agrément de la chose¹¹⁵.

24. Évolution jurisprudentielle. Fort confuse dans l'ensemble, la jurisprudence semble s'être engagée sur la voie du refus de l'option au terme d'une évolution tourmentée. Après avoir admis le cumul d'actions jusqu'à un arrêt du 19 juillet 1960¹¹⁶, la première chambre civile a privé d'intérêt la voie de la nullité pour vice du consentement en soumettant systématiquement l'action de l'acquéreur au bref délai de l'article 1648 du Code civil¹¹⁷, principal enjeu et point central des controverses¹¹⁸. Elle fut suivie par la troisième chambre civile¹¹⁹. Après un bref retournement de tendance à la fin des années 1980¹²⁰, les juges décident aujourd'hui que l'action en garantie est seule susceptible d'être exercée par l'acheteur en présence d'un vice caché¹²¹. L'action en nullité pour erreur n'est plus soumise aux conditions des actions en garantie, mais tout simplement fermée, ce qui mène à des résultats similaires. Son éviction, en revanche, n'a pas été étendue à l'action fondée sur le dol¹²².

Doit-on en conclure que la garantie des vices cachés dans la vente n'est qu'un cas particulier d'erreur sur la substance de la chose vendue ? Rien n'est moins sûr. Les juges se bornent à affirmer l'éviction de l'action fondée sur l'erreur sans prendre la peine de justifier la

¹¹⁵ J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990, n° 748 ; Y.-M. SERINET, « Erreur et vice caché : variations sur le même thème », art. préc.

¹¹⁶ Par exemple : Cass. civ. 3 juin 1885, *D.* 1886, 1, 25.

¹¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 1960, *Bull. civ.* I, n° 408 ; *RTD civ.* 1961, p. 332, obs. J. CARBONNIER.

¹¹⁸ Bref délai porté à deux ans par l'art. 3 de l'ordonnance 2005-136 du 17 février 2005, qui a modifié l'article 1648 du Code civil.

¹¹⁹ Cass. civ. 3^{ème}, 11 février 1981, *D.* 1981, IR p. 440, note Ch. LARROUMET ; *D.* 1982, p. 287, note J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1981, p. 860, obs. P. REMY.

¹²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, *Bull. civ.* I, n° 213 ; *D.* 1989, p. 450, note Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS ; *ibid.*, somm. p. 229, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1989, p. 342, obs. Ph. REMY ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988, *Bull. civ.* III, n° 96.

¹²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *Bull. civ.* I, n° 213 ; *D.* 1997, somm., p. 345, obs. O. TOURNAFOND ; *D.* 1998, p. 305, note F. JAULT-SESEKE ; *adde*, Ch. RADE, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », art. préc. ; Cass. civ. 3^{ème}, 17 novembre 2004, *Bull. civ.* III, n° 206.

¹²² Cass. civ. 3^{ème}, 29 novembre 2000, *Bull. civ.*, I, n° 182 ; *Contrats conc. conso.* 2001, n° 41, obs. L. LEVENEUR ; *Gaz. Pal.* 18 juin 2002, p. 35, note C. FONTENAUD-LAPEGUE ; *AJDI* 2001, p. 1020, note F. COHET-CORDEY ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 novembre 2002, *Bull. civ.* I, n° 260 ; *LPA* 28 juillet 2003, note S. STAEGER ; *Dr. et patr.* février 2003, p. 109, obs. P. CHAUVEL ; *Contrats conc. conso.* 2003, n° 38, obs. L. LEVENEUR.

solution¹²³. Il est donc fort possible qu'ils placent le débat sur le seul terrain des notions de vice et d'erreur, sans véritablement prendre parti sur une éventuelle assimilation de la garantie aux vices du consentement. Néanmoins, l'exclusion de l'action en nullité pour vice du consentement en présence d'un vice caché plaide en faveur d'une certaine parenté entre ces différents mécanismes, prônée par une partie de la doctrine qui n'a pas hésité à ériger l'erreur en fondement de la garantie des vices cachés¹²⁴ en raison des similitudes entre les deux institutions.

2) Appréciation des propositions fondant la garantie sur l'erreur.

25. Arguments fondés sur les différences de régime. Malgré la proximité des deux notions, les théories tendant à assimiler garantie et erreur n'ont pas manqué d'essayer certaines critiques. Les premiers arguments avancés à leur encontre se fondent sur la diversité de régime entre ces deux institutions¹²⁵. Il est exact que leur champ d'application ne coïncide pas exactement puisque la garantie ne joue pas, en principe, pour les actes à titre gratuit, à l'inverse de la théorie des vices du consentement. Il en est de même concernant le délai d'action accordé à la victime¹²⁶, la faculté d'aménager conventionnellement les actions en nullité ou en garantie¹²⁷, ou encore la charge de la preuve¹²⁸. Néanmoins, ces arguments ne suffisent à en déduire une différence de nature. Rationnellement, la nature d'une institution ne peut résulter de son régime. Un raisonnement rigoureux impose au contraire de procéder à la détermination de sa nature afin d'expliquer les différences de régime, celles-ci constituant plutôt l'enjeu de la qualification juridique. Du reste, si l'on présente la garantie comme une simple application de la théorie des vices du consentement, les différences de régime peuvent toujours être expliquées par l'adaptation de cette théorie aux cas particuliers du vice caché et de l'éviction, qui font l'objet d'une réglementation spéciale.

¹²³ Ch. RADE, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », art. préc. ; J.-L. AUBERT, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988.

¹²⁴ J. GHESTIN et B. DESCHE, *op. cit.*, n° 746 et s. ; B. STARCK, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1958 et Cass. civ. 2^{ème}, 19 mai 1958, *JCP* 1958, II, 10808, en matière de contrat d'entreprise.

¹²⁵ A. AREF, *De la théorie générale de la garantie des vices cachés (à l'exclusion de la vente d'animaux domestiques)*, Lovitan, 1936, p. 118. Pour une étude complète des points de divergence de régime entre les deux mécanismes, v. Y.-M. SERINET, *op. cit.*

¹²⁶ Le bref délai prévu par l'article 1648 du Code civil en matière de garantie des vices cachés s'opposant au délai de 5 ans accordé à l'*errans*.

¹²⁷ Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 749 et s. ; P. ANCEL, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD com.* 1979, p. 203 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 428 et s.

¹²⁸ En matière d'erreur, la charge de la preuve revient normalement à l'*errans* alors qu'en matière de garantie des vices cachés c'est au vendeur de démontrer que l'acheteur connaissait le vice lors de la vente : v. Cass. civ. 1^{ère}, 21 juillet 1970, *Bull. civ.* I, n° 249.

26. Arguments fondés sur l'appréciation de l'erreur et de la garantie. D'autres argumentations ont mis l'accent sur la différence d'appréciation entre l'erreur et la garantie. Cette dernière serait mise en jeu de façon objective, sans tenir compte de l'intention des parties, alors que l'erreur laisserait une place plus importante à de telles considérations psychologiques¹²⁹. Afin de déterminer si une erreur a été commise, il convient de scruter l'accord des parties. Il faut notamment s'interroger sur les qualités de la chose entrées dans le champ contractuel, ou encore sur le caractère déterminant de l'erreur sur le consentement de l'errans. La réponse à ces questions laisse une place importante à une appréciation *in concreto* de la volonté des parties¹³⁰. Quant à la garantie, elle prendrait en considération les qualités abstraites, normales de la chose. L'article 1641 du Code civil définit le vice comme le défaut qui rend la chose impropre à l'usage auquel on la destine. Il est tout à fait possible de déterminer dans l'absolu des qualités que chacun attendrait d'une chose donnée, ainsi que son usage et sa destination. Depuis quelques années, la Cour de cassation se réfère d'ailleurs à la destination normale de la chose¹³¹, ce qui renforce cette interprétation.

Mais en vérité, la distinction est finalement beaucoup moins tranchée qu'elle ne le paraît au premier abord. Il est assez largement admis que les juges, s'ils privilégient un raisonnement *in concreto* en matière d'erreur, introduisent aussi une part d'appréciation objective¹³². La garantie, quant à elle, semble également prendre en considération des éléments psychologiques. Il est tout à fait possible de considérer que l'article 1641 du Code civil laisse une place décisive à l'intention des parties¹³³. Son libellé, loin d'imposer une appréciation objective, invite à rechercher quelles spécifications ont pu rentrer au cas par cas

¹²⁹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *Contrats civils*, 1^{ère} partie, 2^{ème} éd., par J. HAMEL, LGDJ, 1956, n° 126 ; F. FOURMENT, « Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés ? », art. préc., n° 14.

¹³⁰ A. BENABENT, *Les obligations*, 11^{ème} éd., Montchrestien, 2007, n° 75, pour qui le fondement de l'erreur est avant tout psychologique. Mais la doctrine a aussi introduit une dimension plus objective dans l'erreur : v. J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, *op. cit.*

¹³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 27 octobre 1993, *Bull. civ. I*, n° 305.

¹³² F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2005, n° 255 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 130 ; A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 78 ; *contra* J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 1 : *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 198 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 501. Mais ces derniers auteurs, s'ils estiment que la jurisprudence se livre à une appréciation purement subjective, ne contestent pas le bien-fondé de la thèse adverse.

¹³³ En ce sens : B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats*, 2^{ème} éd., PUF, 2002, n° 412 ; D. VEAUX, « Sélection des actions de l'acheteur », art. préc., n° 12 ; D. TALLON, « Erreur sur la substance et garantie des vices dans la vente mobilière », art. préc., p. 439 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 255, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, note préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988 et Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, spéc. p. 453 ; M. ALTER, *op. cit.*, n° 140.

dans le champ contractuel. En vérité, seules les intentions du vendeur restent indifférentes : sa connaissance du vice n'influe pas sur le jeu de la garantie. Tout au plus sa mauvaise foi, prouvée ou présumée, le conduit-elle à verser des dommages-intérêts à l'acheteur, en application de l'article 1645 du Code civil. Mais il est généralement admis que ce texte édicte une sanction spécifique au regard des autres dispositions relatives à la garantie des vices cachés¹³⁴. La garantie n'offre donc, de ce point de vue, aucune particularité notable par rapport à l'erreur sur les qualités substantielles¹³⁵.

27. Arguments fondés sur la gravité du vice. Une autre proposition visait à distinguer garantie et erreur selon le critère de la gravité du vice¹³⁶ : l'erreur sur la substance recouvrirait les défauts les plus graves, qui ouvriraient droit à la nullité du contrat, tandis que l'action en garantie ne concernerait que les hypothèses de défaut mineur diminuant la valeur ou l'utilité de la chose. Si le droit anglais semble pouvoir tenir lieu de modèle en ce sens¹³⁷, le critère demeure assez flou et peu pertinent. On voit mal, en effet, en quoi l'atteinte à l'utilité de la chose vendue, qui remet en cause l'équilibre du contrat, constituerait pour l'acheteur un défaut moins grave qu'une discordance entre la chose et les stipulations contractuelles, laquelle peut s'avérer mineure.

28. Arguments fondés sur les sanctions de la garantie et de l'erreur. Des arguments plus solides doivent donc être opposés aux théories favorables à l'unité de nature entre la garantie et l'erreur. Ils résident dans les sanctions attachées aux actions fondées sur les vices du consentement et la garantie des vices cachés. L'erreur, tout d'abord, ouvre la possibilité d'une action en nullité. Cette solution s'impose dans la mesure où la croyance erronée de la victime, intervenue lors de la formation du contrat, a empêché le contrat d'être valablement formé. La même solution s'impose en présence d'un dol, sous réserve de dommages-intérêts alloués à la

¹³⁴ Cass. com, 25 février 1981, *Bull. civ.* IV, n° 111 ; *D.* 1981, somm. p. 445, obs. Ch. LARROUMET ; *RTD com.* 1982, p. 293, n° 11, obs. J. HEMARD et B. BOULOC, qui énonce que « l'action en paiement de dommages-intérêts n'est pas subordonnée à la résolution du contrat » ; V. néanmoins Cass. civ. 3^{ème}, 13 novembre 2003, *RDC* 2004, p. 344, obs. Ph. BRUN : « les dommages et intérêts dus par le vendeur au titre de l'article 1645 du Code civil ne trouvent pas leur fondement dans les règles de la responsabilité civile contractuelle ou délictuelle, mais dans l'obligation légale propre au vendeur de garantir l'acquéreur des vices cachés de la chose vendue ». Mais la Cour de cassation ne tranche pas clairement la question. V. aussi A. BENABENT, *Les contrats civils et commerciaux*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2006, n° 234-1 ; F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.*, n° 388 ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 337 ; Ch. LARROUMET, obs. préc. sous Cass. com., 25 février 1981 ; E. SAVAUX, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} février 2006, *Defrénois* 2006, p. 651 ; *contra* Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 410 ; Ph. BRUN, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 13 novembre 2003.

¹³⁵ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 255.

¹³⁶ E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, 1937, p. 366 ; Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, 2^{ème} éd., par G. LAGARDE, A. Rousseau, 1936, n° 116.

¹³⁷ D. TALLON, « Erreur sur la substance et garantie des vices dans la vente mobilière », art. préc.

victime à la suite du délit civil commis par l'auteur des manoeuvres dolosives. L'action en garantie, quant à elle, se dédouble, l'acheteur déçu bénéficiant de la faculté de demander, soit la restitution d'une partie du prix versé, soit le remboursement du prix en échange de la restitution de la chose. Dans la première hypothèse, la victime ne se contentera pas d'un simple retour au *statu quo ante*. Au contraire, un certain effet sera reconnu au contrat, seules les conditions de celui-ci étant modifiées *a posteriori*. La garantie apparaît donc irréductible à une erreur ou un quelconque vice du consentement, car elle suppose le contrat valablement formé. Elle n'intervient pas à la formation du contrat, mais plus tard, lorsque l'exécution ne s'avère pas conforme à ce qui était valablement prévu à la formation du contrat¹³⁸. Même si cette distinction classique entre formation et exécution du contrat manque parfois de clarté en pratique¹³⁹, elle ne pose guère de difficultés d'application : le seul fait de se prévaloir de la garantie des vices cachés pourrait valoir pour l'acquéreur confirmation de l'acte entaché d'un vice du consentement, la nullité encourue étant relative dans ces hypothèses¹⁴⁰. L'acquéreur pourrait donc se prévaloir à son choix de l'erreur ou du vice caché et les deux actions présenteraient une articulation plus cohérente.

29. Différence de nature entre garantie et erreur. L'étude de ces sanctions se révèle donc utile pour mettre en lumière une diversité de nature entre les deux actions. Là où l'erreur interdit au contrat, non valablement formé, de produire le moindre effet, la garantie peut laisser subsister une trace du lien contractuel. Cela montre la différence de fonction des deux actions, qui interdit de fonder la garantie sur la théorie des vices du consentement. La garantie, en effet, n'intervient pas à raison d'un vice affectant le contrat dès son origine, mais est mise en jeu à la suite de l'intervention d'un événement imprévu dans l'exécution de ce contrat. Ces différences procèdent de la nature même de l'erreur et de la garantie, et non uniquement de leur régime. Elles montrent que ces deux mécanismes, même s'ils concernent des faits similaires au départ, poursuivent chacun un but différent : d'un côté il s'agira de prononcer l'inaptitude d'un contrat vicié à produire des effets. Dans l'autre, il conviendra de

¹³⁸ En faveur d'une telle distinction entre la formation et l'exécution du contrat : O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'action et le contrat de vente », art. préc. ; obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *D.* 1997, somm., p. 345 ; obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, *D.* 2002, somm. p. 1002.

¹³⁹ P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », art. préc. ; D. VEAUX, « Sélection des actions de l'acheteur », art. préc., n° 12 ; Y.-M. SERINET, « Erreur et vice caché : variations sur le même thème », art. préc., n° 64.

¹⁴⁰ R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », art. préc., n° 44 ; D. VEAUX, « Sélection des actions de l'acheteur », art. préc. n° 14 ; comp. M. ALTER, *op. cit.*, n° 142 ; H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente : essai de théorie générale*, préf. Ph. REMY, LGDJ, 2005, n° 282 et s., qui proposent d'octroyer un tel rôle à l'acceptation et l'agrégation de la chose.

protéger les intérêts de l'acheteur contre des événements imprévus entraînant l'ineffectivité du contrat à son égard. Cela met en évidence l'inexactitude des thèses prônant l'unité entre ces deux mécanismes. En toute hypothèse, ces affirmations pèchent par leur particularisme. Elles se bornent à chercher un fondement aux garanties légales du droit des contrats, sans proposer de réflexion d'ensemble sur la notion de garantie¹⁴¹. La garantie des vices cachés présente évidemment un air de parenté avec l'erreur, mais on ne saurait les confondre, car ce lien, réel en la matière, n'est pas nécessairement commun à l'ensemble des garanties. Les sûretés et l'assurance en apportent un exemple éclatant.

30. Appréciation des solutions jurisprudentielles. En conséquence, la jurisprudence excluant l'action en nullité pour erreur dans l'hypothèse d'un vice caché ne saurait être approuvée. Elle répond certes à un besoin de simplification, car l'élargissement de l'action en nullité pour erreur a donné lieu à un enchevêtrement regrettable entre l'erreur sur les qualités substantielles et la garantie des vices cachés¹⁴². Une clarification s'imposait¹⁴³ face à la multiplication des actions ouvertes à l'acheteur, et la solution de la Cour de cassation tend vers cet impératif, car elle permet d'articuler avec simplicité les actions concurrentes en excluant purement et simplement certaines d'entre elles¹⁴⁴. Pour autant, elle ne prend pas suffisamment en compte la particularité de la garantie et semble plutôt guidée par une vision trop étroite du problème, puisqu'elle semble fondée sur les seuls concepts peu éclairants d'erreur et de vice. Ceux-ci correspondant, dans bon nombre d'hypothèses, à une seule et même réalité, leur comparaison ne permet pas d'établir de distinction claire et opératoire. La solution adoptée par les juges ne concerne d'ailleurs que les rapports entre garantie et erreur, mais non garantie et dol, ce qui montre sa fragilité : on ne comprend guère que l'erreur entretienne des rapports différents avec la garantie selon qu'elle est spontanée ou provoquée¹⁴⁵. Là encore, l'absence de vue d'ensemble sur la matière apparaît criante. Malgré une certaine parenté, notamment dans leur fait générateur, la garantie ne peut raisonnablement

¹⁴¹ V. R. RAFFI, *L'obligation de garantie du constructeur immobilier*, thèse Bordeaux I, 1994, n° 618, qui note l'inaptitude de l'erreur à expliquer les solutions en vigueur en droit de la construction.

¹⁴² Ph. LAURENT, *op. cit.* ; O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'action et le contrat de vente », art. préc.

¹⁴³ V. notamment Ph. LAURENT, *op. cit.*

¹⁴⁴ V. R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », art. préc., n° 8 ; Ch. RADE, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », art. préc., n°7, pour qui la Cour de cassation exclut l'action en nullité pour erreur au titre de l'adage *specialia generalibus derogant*.

¹⁴⁵ V. Ch. RADE, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », art. préc., n° 9 ; *contra* J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 1 : *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 197, qui justifie la différence de traitement entre erreur et dol par « la nécessité d'une sanction particulière du comportement dolosif ». Cette explication permet de justifier l'opportunité de la solution, mais non son fondement juridique.

être confondue avec la théorie des vices du consentement, et n'y trouve en aucun cas son fondement¹⁴⁶. Seul un cumul entre l'action en nullité pour vice du consentement et l'action en garantie est de nature à rendre compte de leur diversité de fonction¹⁴⁷. Une telle reconnaissance ne contreviendrait en rien à l'adage *specialia generalibus derogant*, qui trouve uniquement application en présence d'actions se trouvant sur un même plan. Tel n'est pas le cas ici¹⁴⁸. Elle permettrait, de surcroît, une meilleure prise en compte des intérêts de l'acquéreur, aujourd'hui privé de l'action plus favorable fondée sur l'erreur dans le cas où il s'est mépris sur l'utilité de la chose, alors qu'il en bénéficierait dans des hypothèses de vice moins grave.

Une fois écartées les théories fondées sur l'erreur, il reste à déterminer si, parmi les autres conditions de formation du contrat, la cause peut fournir un fondement à la garantie, ainsi que l'ont considéré certains.

B) Propositions fondant la garantie sur la cause.

La cause, tout comme l'erreur, a pu être proposée comme fondement de la garantie par la doctrine civiliste. Peu évidente d'un premier abord, la comparaison repose dans une large mesure sur l'étude des effets de la garantie et de la résolution judiciaire. Cette thèse n'est pas dénuée de répercussions en droit positif. Il conviendra, là encore, de l'exposer (1) avant d'examiner son bien fondé (2).

¹⁴⁶ En ce sens, B. GROSS et Ph. BIHR, *op. cit.*, n°412.

¹⁴⁷ J.-L. AUBERT, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988 et Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988 ; O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'action et le contrat de vente », art. préc. Egalement favorables à une telle option, mais principalement pour des raisons d'opportunité : J. CARBONNIER, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1960 ; Ch. LARROUMET, obs. préc. sous Cass. com, 25 février 1981 ; Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, note préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988 et Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988.

¹⁴⁸ V. P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », art. préc. ; L. LEVENEUR, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, *Contrats. conc. conso.* 2000, comm. n° 159 ; Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, note préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988 et Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988 ; *contra* Ch. RADE, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », art. préc ; J. CARBONNIER, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1960 ; F. JAULT-SESEKE, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1996.

1) Exposé des propositions fondant la garantie sur la cause.

31. Absence de contrepartie utile de la chose. Plusieurs auteurs ont formulé une comparaison entre la garantie et la cause¹⁴⁹. Une fois encore, le terrain de prédilection de cette théorie se situe dans les garanties des vices cachés et d'éviction au sein du contrat de vente. Rattacher la garantie à l'absence de cause nécessite de préciser la notion de cause, assez floue et protéiforme. C'est ici la cause objective qui est prise en considération, c'est-à-dire le but que les parties entendaient atteindre en concluant le contrat, par opposition à la cause subjective, définie comme leurs mobiles personnels. Elle fait défaut dans la vente en l'absence de contreprestation offerte à l'acquéreur. Le raisonnement suivi par les auteurs postule son prolongement au-delà de la seule formation du contrat, où elle semble pourtant cantonnée par l'article 1108 du Code civil. Ainsi, la cause ne serait pas uniquement nécessaire au stade de la conclusion du contrat, mais devrait également subsister tout au long de son exécution¹⁵⁰. Les auteurs s'appuient alors sur le constat suivant : l'acheteur dont la chose ne pourrait remplir l'usage auquel elle est destinée voit son acquisition privée d'utilité en raison du vice apparu depuis la formation du contrat. Il en est de même lorsque le bien vendu fait postérieurement l'objet d'une éviction. L'acquéreur se retrouve dans la même situation que s'il n'avait reçu aucune contreprestation, quand bien même la chose aurait été correctement livrée par le vendeur : affecté d'un déséquilibre entre les prestations respectives des parties, le contrat est privé de tout intérêt pour lui¹⁵¹. L'absence de cause correspond donc, non seulement à l'absence de contrepartie, mais également à l'absence de contrepartie utile à l'acquéreur, ce qui revient à introduire une certaine dose de subjectivité dans la cause objective¹⁵². La garantie intervenant dans ces mêmes hypothèses, il est alors tentant de considérer qu'elle constitue une sanction de l'absence de cause ainsi définie.

¹⁴⁹ Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. XI : *la vente, le louage de chose*, 2^{ème} éd., par J. BRETHER DE LA GRESSAYE, 1938, n° 185 ; A. VERGNES, *De la garantie dans les contrats à titre onéreux*, thèse Toulouse, 1934 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927, note 1 p. 331.

¹⁵⁰ H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 28 ; A. VERGNES, *op. cit.*, p. 157

¹⁵¹ P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1986, *D.* 1987, p. 209 et s., n° 11 ; A. VERGNES, *op. cit.*, p. 189.

¹⁵² Sur cette conception renouvelée de la cause, v. D. MAZEAUD, « La cause », in *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 451 ; J. ROCHFELD, *Rép. civ. Dalloz*, 2005, *V° Cause* ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 1 : *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 262 et s.

32. Identité des actions en garantie et en résolution. Transposable au contrat de bail, ce raisonnement vise à expliquer la garantie légale comme conventionnelle¹⁵³. Il serait, de surcroît, corroboré par une analyse des effets de la garantie, l'action en garantie des vices cachés ou d'éviction devant être analysée comme une action en résolution au sens de l'article 1184 du Code civil¹⁵⁴, elle-même fondée sur les notions d'équivalence des prestations et de cause objective dans les contrats synallagmatiques¹⁵⁵. Le rapprochement avec la résolution permet aux auteurs de contourner l'obstacle tiré de la distinction entre formation et exécution du contrat. Ainsi, l'obligation pour le vendeur de ne pas troubler l'acquéreur et de défendre ses intérêts en cas d'éviction par un tiers équivaldrait à l'exécution du contrat de vente¹⁵⁶. Le même raisonnement tendrait aussi à expliquer les restitutions opérées une fois mise en œuvre la garantie d'éviction¹⁵⁷ ou des vices cachés¹⁵⁸. Enfin, la distinction des actions estimatoire et rédhibitoire en cas de vice caché trouverait sa source dans l'importance de l'inexécution de ses obligations par le vendeur, condition nécessaire de la résolution judiciaire¹⁵⁹.

Si cette théorie ne rencontre a priori guère d'écho en droit positif, nombre d'auteurs évoquent pourtant une résolution à propos de l'action rédhibitoire¹⁶⁰, dont la nature a suscité de vives discussions¹⁶¹. Toutefois, cette assimilation résiste difficilement aux objections qui ont pu lui être adressées.

¹⁵³ V. B. GROSS, *op. cit.*, n° 76, pour l'exposé des arguments avancés en faveur d'une telle assimilation de la garantie conventionnelle à la théorie de la cause.

¹⁵⁴ G. BAUDRY-LACANTINERIE, et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, 3^{ème} éd., Larose et Ténin, 1908, n° 434 ; A. VERGNES, *op. cit.*, p. 191.

¹⁵⁵ H. CAPITANT, *op. cit.*, p. 321 et s. ; A. VERGNES, *op. cit.*, p. 157 et s. ; A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 857 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 644 ; A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 389.

¹⁵⁶ A. VERGNES, *op. cit.*, p.177.

¹⁵⁷ A. VERGNES, *op. cit.*, p. 178 et s.

¹⁵⁸ A. VERGNES, *op. cit.*, p. 194 et s.

¹⁵⁹ A. VERGNES, *op. cit.*, p. 190.

¹⁶⁰ V. par exemple : Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 409 ; A. BENABENT, *Contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 234 ; J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001, n° 11358 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2007, n° 287 ; P. JACHMIG-JOLY, *op. cit.*, n° 134 ; comp. J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, LGDJ, 1983, n° 200, qui observe la similarité des effets des actions résolutoire et rédhibitoire.

¹⁶¹ Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. XI : *la vente, le louage de chose*, par J. BRETHER DE LA GRESSAYE, *op. cit.*, n° 261 et s. ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *Contrats civils*, 1^{ère} partie, par J. HAMEL, *op. cit.*, n° 135.

2) Appréciation des propositions fondant la garantie sur la cause.

33. Arguments fondés sur le rôle de la cause. Les thèses érigeant la cause en fondement de la garantie ont déjà fait l'objet de critiques nourries et d'inégale valeur. On pourrait d'abord songer à remettre en question l'utilisation de la notion de cause en tant qu'instrument de contrôle de l'utilité du contrat tout au long de son existence¹⁶². Ces critiques, tout à fait fondées dans une vision classique de la notion de cause, voient aujourd'hui leur portée réduite puisque la jurisprudence n'hésite plus à confondre cause objective et subjective afin d'exercer un contrôle de l'utilité du contrat en se plaçant au stade de la formation comme de l'exécution du contrat¹⁶³.

Par ailleurs, le rôle de la cause pourrait être remis en cause lors d'une éventuelle réforme du droit des contrats. Un projet préparé par la chancellerie supprime d'ailleurs ce concept. Mais la notion d'intérêt au contrat, qui lui est substituée, apparaît tellement proche de la cause que les solutions actuelles pourraient ne pas être remises en cause¹⁶⁴.

34. Arguments fondés sur les différences de régime entre garantie et résolution. De nombreux autres indices, toutefois, révèlent une distinction entre les notions de cause et de garantie¹⁶⁵. Elle apparaît d'abord à la lumière d'une comparaison entre les conditions d'ouverture de l'action en résolution d'une part et des garanties dans la vente d'autre part¹⁶⁶.

¹⁶² J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999, n° 318 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 342 ; A. SERIAUX, note sous Cass. Com, 22 octobre 1996, *D.* 1997, p. 121 ; Ch. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997, chron., p. 145 ; D. COHEN, note sous Cass. com., 22 octobre 1996, *JCP* 1997, II, 22881.

¹⁶³ V. notamment Cass. com, 22 oct 1996, *Chronopost*, *Bull. civ.* IV, n° 261 ; *D.* 1997, p. 121, note A. SERIAUX ; somm. p. 75, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 1997, II, 22881, note D. COHEN ; *Contrats. conc. conso.* 1997, n° 24, obs. L. LEVENEUR ; *JCP* 1997, I, 4002, obs. M. FABRE-MAGNAN ; *Deffrénois* 1997, p. 333, obs. D. MAZEAUD ; *Grands arrêts de la jurisprudence civile*, n° 156, obs. F. TERRE et Y. LEQUETTE ; *adde* Ch. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, *D.* 1997, p. 500, note P. REIGNE ; *Deffrénois* 1996, p. 1015, obs. Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, p. 903, obs. J. MESTRE ; Cass. com, 15 février 2000, *D.* 2000, somm. p. 364, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Deffrénois* 2000, p. 1118, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 octobre 2004, *D.* 2005, p. 1617, note E. MONTEIRO ; *Deffrénois* 2005, p. 1245, obs. J.-L. AUBERT ; *RDC* 2005, p. 1009, obs. D. MAZEAUD.

¹⁶⁴ Ch. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, p. 2441 et s., spéc. p. 2442 : « La référence à l'intérêt pour remplacer la cause ne règle rien. Il s'agit de la cause sous une autre dénomination. » Comp. R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats », *JCP* 2008, I, 190, spéc. n° 10.

¹⁶⁵ V. B. GROSS, *op. cit.*, n° 79.

¹⁶⁶ Une telle comparaison, qui s'impose ici dans la mesure où les partisans de l'unité de la cause et de la garantie se placent sur ce terrain, s'appuie sur le postulat que la résolution repose sur le mécanisme de la cause, ce qui, en soi, ne paraît pas nécessairement évident : H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations, théorie générale*, 9^{ème} éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1998, n° 266 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil*,

Si le cocontractant peut exercer l'action en résolution dès qu'il a acquis la certitude de ne pas être titulaire des droits espérés, il ne peut agir en garantie d'éviction avant qu'une menace ne pèse sur sa jouissance du bien¹⁶⁷. Les effets de ces deux actions divergent également puisque l'acquéreur victime d'un vice caché, par exemple, bénéficie d'une option entre les actions estimatoire et rédhibitoire, tandis qu'un tel choix n'est pas offert au demandeur à l'action en résolution, seuls les juges pouvant décider du recours à l'exécution forcée ou à l'anéantissement rétroactif du contrat¹⁶⁸. Enfin, la différence de délai d'action entre l'action en garantie des vices cachés et l'action en résolution ne trouve aucune justification, de même que la différence d'appréciation concernant l'octroi de dommages-intérêts au profit du demandeur¹⁶⁹. La jurisprudence distingue tout aussi nettement les actions résolutoire et rédhibitoire, les soumettant à un régime différent¹⁷⁰. Les objections sont donc nombreuses et importantes. Elles sont toutefois insuffisantes car des différences de régime ne suffisent pas à déterminer une différence de nature entre les deux éléments entrant en comparaison.

35. Arguments fondés sur la différence de nature entre garantie et résolution. Afin de réfuter la thèse de l'unité de la cause et de la garantie, certains auteurs ont tenté de montrer que les prestations versées à la suite des actions en résolution et en garantie revêtent une nature différente. Alors que les restitutions opérées dans le cadre de l'action résolutoire devraient être analysées comme un retour au *statu quo ante*, celles qui résultent de l'action rédhibitoire ne constitueraient qu'une répétition, due en application de la théorie des risques dans les contrats translatifs de propriété¹⁷¹, et ne viendraient donc ni sanctionner une inexécution, ni réparer un dommage. Cette distinction, qui présente l'avantage de mettre en évidence la différence de nature entre ces diverses actions, implique toutefois un lien entre la garantie et la théorie des risques. M. COEFFARD le met en évidence dans une thèse récente¹⁷²

Les obligations, t. I, *les sources*, 2^{ème} éd., Sirey, 1988, n° 210 et 340 ; J. ROCHFELD, *op. cit.*, n° 318 ; C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, préf. Ch. JAMIN, Dalloz, 2003, n° 190 et s.

¹⁶⁷ B. GROSS, *op. cit.*, n° 79.

¹⁶⁸ B. GROSS, *op. cit.*, n° 79 ; A. VERGNES, *op. cit.*, p. 206 : ce dernier, qui explique la garantie à partir de la notion de cause, est contraint d'admettre cette faille dans le raisonnement, qu'il explique par une retranscription aveugle des règles du droit romain et de l'ancien droit par les rédacteurs du Code civil.

¹⁶⁹ V. B. GROSS, *op. cit.*, n° 79.

¹⁷⁰ V. en dernier lieu Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, *D.* 2006, p. 1869, note C. MONTFORT ; *JCP E* 2006, p. 1616, note C. HOUIN-BRESSAND ; *RDC* 2006, p. 1230, obs. G. VINEY ; *ibid.*, p. 1140, obs. Ph. BRUN ; *Deffrénois* 2006, p. 1134, note Y. DAGORNE-LABBE ; *Contrats conc. conso.* 2006, n° 130, obs. L. LEVENEUR, en matière d'indemnités consécutives à l'exercice de l'action rédhibitoire. *Adde*, S. HOCQUET-BERG, « Garantie des vices cachés, défaut de conformité et restitutions », *Resp. civ. assur.* 2006, étude n° 9.

¹⁷¹ P. COEFFARD, *Garantie des vices cachés et « responsabilité civile de droit commun »*, préf. Ph. REMY, LGDJ, 2005, n° 48 et s.

¹⁷² P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 34 et s. ; v. également Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Actions, éd. 2008-2009, *op. cit.*, n° 6072.

qui reprend des propositions plus anciennes de la doctrine allemande¹⁷³. L'article 1138 du Code civil indique que l'acheteur supporte les risques de la chose, une fois le transfert de propriété intervenu, en application de la règle *res perit domino*. Mais, selon l'auteur, la garantie apporte un correctif à ce principe, si d'aventure certains événements imprévus venaient à ruiner l'utilité du contrat. L'argumentation s'appuie sur la condition d'antériorité du vice caché par rapport à la délivrance, qui permet d'appliquer rétrospectivement la règle *res perit debitori* et de faire peser la charge des risques de la chose sur le vendeur¹⁷⁴. Si l'on avait pu reprocher à la doctrine allemande de ne pas préciser les raisons poussant le législateur à déroger à l'article 1138 du Code civil dans certaines hypothèses¹⁷⁵, M. COEFFARD répond à cette objection en affirmant que le mécanisme correspond à l'économie des contrats translatifs de propriété¹⁷⁶.

36. Apports de la théorie des risques sur la notion de garantie. Habile, cette présentation de la garantie comporte certaines vertus explicatives. Garantie et théorie des risques partagent le point commun de trouver à s'appliquer à la suite de la survenance d'un événement inattendu aux yeux des parties¹⁷⁷. La notion de risques du contrat permet aussi de réfuter les théories fondant la garantie sur la cause en dissociant l'action rédhibitoire de la résolution de droit commun. Mais il ne s'agit là que d'une technique parmi d'autres, utilisée à des fins de garantie au même titre, par exemple, que la responsabilité, l'assurance ou les sûretés. Une assimilation générale de la garantie et de la théorie des risques ne résiste pas à une étude plus générale de la garantie. La proposition doctrinale n'a donc vocation qu'à expliquer le mécanisme de la garantie des vices cachés, sans être pour autant destinée à fédérer la notion de garantie autour d'un critère conceptuel.

Ainsi, l'auteur admet que la garantie de conformité issue de la directive du 25 mai 1999 ne peut être analysée comme une application de la théorie des risques, dans la mesure où elle met à la charge du vendeur une obligation de conformité au lieu de ne s'appliquer que dans l'hypothèse d'un cas fortuit¹⁷⁸. Si d'ailleurs le système mis en place par l'ordonnance du

¹⁷³ Pour un exposé de ce courant, v. P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 34 ; R. RAFFI, *op. cit.*, n° 619 et s. ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 63 ; G.-J. NANA, *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, LGDJ, 1982, n° 159.

¹⁷⁴ P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 34 et s.

¹⁷⁵ G.-J. NANA, *op. cit.*, n° 160 ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 63.

¹⁷⁶ P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 39.

¹⁷⁷ J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481 et s., n° 28. L'auteur trace un parallèle implicite entre la garantie des vices de la chose et la théorie des risques, qu'il étudie précédemment.

¹⁷⁸ P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 325.

17 février 2005 voit sa mise en œuvre conditionnée par l'antériorité du vice¹⁷⁹, cette antériorité est appréciée par rapport, non au transfert de propriété, mais à la délivrance, ce qui interdit tout parallèle avec la garantie édilicienne¹⁸⁰. Plus généralement, la théorie des risques s'accommode mal des solutions régissant un certain nombre de garanties. Ainsi, la propriété réservée du vendeur, qui constitue à n'en point douter une garantie pour lui, n'exerce aucune influence sur les risques du contrat, à tel point que son efficacité nécessite la stipulation d'une clause de transfert des risques¹⁸¹. La théorie de M. COEFFARD, pour convaincante qu'elle soit en matière de garantie des vices cachés, perd de ses vertus explicatives en dehors de son champ d'application, et ne saurait donc être généralisée. Pour autant, cette étude comporte une part de vérité en ce qu'elle met en évidence la différence de nature opposant l'action en résolution prévue par l'article 1184 du Code civil et les actions estimatoire et résolutoire ouvertes à la suite de l'apparition d'un vice occulte de la chose vendue. Même si les effets de la garantie et de la résolution judiciaire présentent une certaine parenté, la distinction entre elles existe réellement.

37. Arguments fondés sur la différence de domaine entre garantie et résolution. Une étude comparée des domaines respectifs de la résolution judiciaire et des actions en garantie vient confirmer de manière décisive cette hypothèse et démontre le caractère artificiel du rapprochement opéré par les partisans de l'unité de la cause et la garantie. La cause ne peut constituer le fondement de la garantie car les deux notions recouvrent un domaine différent¹⁸². La résolution judiciaire ne permettrait d'expliquer que l'action rédhibitoire, à l'exclusion de l'action estimatoire qui ne peut en aucun cas être apparentée à une résolution du contrat, même partielle¹⁸³. En effet, l'action *quantum minoris* ne requiert aucun manquement grave de la

¹⁷⁹ Art. L. 211-4 du Code de consommation issu de l'ordonnance du 17 février 2005.

¹⁸⁰ A moins de considérer que le transfert des risques est opéré par la délivrance de la chose : v. sur ce point R. BONHOMME, « La dissociation des risques et de la propriété », *Etudes de droit de la consommation : liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 69 et s. ; J. CALAIS-AULOY, « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », *Mélanges Ch. MOULY*, t. II, Litec, 1998, p. 63 et s. ; comp. Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 6140-1. L'ordonnance du 17 février 2005 n'apporte aucune précision à ce sujet.

¹⁸¹ R. BONHOMME, « La dissociation des risques et de la propriété », art. préc., et les décisions citées, note 17. L'auteur déplore ces solutions, qui ne tiennent pas compte du caractère désincarné du droit de propriété du vendeur dans cette hypothèse.

¹⁸² B. GROSS, *op. cit.*, n° 79.

¹⁸³ P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 54 et s. ; *contra* J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, préc., n° 200. Selon cet auteur, l'action estimatoire aurait les effets d'une réfaction, mode de résolution partielle au profit de l'acquéreur.

part du vendeur¹⁸⁴. La même remarque peut être formulée concernant la garantie du fait personnel ou encore l'obligation de défense dans le cadre de la garantie d'éviction.

38. Insuffisance de la théorie de la cause. Ainsi, la théorie de la cause ne suffit pas à procurer un fondement solide à la garantie. S'agissant d'une condition de formation du contrat, la cause ne peut en principe être appréciée au stade de son exécution¹⁸⁵, quand bien même la jurisprudence tend à opérer un glissement entre la formation et l'exécution des relations contractuelles¹⁸⁶. La sanction du défaut de cause, la nullité, en témoigne. A supposer même que l'on admette une prise en compte de la cause lors de l'exécution du contrat, son utilisation ne peut à elle seule justifier le mécanisme de la garantie ; elle ne l'explique qu'indirectement et imparfaitement par le biais de la résolution. Les actions estimatoire et rédhitoire ne sauraient être confondues avec la résolution du contrat, quand bien même elles présenteraient un certain nombre de points communs. La différence de domaine entre la résolution et la garantie d'éviction ou des vices cachés interdit donc de considérer la cause comme le fondement de la garantie, et condamne l'argumentation des partisans de l'unité de la cause et de la garantie.

Ces critiques doivent d'ailleurs être généralisées. Si la cause se révèle impuissante à expliquer l'ensemble des solutions relatives aux garanties légales assortissant les contrats spéciaux, elle ne peut évidemment prétendre fédérer la notion de garantie dans son acception la plus générale. Si garantie et cause ont pour point commun un certain effet de rééquilibrage du rapport contractuel, ce dénominateur demeure beaucoup trop vague pour pouvoir unifier les deux notions. Du reste, la comparaison entre elles n'est plus véritablement mise en avant aujourd'hui, hormis, allusivement, à travers une certaine assimilation de l'action rédhitoire à l'action en résolution.

Une fois réfutée la théorie de l'unité de la garantie et de la cause, il a fallu se tourner vers d'autres mécanismes susceptibles d'expliquer la garantie, au premier rang desquels se

¹⁸⁴ P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 55.

¹⁸⁵ Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, 1^{ère} partie, *Conditions de formation du contrat*, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 473 et la jurisprudence citée ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, n° 266 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *les sources*, *op. cit.*, n° 210 et 340 ; Y. LARIVIERE, *Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit : de la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité*, thèse Paris, 1944, n° 60.

¹⁸⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1996, préc. ; Cass. com, 15 février 2000, préc. ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 octobre 2004, préc. Ce courant jurisprudentiel n'a toutefois « rien d'un raz de marée », selon les termes de D. MAZEAUD, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 13 octobre 2004.

trouve la responsabilité de droit commun. Il convient à présent d'examiner leurs rapports, pour constater que, pas plus que les conditions de formation du contrat, la responsabilité n'est en mesure de fournir une explication générale de la garantie.

§2 : La garantie fondée sur la responsabilité de droit commun.

39. Proximité de la garantie et de la responsabilité extracontractuelle. Les tentatives d'assimilation de la garantie à des concepts tels que la cause ou les vices du consentement ne se révélant guère satisfaisantes, il convient d'examiner si la garantie ne constituerait pas plutôt la sanction d'une obligation. De nombreux auteurs, suivant cette direction, ont cru pouvoir définir la garantie en référence au concept de responsabilité. Ces deux institutions entretiennent elles aussi, il est vrai, un certain lien de parenté, à tel point que l'on peine à les distinguer. Certains n'ont donc pas manqué de souligner leurs points de convergence. Ils considèrent la garantie comme une sanction, ce qui les amène à l'ériger en sous catégorie de la responsabilité de droit commun. Cette idée a diversement imprégné les différents ordres de responsabilité. En matière extracontractuelle, tout d'abord, les rôles respectifs de la garantie et de la responsabilité ont été définis de manière assez précise : si ces deux mécanismes ne sont pas étrangers, la responsabilité n'est pas envisagée comme le fondement de la garantie (A). En présence d'un contrat, la situation apparaît plus complexe, puisque responsabilité et garantie sont fréquemment confondues. Il est donc nécessaire d'attribuer à chacun de ces mécanismes la place qui lui revient, de manière à clarifier leurs rapports (B).

A) Propositions comparant la garantie à la responsabilité extracontractuelle.

Garantie et responsabilité font souvent l'objet d'une assimilation en matière extracontractuelle, mais de manière moins marquée qu'en présence d'un contrat. Cela s'explique par l'influence de la thèse de Boris STARCK¹⁸⁷, le premier auteur à avoir mis en évidence les véritables rapports entre ces deux mécanismes. Selon lui, la responsabilité extracontractuelle est parfois sous-tendue par une idée de garantie. Il s'oppose ainsi à la grande majorité de la doctrine antérieure, qui fondait exclusivement la responsabilité délictuelle sur la faute de l'auteur ou le risque qu'il contribuait à créer (1). L'étude de la théorie de la garantie de STARCK permet de mettre en évidence le but de la garantie, c'est-à-

¹⁸⁷ B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947. V. également, du même auteur, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.* 1958, p. 475 et s.

dire la protection des droits subjectifs des victimes. Ainsi, responsabilité et garantie présentent une différence de nature, qui fait obstacle à toute tentative d'assimilation de l'une à l'autre, en dépit des propositions en ce sens (2).

1) Exposé des propositions comparant la garantie à la responsabilité extracontractuelle.

40. Imprécision terminologique. La parenté entre les notions de responsabilité et de garantie est rapidement apparue d'un point de vue terminologique. Elle est alimentée par la signification voisine des deux termes, la responsabilité n'étant autre, étymologiquement, que « l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences »¹⁸⁸ tandis que la garantie vise au sens large les moyens de se prémunir d'un dommage. Cette confusion terminologique transparait parfois même en droit positif. Très tôt, SAINCTELETTE fustigea, dans une célèbre thèse, l'incertitude régnant en droit positif entre ces notions de responsabilité et de garantie¹⁸⁹. Il releva, au prix d'une précise étude lexicale du Code civil, que le terme responsabilité visait généralement la sanction de l'inexécution d'une norme légale, tandis que la garantie désignait celle d'une inexécution contractuelle. Mais ce vocable n'était pas respecté de façon constante, ce qui contribuait à brouiller la distinction majeure des ordres contractuel et extracontractuel¹⁹⁰.

41. Théorie de la garantie. Même si les incertitudes dénoncées par SAINCTELETTE ne furent pas levées, bien au contraire, les points de contact entre responsabilité extracontractuelle et garantie sont longtemps demeurés assez rares, le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle ayant d'abord été trouvé dans la faute, puis le risque. C'est uniquement au milieu du 20^{ème} siècle que STARCK bouscula cette vision des choses en soutenant que la responsabilité obéissait dans une certaine mesure à une logique de garantie des droits subjectifs des individus¹⁹¹. En effet, faute et dommage, jadis indissolublement liés, se trouvaient dissociés, de nombreux dommages apparaissant en l'absence de toute faute¹⁹². Les différentes doctrines, qui fondaient respectivement la responsabilité sur la faute ou le risque, se révélaient impuissantes à justifier leur réparation¹⁹³.

¹⁸⁸ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2000, V^o Responsabilité, I.

¹⁸⁹ Ch. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruylant, 1884.

¹⁹⁰ Ch. SAINCTELETTE, *op. cit.*

¹⁹¹ B. STARCK, *op. cit.*

¹⁹² B. STARCK, *op. cit.*, p. 7.

¹⁹³ B. STARCK, *op. cit.*, p. 15 et s.

Grâce à une observation du droit positif, l'éminent auteur montra que le dommage subi par la victime constituait parfois l'élément prépondérant de l'engagement de la responsabilité¹⁹⁴, avant d'assigner à la responsabilité un rôle spécifique de garantie, c'est-à-dire de protection des droits subjectifs des personnes juridiques. La théorie de la garantie repose donc sur un conflit entre le droit à la sécurité de la victime, dont la violation injustifiée constitue « une injustice en soi », et la liberté d'action de l'auteur du dommage¹⁹⁵. STARCK procéda alors à une classification des droits subjectifs, afin de déterminer dans quels cas la responsabilité civile devait être fondée sur la garantie. En fin de compte, il suggéra qu'elle devait jouer un tel rôle en présence de dommages corporels ou matériels, tandis que la faute ou le risque pouvaient continuer à régir la réparation de certains préjudices économiques ou moraux¹⁹⁶. Dans la première de ces hypothèses, la responsabilité devait pouvoir être engagée de façon objective, sans que l'on dût rechercher l'existence d'une hypothétique faute du responsable, celui-ci répondant également des dommages causés par l'intermédiaire d'autrui¹⁹⁷. On se trouvait donc en présence d'une garantie des droits de la victime. Cette théorie de la garantie, qui permettrait d'expliquer nombre de solutions en vigueur en matière extracontractuelle¹⁹⁸, ne constituait pour STARCK qu'une simple étape dans l'avènement de la responsabilité adossée à l'assurance, qui présente l'avantage technique de résoudre les difficultés d'indemnisation liées notamment à l'insolvabilité du responsable¹⁹⁹.

42. La place centrale des intérêts de la victime. La responsabilité voyait donc sa perspective radicalement modifiée, même si son rôle sanctionnateur n'était pas méconnu par STARCK. Traditionnellement, l'accent était mis sur l'attitude du responsable, comme le montre la place centrale occupée par la faute dans le système de responsabilité issu du Code civil²⁰⁰. Ce système devint progressivement obsolète, devant la multiplication et la diversification des dommages indemnifiables, ce qui a parfois poussé la doctrine et surtout les

¹⁹⁴ B. STARCK, *op. cit.*, p. 43 et s.

¹⁹⁵ B. STARCK, *op. cit.*, *eod. loc.*

¹⁹⁶ B. STARCK, *op. cit.*, p. 47 et s. ; et p. 152 et s. pour les raisons conduisant à admettre ces solutions : la reconnaissance dans certaines hypothèses d'un droit de nuire enfermé dans certaines limites.

¹⁹⁷ B. STARCK, *op. cit.*, p. 204 et s. sur la responsabilité du fait d'autrui ; p. 238 et s. sur le gardien responsable du fait des choses ; p. 250 et s. sur la responsabilité civile des personnes morales.

¹⁹⁸ B. STARCK, *op. cit.*, p. 81 et s. sur la responsabilité des *infans* et des aliénés ; p. 116 et s. sur la responsabilité du fait des choses.

¹⁹⁹ B. STARCK, *op. cit.*, p. 71 et s., spécialement p. 73 : l'auteur estime qu'« appuyée sur l'assurance de responsabilité, la garantie réalise un équilibre social et moral supérieur à celui de la responsabilité pour faute ». Elle permet en effet une meilleure indemnisation de la victime, tout en évitant de retenir à la charge de l'auteur du dommage une faute minime, inexistante ou inévitable. V. concernant l'évolution des rapports entre responsabilité et assurance : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001, n° 356 et s. ; C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, préf. G. MARTIN, Dalloz, 2001.

²⁰⁰ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 683.

juges à étendre inconsidérément la notion de faute, aux seules fins de ne pas priver des victimes d'indemnisation²⁰¹. L'adoption du risque comme fondement de la responsabilité civile²⁰² permettait certes de surmonter ces obstacles et d'éviter le recours artificiel à la notion de faute, mais l'accent restait placé sur la personne du responsable. La théorie du risque impute la responsabilité à une personne déterminée dans la mesure où, par son activité, elle se trouve à l'origine d'un risque donnant lieu à certains dommages. La responsabilité est donc retenue en l'absence de faute, mais son fondement demeure l'activité du responsable. Avec la théorie de la garantie, le curseur se déplace du côté des droits de la victime. Cette proposition novatrice fut ensuite prolongée par M. RADE, qui propose de fonder la théorie de la garantie sur l'article 2 de la Déclaration des droits de l'homme, lequel assure à chacun un droit à la sûreté²⁰³.

2) Appréciation des propositions comparant la garantie à la responsabilité extracontractuelle.

43. Critiques portant sur le rôle explicatif de la théorie de la garantie. La thèse de STARCK a fait l'objet de diverses critiques, portant principalement sur les prémisses de l'argumentation. L'auteur, en effet, entraînerait des « conséquences excessives », en créant de nouveaux droits subjectifs là où il ne conviendrait de parler que de simples libertés²⁰⁴. Notamment, le droit à la sécurité invoqué à l'appui de la théorie de la garantie serait d'inégale valeur, dans la mesure où sa protection dépendrait des circonstances²⁰⁵. Par ailleurs, un auteur estime que la thèse de STARCK se contente de justifier la réparation d'un dommage, sans pour autant expliquer l'imputation de la responsabilité²⁰⁶. Il convient cependant de garder à l'esprit que la théorie de la garantie s'inscrit en parallèle avec le développement de l'assurance et de

²⁰¹ V. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008, n°49 et 52, sur la propension de la doctrine et de la jurisprudence à élargir la notion de faute, et sur l'apport des travaux de SALEILLES en la matière ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 684, *in fine* et les références citées ; Ch. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile 1- L'impasse », *D.* 1999, chron. p. 313, n° 14 et s., qui parle de « conception totalement déformée de la faute » concernant la jurisprudence relative à la responsabilité des déments ou des *infans* ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 25, note 9.

²⁰² V. notamment R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, 1897 ; L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, 1897.

²⁰³ Ch. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté », *D.* 1999, chron. p. 323.

²⁰⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 686 ; C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, 2005, n° 29.

²⁰⁵ C. GRARE, *op. cit.*, n° 29.

²⁰⁶ F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préf. A. BENABENT et A. LYON-CAEN, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand 2001, n° 292 ; C. GRARE, *op. cit.*, n° 29.

la collectivisation des dommages. L'imputation de la responsabilité devient alors une question indépendante du fondement de la responsabilité.

44. Critiques portant sur l'impact de la théorie de la garantie. En vérité, l'essentiel est l'influence que peut présenter la théorie de la garantie. La thèse de STARCK n'aurait pas pénétré le droit positif de la façon dont on aurait pu l'attendre. Les solutions gouvernant aujourd'hui la matière ne sont généralement pas expliquées par la théorie de la garantie, mais plutôt par le risque, voire la faute²⁰⁷, et les classifications proposées ne rendent pas compte des solutions en vigueur en droit positif²⁰⁸. Cependant, ces propositions demeurent fertiles en conséquences : en dehors même des différents fonds d'indemnisation fondés sur la solidarité, visiblement étrangers à la logique même de responsabilité²⁰⁹, le rôle central de l'indemnisation des victimes dans le droit de la responsabilité civile délictuelle est souvent mis en avant²¹⁰. C'est précisément cet impératif qui se trouve au centre de la notion de garantie. Même si les classifications proposées par STARCK restent sans lendemain, il est inexact d'affirmer que la théorie de la garantie est sans impact sur la responsabilité extracontractuelle²¹¹. Son expansion s'opère simplement de façon assez désordonnée. Chaque fois qu'un cas de responsabilité permet l'indemnisation d'une victime au-delà de la simple réparation due par l'auteur du dommage, ce régime de responsabilité doit être qualifié de garantie. C'est le cas lorsque le répondant, loin d'encourir une responsabilité directe, n'intervient que subsidiairement, de façon à renforcer les chances d'indemnisation de la victime.

²⁰⁷ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 686 et s ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 13, qui qualifie pourtant la théorie de la garantie de pertinente ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n°70, pour qui les solutions actuelles combinent faute et risque, ce dernier semblant englober la notion de garantie ; v. également M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 2007, n° 17.

²⁰⁸ C. GRARE, *op. cit.*, n° 28. V., toutefois, M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil*, t. V, *La responsabilité extracontractuelle*, Economica, 2007, n° 21, concernant l'émergence d'un droit du dommage corporel.

²⁰⁹ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 690. V., sur la concurrence exercée par les mécanismes de garantie collective sur la responsabilité, G. VINEY, « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, Sirey, p. 275 et s., spéc. p. 289.

²¹⁰ Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1987, p. 1 ; L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *Mélanges offerts à P. DRAI*, Dalloz, 2000, p. 495 et s. ; D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation) », *Etudes offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 569 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 691 ; Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., Litec, 2003, n° 515 ; Ph. LE TOURNEAU, « Des mérites et vertus de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 1985, doctr. p. 283 : « le droit est regardé comme une technique au service des droits subjectifs des individus, atomisés ».

²¹¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, n° 17 ; A. BENABENT, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 530 et s., qui associe risque et garantie pour leur rôle joué dans l'évolution contemporaine du droit de la responsabilité.

45. Rapports entre garantie et responsabilité extracontractuelle dans la théorie de la garantie. La théorie de la garantie, malgré ses imperfections, présente le mérite de poser les bases d'une distinction plus claire entre ces différents concepts. Même si elle apparaît quelque peu excessive, elle permet de définir plus précisément la garantie en se référant aux droits subjectifs des individus et montre l'impossibilité de la comparer avec la responsabilité. Alors que la responsabilité extracontractuelle occupe des fonctions diverses et parfois difficilement conciliables de prévention, de répression et de réparation²¹², la garantie a plus spécifiquement pour but la sauvegarde des intérêts de la victime. La différence de domaine entre les deux concepts apparaît alors plus nettement. La responsabilité constitue un mécanisme de réparation d'un dommage par une personne l'ayant directement provoqué ou ayant créé les conditions nécessaires à sa survenance²¹³. La garantie, par opposition, a pour objet ou effet l'assurance que les droits de la victime ne seront pas laissés sans protection.

Ces enseignements se révèlent précieux au moment d'examiner le problème voisin des rapports entre garantie et responsabilité contractuelle, car le droit positif connaît d'importantes incertitudes dans ce domaine.

B) Propositions comparant la garantie à la responsabilité contractuelle.

46. Proximité entre garantie et responsabilité contractuelle. L'assimilation entre garantie et responsabilité contractuelle résulte de la proximité entre ces deux notions. Elle touche notamment les garanties légales, rapprochées au fur et à mesure de la responsabilité contractuelle de droit commun, mais aussi le droit des obligations dans son ensemble. Elle fait de la garantie une simple catégorie de responsabilité (1). A la lumière des enseignements tirés précédemment de la responsabilité extracontractuelle, il conviendra d'apprécier le bien-fondé de ces solutions (2).

1) Exposé des propositions comparant la garantie à la responsabilité contractuelle.

En l'absence d'une véritable définition de la garantie, une confusion s'est souvent instaurée entre cette notion et celle, relativement proche, de responsabilité contractuelle.

²¹² G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 36 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 2 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 3 et s.

²¹³ G. VINEY, « La responsabilité », art. préc. ; J. MOULY, « Peut-il exister une véritable responsabilité civile du fait d'autrui ? », *Resp. civ. assur.* 2008, étude n° 10, spéc. n° 25 : selon cet auteur, la responsabilité est un « mécanisme d'imputation du dommage fondé sur un jugement de valeur »

L'idée de SAINCTELETTE, qui définissait la garantie comme la sanction d'une inexécution contractuelle²¹⁴, a depuis lors fait son chemin, facilitée par le fait que la responsabilité contractuelle est parfois doublée d'une garantie légale ou contractuelle. Les points de contact entre les notions de responsabilité et de garantie se multiplient en ces circonstances, en même temps qu'entrent en concours les différentes actions offertes aux victimes.

47. Terminologie. En premier lieu, l'incertitude terminologique déjà relevée en matière extracontractuelle se retrouve ici, de façon peut-être plus aigüe encore²¹⁵. La Cour de cassation évoqua à l'occasion une « responsabilité en raison des vices cachés de la chose vendue »²¹⁶, alors même que l'action offerte à l'acheteur d'une chose infectée d'un vice occulte est unanimement qualifiée d'action en garantie. De même, la responsabilité des constructeurs, prévue par les articles 1792 et suivants du Code civil, et dont le régime, quoique variable selon le type de dommage subi, apparaît assez avantageux pour la victime, est tantôt appelée « responsabilité », tantôt nommée « garantie » par les textes mêmes²¹⁷. La distinction est même trompeuse, car la « garantie » biennale se rapproche davantage de la « responsabilité » décennale que de la « garantie » de parfait achèvement²¹⁸. L'emploi de ces termes paraît d'autant plus aléatoire qu'aucune définition n'est jamais formulée. On ne sait donc si les termes de responsabilité et de garantie désignent une même réalité ou si, au contraire, ils renvoient à des concepts différents, ni où réside un éventuel critère de distinction. En l'absence de telles justifications, le lecteur semble trop souvent voué à tenir les deux termes pour équivalents. Du reste, les incertitudes terminologiques ne font que refléter le désordre conceptuel régnant en la matière. Dans l'impossibilité de définir exactement ce qui relève de la garantie ou de la responsabilité, on pourrait considérer que ces deux institutions présentent une nature similaire, voire que la garantie trouve son fondement dans la responsabilité. C'est à cette conclusion que certains auteurs sont parvenus.

48. Réparation des intérêts du créancier. La parenté de la garantie avec la responsabilité, particulièrement étroite en matière contractuelle, pose des problèmes récurrents depuis des décennies. Une similitude apparaît parfois, en effet, lorsque l'on compare la situation du

²¹⁴ SAINCTELETTE, *op. cit.*

²¹⁵ M.-L. IZORCHE, « Le vendeur professionnel, entre vices cachés et jurisprudence hermétique », *D.* 2000, chron. p. 407, n° 5 et s.

²¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 1988, *Bull. civ.*, I, n° 373.

²¹⁷ V. notamment les articles 1792, 1792-2, 1792-3 et 1792-4 du Code civil, qui semblent emprunter indifféremment les deux termes.

²¹⁸ Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2004, n° 101 et 122.

garant et celle du responsable. On pense principalement au vendeur ou au bailleur, sur lesquels pèse une obligation de garantie dans le cas où l'acheteur ou le locataire devrait faire face à une éviction ou à la présence d'un vice caché. Le garant se trouve alors amené, par divers moyens, à mettre fin au trouble subi par la victime. La garantie apparaît donc comme l'obligation pesant sur le garant de remettre en état la situation du bénéficiaire. Envisagée de cette façon, elle est une mesure visant à restaurer au profit du créancier l'avantage qu'il entendait à l'origine tirer du contrat. La responsabilité contractuelle, selon les analyses traditionnelles, consiste quant à elle à réparer le dommage subi par la victime de l'inexécution d'une obligation contractuelle, même s'il ne s'agit pas là de son unique fonction²¹⁹. Les caractéristiques de la garantie rejoignent donc celles de la responsabilité, car chacune donne naissance à une obligation de réparation qui vise à préserver les intérêts contractuels de la victime. Cela suffit à expliquer une certaine tentation d'assimiler ces deux concepts. Ainsi, certains nient l'existence d'une dichotomie tranchée entre responsabilité contractuelle et garantie²²⁰ : chacune de ces techniques vise à mettre à la charge du garant une obligation de réparation, de façon à replacer la victime dans un *statu quo ante*. Le parallèle, particulièrement évident concernant les garanties légales d'éviction et des vices cachés, fut également mis en évidence en matière de construction immobilière, les garanties dues par les constructeurs étant souvent considérées comme une application de la responsabilité contractuelle²²¹.

49. L'assimilation de la garantie à la responsabilité. Les conséquences de ce rapprochement varient selon les auteurs. Pour certains, l'assimilation de la garantie à la responsabilité est absolue et même souhaitable, puisqu'elle permet d'unifier la matière²²². La différence entre ces deux institutions reste uniquement verbale, donc inutile. Cela explique la démarche de certains auteurs désireux de fonder sur la faute les garanties d'éviction et des vices cachés dans la vente²²³. Le manquement reproché au vendeur résidait selon eux dans sa méconnaissance du vice affectant la chose. Les mêmes affirmations se retrouvaient en matière

²¹⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 2, pour un point sur les différentes fonctions de la responsabilité ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 3, *le rapport d'obligation*, 5^{ème} éd., Sirey, 2007, n° 172.

²²⁰ C. HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1993, n° 317 et s. ; Y. LARIVIERE, *op. cit.*, n° 142 et s.

²²¹ Pour une présentation des différentes doctrines en la matière, v. R. RAFFI, *op. cit.*, n° 653 et s.

²²² V. C. HOCHART, *op. cit.*, n° 323. Cet auteur propose de substituer purement et simplement le terme « responsabilité contractuelle » à celui de « garantie », à l'inverse de SAINCTELETTE.

²²³ V. la présentation de B. STARCK, *op. cit.*, p. 335 et s., qui relève les tendances doctrinales à rattacher systématiquement ces garanties à la faute. V. également, pour un exposé de ces doctrines : G.-J. NANA, *op. cit.*, n° 199 et s.

de louage d'ouvrage²²⁴. L'obligation de réparer mise à la charge du garant était généralement reliée au principe d'équité l'obligeant à réparer les conséquences de sa faute. Mais la notion d'équité, outre son caractère superflu, demeure bien trop vague pour constituer un fondement viable de la garantie²²⁵. Ces théories furent donc abandonnées par la suite. Plus personne n'estime que le vice caché renvoie à une faute du garant. Cela supposerait d'étendre démesurément la notion de faute²²⁶. Il en est de même pour la garantie des constructeurs, qualifiée par l'article 1792 du Code civil de « responsabilité de plein droit » depuis la réforme du 4 janvier 1978²²⁷.

Une fois consommé l'abandon de la faute, la doctrine n'a pourtant pas renoncé à assimiler purement et simplement responsabilité et garantie. La garantie d'éviction était notamment envisagée comme la réparation consécutive à l'inobservation de l'obligation de transférer utilement la chose²²⁸. Cette analyse mettait l'accent sur la parenté, perceptible dès le droit romain, entre deux institutions investies d'une fonction réparatrice. Pour autant, le raisonnement pêche doublement en ce qu'il qualifie le transfert de propriété d'obligation du vendeur, affirmation aujourd'hui largement remise en cause²²⁹, et en ce qu'il analyse de façon fort discutable la survenance d'un vice caché ou d'une éviction postérieurement à la délivrance en inexécution du contrat.

50. La distinction de la garantie et de la responsabilité en fonction de l'intensité de l'obligation de réparation. D'autres auteurs, plus nombreux, se sont attachés à rechercher un critère viable de distinction entre responsabilité contractuelle et garantie. Cette distinction n'est généralement pas opérée selon un critère conceptuel, mais réside plutôt dans l'intensité de l'obligation de réparation mise à la charge du garant. La responsabilité contractuelle et la garantie ne présenteraient aucune différence de nature, mais uniquement de degré. La garantie ne serait autre, en réalité, qu'une forme particulière de responsabilité, caractérisée par son

²²⁴ V. G.-J. NANA, *op. cit.*, n° 202.

²²⁵ B. GROSS, *op. cit.*, n° 62 ; R. RAFFI, *op. cit.*, n° 615 ; G.-J. NANA, *op. cit.*, n° 162 et 163.

²²⁶ V. pour une critique de ces théories aujourd'hui abandonnées : G.-J. NANA, *op. cit.*, n° 205 et s. ; B. STARCK, *op. cit.*, n° 335 et s.

²²⁷ Art. 1792 al. 1 du Code civil, issu de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978.

²²⁸ Y. LARIVIERE, *op. cit.*, n° 58 et s. V. également Ph. LAURENT, *op. cit.*, n° 68, qui relève la proximité des liens entre garantie d'éviction et responsabilité contractuelle, même s'il réfute leur identité de nature.

²²⁹ M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85 ; P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771 ; *contra* H. BOUCARD, *op. cit.*, n° 315 et s., selon qui la garantie d'éviction constitue un exemple de l'obligation de transférer la propriété. On peine malgré tout à discerner le contenu de cette obligation, qui ne consiste en vérité qu'à s'abstenir de faire obstacle à l'exécution du contrat de vente et de compromettre son effet principal, le transfert de propriété. Une telle obligation de ne pas s'opposer à l'exécution du contrat n'est que la traduction de la force obligatoire du contrat.

automaticité²³⁰, l'obligation de réparation du garant apparaissant plus stricte que celle qui incombe au simple responsable. Le critère de démarcation entre ces deux notions résiderait alors uniquement dans leurs cas d'ouverture et leur régime.

Parmi les auteurs sensibles à cette définition de la garantie, plusieurs courants peuvent être discernés. Selon certains d'entre eux, la garantie serait due en l'absence même de faute, à l'inverse de la responsabilité²³¹, laquelle tendrait à sanctionner les comportements répréhensibles, au-delà de son objectif de réparation du dommage subi par la victime. Les garanties légales, exclusives de faute du garant, se distingueraient donc des cas de responsabilité consécutifs à une inexécution coupable. La garantie serait donc dépourvue de toute originalité autre que terminologique²³², car elle ne désignerait qu'une responsabilité sans faute. Un autre courant apporte une nuance en affirmant que l'on se trouve en présence d'une garantie chaque fois que la présence d'une faute est indifférente à l'obligation de réparation²³³. Pour une dernière partie de la doctrine, le garant serait tenu de façon plus rigoureuse : non seulement il ne pourrait être déchargé au motif de l'absence de faute, mais il ne pourrait non plus s'exonérer en apportant la preuve d'un cas fortuit ou d'un évènement présentant les caractères de la force majeure²³⁴. La garantie est donc présentée comme une obligation de réparation renforcée, dérogoire à la distinction des obligations de moyens et de résultat.

²³⁰ Selon l'expression d'A. BENABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 207, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Litec, 2007, n° 190, ou encore de P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 2005, n° 414.

²³¹ H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1965, n° 103-8 ; R. RODIERE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ.* 1954, p. 201 ; G.-J. NANA, op. cit., n° 215 et s. ; J.-P. LE GALL, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1962, spéc. en conclusion : la garantie consiste à « indemniser autrui d'un dommage qu'il a subi, en l'absence de toute faute » ; B. PETIT, *Le débiteur contractuel responsable ou garant de l'inexécution par le fait d'un tiers*, thèse Grenoble, 1980, n° 167 ; A. BENABENT, *Droit civil, les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 207 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, op. cit., n° 349, note 1 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, op. cit., n° 190 ; v. également Ph. LAURENT, op. cit., n° 170 et s., qui estime cette solution logique à partir du moment où l'on souscrit au concept de responsabilité contractuelle tel qu'il est traditionnellement défini.

²³² V. R. RAFFI, op. cit., n° 630.

²³³ V. P. ESMEIN, « Trois problèmes de responsabilité civile : causalité, concours des responsabilités, conventions d'irresponsabilité », *RTD civ.* 1934, p. 317 et s.

²³⁴ V. H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, op. cit., n° 42 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, op. cit., n° 580 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 3223 ; P. PUIG, op. cit., n° 414, pour qui l'obligation de garantie constitue une obligation de résultat renforcée ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, 2^{ème} partie, *Effets du contrat*, 6^{ème} éd., Economica, 2007, n° 615 et 727, qui évoque une obligation de résultat ne cédant pas devant la force majeure ; O. TOURNAFOND, « Quelques observations sur la garantie de conformité issue de l'ordonnance du 17 février 2005 », *RDC* 2005, p. 933, n° 14 ; contra G.-J. NANA, op. cit., n° 220, concernant la garantie des vices cachés.

2) Appréciation des propositions comparant la garantie à la responsabilité contractuelle.

51. Inutilité du critère tiré de l'intensité de l'obligation. Nombreuses et variées sont les théories comparant la garantie à la responsabilité contractuelle. Certaines d'entre elles tendent à assimiler purement et simplement les deux concepts. D'autres préfèrent les séparer selon le critère de l'intensité de l'obligation mise à la charge du débiteur. Toutes ont en commun la négation de l'autonomie du concept de garantie. En qualifiant la garantie de responsabilité sans faute, ou de responsabilité encourue en cas même de force majeure, les tenants de cette théorie font disparaître toute spécificité à cette notion, les seules différences entre responsabilité et garantie provenant de leur régime et non de leur nature. La distinction opérée ici apparaît uniquement verbale : préciser que la responsabilité sans faute se nomme garantie, n'apporte rien. Cela revient simplement à affirmer que responsabilité et garantie revêtent une nature unitaire. Mais au fond, la différence est beaucoup plus profonde : elle ne touche pas uniquement le degré de l'obligation, mais le but même des mécanismes mis en œuvre.

52. Différence de fonction entre garantie et responsabilité. L'apparition de points communs entre les deux notions est naturelle, dans la mesure où elles visent chacune à réparer le dommage engendré par une inexécution. Il s'agit même là du principal but de la responsabilité contractuelle²³⁵. Pour autant, elles doivent être distinguées, tout comme en matière extracontractuelle. La garantie renvoie à la protection des droits subjectifs des individus et peut constituer le fondement de diverses techniques, dont la responsabilité. Elle désigne la protection des intérêts contractuels du créancier²³⁶, indépendamment de l'attitude du garant, tandis que la responsabilité ne constitue qu'une conséquence d'un manquement à une obligation souscrite. Les garanties légales, qui figurent dans différents contrats, illustrent cette idée. Les garanties contre l'éviction et les vices cachés ont pour objet de restaurer l'effectivité d'un contrat qui a, pour une quelconque raison, perdu tout effet utile au profit du créancier après l'exécution. Les sanctions qui y sont attachées ont pour effet le rééquilibrage du lien contractuel, de manière à ce que le créancier ne demeure pas lésé à ce moment. La responsabilité contractuelle de droit commun, quant à elle, répond en principe à des impératifs distincts de l'idée de garantie. Son but, en effet, n'est pas uniquement la protection d'un contractant après l'exécution, mais plus généralement la sauvegarde de la force obligatoire du

²³⁵ P. JOURDAIN, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes Journées René Savater, Poitiers 15 et 16 mai 1997*, PUF, 1998, p. 65.

²³⁶ B. STARCK, *op. cit.*, p. 302: « en matière contractuelle, tout se réduit à un système de garantie plus ou moins large contre les risques d'inexécution ».

contrat et la réparation des préjudices occasionnés par l'inexécution, de sorte qu'elle est apte à sanctionner tout manquement par rapport aux stipulations contractuelles.

Dès lors, on comprend l'indifférence d'une quelconque faute du débiteur en matière de garantie²³⁷ et, partant, l'insuccès des propositions tendant à ramener la garantie des vices cachés et la garantie d'éviction à une responsabilité pour faute²³⁸. La garantie n'a pas vocation à sanctionner une inexécution du contrat, mais plus généralement à restaurer un intérêt du créancier. En ce domaine, il est superflu d'examiner le comportement du débiteur d'indemnisation. Ce dernier peut fort bien s'être rendu coupable d'une faute contractuelle, mais cette circonstance demeure indifférente : la garantie est due, même en l'absence d'une telle faute. Elle se fonde donc plus facilement dans le cadre d'une responsabilité objective, indépendante de l'idée de faute, ce qui explique l'assimilation opérée par la doctrine entre la garantie et les régimes de responsabilité les plus détachés de l'idée de faute. Pourtant, l'unité entre les deux concepts doit être récusée, et la garantie ne saurait encore moins être absorbée au sein du concept prétendument générique de responsabilité. Le rapprochement des deux notions conduit à méconnaître leur différence essentielle de fonction.

53. Différence de domaine entre garantie et responsabilité. Enfin, les deux notions se distinguent par leur domaine. La responsabilité, si elle paraît parfois obéir à une logique de garantie, renvoie en réalité à une diversité de fondements, parmi lesquels l'idée de protection du contrat, celle de sanction du débiteur défaillant ou de prévention du dommage²³⁹. Quant à la garantie, elle se manifeste par une multitude de vecteurs : assurance, sûretés personnelles ou réelles, fonds de garantie²⁴⁰. Certains d'entre eux sont parfaitement étrangers au concept de responsabilité. La fracture irréductible entre les deux notions se traduit donc par une différence significative de domaine, ce qui confirme l'inexactitude des thèses préconisant directement ou indirectement leur assimilation.

²³⁷ Une faute pourrait s'entendre de la connaissance par le débiteur du vice ou du motif d'éviction. Mais ces circonstances n'influent pas sur la mise en jeu de la garantie. Elles ne font qu'ouvrir droit à des dommages-intérêts, sanction supplémentaire qui vient s'ajouter à la garantie sans s'intégrer à elle. C'est de la sorte qu'est généralement interprété l'article 1645 du Code civil, concernant les dommages-intérêts dus par le vendeur de mauvaise foi d'une chose affectée d'un vice caché : v. M.-L. IZORCHE, « Le vendeur professionnel, entre vices cachés et jurisprudence hermétique », art. préc., n° 9 ; A. BENABENT, *Droit civil, les contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 234-1 ; F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.*, n° 388 ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 337 ; Ch. LARROUMET, obs. préc. sous Cass. com., 25 février 1981 ; E. SAVAUX, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} février 2006.

²³⁸ V. B. STARCK, *op. cit.*, p. 336 et s.

²³⁹ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 26.

²⁴⁰ B. STARCK évoquait déjà à ce titre l'exécution forcée, les dommages-intérêts, la résolution : v. *op. cit.*, p. 310.

54. Conclusion de la Section 1. Plusieurs comparaisons ont été établies entre les garanties du droit des contrats et des mécanismes du droit commun des contrats. Ainsi, elles constitueraient des applications particulières de sanctions relatives à des difficultés dans la formation ou l'exécution du contrat.

Il est exact que des points de convergence peuvent être relevés entre la situation de l'*errans* et celle de la victime d'une éviction ou d'un vice caché. Pourtant, l'assimilation entre erreur sur la substance et garantie ne peut être admise. Tandis que l'une se produit au stade de la formation du contrat, l'autre intervient d'un événement postérieur à l'exécution. Les théories fondant la garantie sur la cause se heurtent aux mêmes objections. En principe cantonnée à la formation du contrat, la cause ne saurait être liée à la garantie que par l'intermédiaire du mécanisme de la résolution. Or la garantie ne vient pas sanctionner l'inexécution du contrat, mais uniquement rétablir les droits du bénéficiaire sur la chose, indépendamment d'une correcte exécution. Les actions en garantie ne sont donc pas des actions résolutoires.

La notion de garantie est également différente de celle de responsabilité, et ce, que l'on se place en matière contractuelle ou extracontractuelle. Il est vrai que garantie et responsabilité sont toutes deux envisagées comme des sanctions permettant d'effacer un préjudice. Cela a conduit de nombreux auteurs, parfois suivis par la jurisprudence, à confondre les deux concepts ou envisager la garantie comme une responsabilité sans faute. La différence est en réalité plus profonde. La responsabilité est le fait, pour une personne, de subir les conséquences de ses actes ou du risque créé, tandis que la garantie n'a pour but que la restauration d'un intérêt du bénéficiaire, indépendamment de l'activité du garant. Les deux concepts ne doivent donc pas être confondus. La garantie ne constitue pas une application particulière d'une technique plus générale.

Devant ce constat d'échec, il convient de se tourner vers d'autres théories, à l'originalité plus marquée, qui envisagent la garantie comme une institution autonome par rapport aux concepts préexistants. Cette démarche se veut plus ambitieuse car elle se donne pour objectif de dégager des critères inhérents à la notion de garantie. Ce sont ces thèses, formulées comme les précédentes en droit des contrats, qu'il convient à présent d'examiner.

Section 2 : La garantie envisagée comme une obligation.

55. Originalité des théories fondées sur la notion d'obligation. Le droit positif s'est souvent engagé sur une mauvaise voie en comparant la garantie à d'autres institutions préexistantes en droit positif. Il ne semble pas qu'elle doive être ramenée à elles. A partir de ce constat, certains auteurs ont tenté de montrer l'originalité de la garantie, qui constituerait alors une institution à part entière et dotée d'un régime propre. Ces thèses se divisent en deux courants distincts. Le premier prend en compte un élément important : la dimension temporelle de la garantie. Cette inscription dans le temps conduit à la considérer comme un prolongement de l'obligation de délivrance dans les contrats où elle est prévue (§1). Pour le deuxième courant, plus radical, la garantie ne présente aucun lien particulier avec une obligation de délivrance, et se singularise par une indépendance absolue (§2). Il conviendra d'examiner tour à tour ces deux théories, pour juger de leur bien-fondé et finalement montrer que, malgré leur caractère innovant, elles ne suffisent pas plus que les précédentes à décrire parfaitement la notion de garantie.

§1 : La garantie envisagée comme le prolongement de l'obligation de délivrance.

Un premier courant, prenant acte de l'incapacité de réduire la garantie aux conditions de formation des contrats ou à la responsabilité civile contractuelle ou extracontractuelle, a entrepris de lui donner un véritable contenu. La tentative prend malgré tout appui sur des mécanismes connus, puisque le point central du raisonnement réside dans l'obligation de délivrance résultant de certains contrats. Une fois encore, nous exposerons cette théorie par le détail (A), avant de nous interroger sur son caractère opératoire (B).

A) Exposé de la théorie de la délivrance prolongée.

56. Effet utile de la délivrance. Certains auteurs soucieux de fournir un contenu propre à la notion de garantie, se sont penchés sur ses rapports avec l'obligation de délivrance, notamment en matière de garanties légales dans la vente. Leur raisonnement est articulé autour de l'idée de délivrance continuée, qui repose sur une conception moniste des obligations du vendeur. En effet, la délivrance de la chose ne revêt aucun intérêt si la

jouissance de la chose est ensuite perturbée par la survenance d'une éviction ou d'un défaut révélé tardivement.

Cette idée n'est probablement pas dénuée de lien avec les idées de DOMAT et surtout l'affirmation de POTHIER selon laquelle l'obligation de garantie « est une suite de celle que contracte le vendeur de faire avoir à l'acheteur la chose vendue ; car s'obliger à faire avoir la chose, dans l'intention des parties, c'est s'obliger à la faire avoir utilement puisqu'en vain l'acheteur a une chose qui ne peut lui être d'aucun usage²⁴¹ ». Là encore, la proximité des différents concepts ne manque pas de frapper l'observateur. L'article 1603 du Code civil met deux obligations principales à la charge du vendeur : délivrer la chose et la garantir. Il est aisé d'opérer entre elles un rapprochement, ainsi que l'ont fait un certain nombre d'auteurs à la suite de POTHIER²⁴². En considérant que l'obligation de délivrance impose au vendeur de mettre à la disposition de l'acquéreur une chose conforme aux stipulations contractuelles et apte à remplir ses fonctions, on se trouva amené à nier toute distinction entre elle et la garantie des vices occultes. Les restitutions dues par le vendeur à l'acheteur déçu équivalraient en réalité à la livraison d'une chose dénuée de tout défaut ou à une forme pécuniaire de suppression du vice²⁴³. Le même raisonnement fut avancé en matière de garantie d'éviction : l'obligation de défense contre l'éviction ne constituerait que le prolongement de l'obligation de livrer une chose dont l'acquéreur pourrait jouir pleinement²⁴⁴. L'indemnisation due par le vendeur en cas d'échec de la défense serait le résultat de sa responsabilité pour inexécution de l'obligation de garantie²⁴⁵. Ainsi, la garantie, prolongement de l'obligation de délivrance, revêtirait une nature identique à elle, chacune constituant un aspect particulier d'une obligation générale du vendeur de faire jouir utilement l'acheteur de la chose vendue. Ces considérations ont conduit une partie de la doctrine à plaider pour une conception élargie de la conformité, qui en ferait une notion fonctionnelle

²⁴¹ POTHIER, *Œuvres complètes*, t. III, *Traité du contrat de vente et des retraits*, Siffrein, Chanson, 1821, p. 202.

²⁴² A.-G. CORBET, *De la garantie en cas d'éviction dans la vente*, thèse Paris, éd. G. Retaux, 1867 ; R. ANCELY, *Des effets de la garantie en matière de vices cachés*, thèse Toulouse 1901, p. 45 et s. ; A. AREF, *op. cit.*, p. 115 à 138 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE, et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, *op. cit.*, n° 347, qui s'appuient également sur l'idée de bonne foi du vendeur.

²⁴³ R. ANCELY, *op. cit.*, p. 46.

²⁴⁴ A. VERGNES, *op. cit.*, p. 178 : l'auteur, qui s'appuie sur la théorie de la cause pour expliquer la garantie, est partisan d'une conception prolongée de la cause, ce qui l'amène à considérer que l'obligation de délivrance subsiste après la formation du contrat et la réception de la chose. V. aussi P.-Y. GAUTIER, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1986, n° 9 et 10, en matière de garantie d'éviction dans la vente.

²⁴⁵ R. ANCELY, *op. cit.*, p. 46.

proche de celle de vice caché²⁴⁶. Ainsi, le vocable de « délivrance continuée » est bien souvent utilisé pour évoquer les garanties des vices cachés et d'éviction.

57. Rapprochement de la délivrance et de la garantie en droit positif. Sous l'influence de la doctrine, le droit positif confond parfois délivrance et garantie. Ce phénomène a principalement touché le contrat de vente, la responsabilité des constructeurs étant quant à elle restée relativement à l'écart des incertitudes jurisprudentielles²⁴⁷. Certes, la garantie d'éviction dans la vente ne fut jamais confondue avec l'obligation de délivrance, la jurisprudence affirmant sans ambiguïté que l'action en garantie fondée sur l'éviction diffère de l'action en responsabilité pour défaut de contenance de la chose vendue²⁴⁸. Mais l'évolution de la jurisprudence sur les rapports entre l'obligation de délivrance du vendeur et la garantie des vices cachés dans la vente témoigne de l'influence de la théorie de la délivrance continuée.

En vertu de l'article 1603 du Code civil, le vendeur est tenu de deux obligations principales à l'égard de l'acquéreur : une obligation de délivrance de la chose vendue et une obligation de garantie. Il a déjà été montré que la garantie des vices cachés constituait à l'origine une institution autonome, répondant à des objectifs et des régimes différents de la responsabilité contractuelle²⁴⁹. Pourtant, la jurisprudence, emboîtant le pas de la doctrine, a réduit au fur et à mesure cette originalité en rapprochant son régime de celui de la responsabilité contractuelle de droit commun engagée à la suite de l'inexécution de l'obligation de délivrance²⁵⁰, puis en élargissant le champ d'application de cette dernière²⁵¹. Les juges assimilèrent en effet au défaut de délivrance la délivrance non conforme aux stipulations contractuelles. L'obligation de délivrance fut progressivement étendue par la jurisprudence autour de la notion de conformité, absorbant par là même la garantie des vices cachés²⁵² : même si leur domaine ne coïncide pas de façon absolue, l'absence de conformité correspond dans de nombreuses hypothèses à l'existence d'un vice caché rendant la chose

²⁴⁶ M. ALTER, *op. cit.*, p. 128 ; J.-C. BOULAY, *La conformité des biens dans la vente de meubles corporels, étude comparative*, thèse Paris, 1979.

²⁴⁷ V. Ph. LAURENT, *op. cit.*, n° 217 et s. ; Ph. MALINVAUD, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », art. préc.

²⁴⁸ B. GROSS, *op. cit.*, n° 84, et les références citées.

²⁴⁹ P. COEFFARD, *op. cit.*, spéc. n° 26 et s. ; H. BOUCARD, *op. cit.*, n° 207 et s. ; Ph. LAURENT, *op. cit.*, n° 51 et s.

²⁵⁰ V. pour une analyse approfondie, P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 75 et s.

²⁵¹ P. COEFFARD, *op. cit.*, spéc. n° 246 et s. ; H. BOUCARD, *op. cit.*, n° 233 et s.

²⁵² V. pour une analyse complète de la jurisprudence : P. COEFFARD, *op. cit.*

impropre à l'usage auquel elle était destinée²⁵³. De plus, l'action résolutoire fondée sur le droit commun et l'action rédhibitoire en garantie des vices cachés poursuivent un but commun d'anéantissement rétroactif du contrat²⁵⁴. L'acquéreur bénéficiant alors de deux actions proches conceptuellement, la doctrine et surtout les juges se sont trouvés confrontés à la lourde tâche de poser un critère de délimitation entre elles. En effet, la diversité d'effets et de conditions²⁵⁵ entre les actions donnait lieu à une insécurité juridique pour le moins gênante.

58. Divisions relatives au critère de distinction entre garantie et délivrance. Différentes suggestions furent émises, qui divisent aujourd'hui encore la doctrine. Pour certains, il convient d'organiser les deux actions selon un critère conceptuel, le défaut de conformité s'appréciant à l'aune des stipulations contractuelles tandis que le vice caché ne concernait que l'utilité de la chose²⁵⁶. Un autre courant de pensée entend quant à lui gommer du droit positif ce concours d'actions, facteur d'insécurité juridique, et instaurer un monisme dans les actions ouvertes à l'acquéreur²⁵⁷. Une seule et unique obligation de conformité, instaurée par la loi ou la jurisprudence, se trouverait alors substituée aux deux actions concurrentes. Enfin, il fut

²⁵³ M. ALTER, *op. cit.*, n°134 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 315 ; et pour des illustrations jurisprudentielles : v. P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages » art. préc. ; R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », art. préc.

²⁵⁴ F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.*, n° 75.

²⁵⁵ V. pour un panorama des points de divergence : Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 285, et pour un exposé des régimes respectifs de l'obligation de conformité et de la garantie des vices cachés : Y.-M. SERINET, *op. cit.* ; Ph. LE TOURNEAU, « Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », *RTD com.* 1980, p. 231 et s.

²⁵⁶ V. O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », art. préc., p. 237 ; et obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *D.* 2002, somm. p. 1000 ; Ch. ATIAS, « L'équilibre renaissant de la vente », *D.* 1993, chron. p. 1 et « La distinction du vice caché et de la non-conformité », *D.* 1993, chron. p. 265 ; A. BENABENT, « Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie », *D.* 1994, chron. p. 115 ; D. BOULANGER, « Erreur, non-conformité, vice caché : la fin d'une confusion », *JCP N.* 1996, p. 1585 ; H. GROUDEL, « Vice caché et défaut de conformité », *Resp. civ. assur.* 1993, chron. n° 27 ; R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », art. préc.

²⁵⁷ Ph. LE TOURNEAU, « Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », art. préc., n° 123. ; J. CALAIS-AULOY, « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », art. préc. ; G. VINEY, « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », *JCP* 2002, I, 158 et « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2002, p. 3162 ; P. JOURDAIN, « Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès », *D.* 2003, p. 4 ; D. MAZEAUD, « Transposition de la directive du 25 mai 1999 : la parole est à la défense », *D.* 2003, p. 6 ; L. GRYNBAUM, « La fusion de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance opérée par la directive du 25 mai 1999 », *Contrats. conc. conso.* 2000, chron. n° 7 ; B. GROSS et Ph. BIHR, *op. cit.*, n° 412 ; J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, *op. cit.*, n° 5 ; comp. C. HOCHART, *op. cit.*, en matière de garantie d'éviction.

proposé de fermer à l'acheteur l'action en résolution une fois la chose acceptée, selon un critère chronologique²⁵⁸.

59. Evolution jurisprudentielle. La jurisprudence, quant à elle, multiplia les hésitations et les contradictions, au point de donner parfois l'impression de statuer en pure opportunité²⁵⁹. Les juges se sont d'abord montrés soucieux de protéger la victime du vice caché en élargissant la notion de délivrance conforme, de façon à contourner le bref délai de prescription de l'action en garantie, alors même que le domaine des articles 1641 et suivants du Code civil se trouvait au contraire restreint²⁶⁰. Ainsi, la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation, relayées par l'Assemblée plénière²⁶¹, optèrent un temps pour une conception fonctionnelle de la conformité, estimant que celle-ci devait également prendre en considération la destination de la chose²⁶², avant d'abandonner cette solution²⁶³ et de se rallier à un critère conceptuel défendu de longue date par la troisième chambre civile²⁶⁴. Aujourd'hui, le critère de délimitation entre les deux obligations réside donc dans leur objet : la Cour de cassation ouvre à l'acheteur les seules actions en garantie des vices cachés en cas de défaut de la chose, tandis que le manquement à l'obligation de conformité s'entend uniquement d'une discordance entre les stipulations contractuelles et les caractéristiques de la chose. Il ne semble pas que l'acquéreur bénéficie d'une option dans l'hypothèse d'une chose non conforme au contrat et affectée d'un vice caché²⁶⁵.

²⁵⁸ M. ALTER, *op. cit.*, n° 142. V. également Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 1076, qui plaide cependant pour un rapprochement entre obligation de délivrance et garantie des vices cachés, les différences de régime ne présentant aucun caractère significatif.

²⁵⁹ Ph. LE TOURNEAU, « Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », art. préc., n° 119.

²⁶⁰ H. BOUCARD, *op. cit.*, n° 208 et s.

²⁶¹ Ass. Plén., 7 février 1986, *JCP* 1986, II, 20616, note Ph. MALINVAUD ; *D.* 1986, p. 293, note A. BÉNABENT ; *RTD civ.* 1986, p. 364, obs. J. HUET.

²⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, *Bull. civ.* I, n° 140 ; Cass. com., 22 mai 1991, *Bull. civ.* IV, n° 176 ; Cass. com., 11 mai 1993, *Contrats. conc. conso.* 1993, n° 74, comm. L. LEVENEUR.

²⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, *Bull. civ.* I, n° 287 ; *D.* 1993, p. 507, note A. BÉNABENT ; Cass. com., 26 avril 1994, *Bull. civ.* IV, n° 159 ; Cass. com., 31 mai 1994, *Bull. civ.* IV, n° 199. V., en dernier lieu, parmi une multitude d'arrêts, Cass. civ. 1^{ère}, 20 janvier 2004, *RDC* 2004, p. 691, obs. Ph. BRUN ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, *Bull. civ.* I, n° 52 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 2005, *Bull. civ.* I, n° 139 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 309.

²⁶⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 25 janvier 1989, *Bull. civ.* III, n° 20 ; Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1991, *Bull. civ.* III, n° 107 ; Cass. civ. 3^{ème}, 23 octobre 1991, *Bull. civ.* III, n° 249 ; voir, dernièrement, Cass. civ. 3^{ème}, 6 octobre 2004, *Bull. civ.* III, n° 167 ; *RDC* 2005, p. 350, obs. Ph. BRUN ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 72 ; Cass. civ. 3^{ème}, 24 janvier 2006, *Bull. civ.* III, n° 36.

²⁶⁵ Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 287. Il semble effectivement que la 3^{ème} chambre civile de la Cour de cassation statue en ce sens : v. Cass. civ. 3^{ème}, 24 avril 2003, *Bull. civ.* III, n° 86 : « le défaut qui rend la chose impropre à l'usage auquel on la destine constitue un vice caché excluant toute action fondée sur la non-conformité de la chose vendue » ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 mars 2006, *Bull. civ.* III, n° 72 ; V. pourtant, en faveur de cette solution : P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », art. préc., p. 832 ; G. VINEY, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, *JCP* 1993, I, 3727, n° 25 ; M. ALTER, *op. cit.* ; J.-C. BOULAY, *op. cit.* ; J. GHESTIN et B. DESCHE, *op. cit.*, n° 777 ; *contra* : O. TOURNAFOND, « Les prétendus

B) Appréciation de la théorie de la délivrance prolongée.

60. Diversité de fonction entre délivrance et garantie. Si l'expression « délivrance continuée » n'a pas toujours emporté la conviction²⁶⁶, c'est surtout le contenu de cette théorie qui suscite la critique. Obligation de délivrance et garantie présentent en effet une différence de nature. La première, loin de revêtir l'importance postulée par la théorie de la délivrance continuée, ne viserait qu'une remise matérielle de la chose, sans aucunement préjuger de la pérennité de son utilité²⁶⁷. Elle demeurerait donc étrangère à la garantie qui, pour sa part, remplirait plus spécifiquement le rôle de protection de l'utilité de la chose et, par extension, du contrat, une fois la remise effectuée. Cette critique suffit à affaiblir la théorie de la délivrance continuée. Nous avons déjà observé que la garantie a pour but la sauvegarde des intérêts du créancier postérieurement à l'exécution. L'obligation de délivrance ne répond pas à ces objectifs et doit être appréciée au seul stade de l'exécution. Contrairement à la garantie, elle n'a pas pour but le renforcement des droits du créancier, mais uniquement la sanction d'un manquement contractuel. Les deux notions n'ont pu se rejoindre qu'au prix d'une évolution jurisprudentielle contestable tendant à étendre le domaine de l'obligation de délivrance, dans un but plus ou moins avoué de contournement du bref délai assortissant la garantie des vices cachés²⁶⁸. L'élargissement du domaine de l'obligation de délivrance ne pouvait avoir d'autre effet que la création d'une concurrence entre des actions recherchant des buts similaires, et donc difficiles à articuler. La spécificité de la notion de garantie aurait plutôt imposé de cloisonner strictement les garanties légales et l'obligation de délivrance.

61. Différence de domaine entre délivrance et garantie. L'argument est corroboré par l'étude du champ d'application des garanties légales et de l'obligation de délivrance. La théorie de la délivrance continuée trouve son principal terrain d'expression dans les garanties des vices cachés et d'éviction dans la vente et le bail, et peine à s'exporter en dehors de ce cadre. En matière de vente ou de bail, la recherche d'un effet utile concerne au premier chef la délivrance, qui constitue une obligation essentielle et la prestation caractéristique de ces

concourus d'action et le contrat de vente », art. préc. ; Ch. ATIAS, « L'équilibre renaissant de la vente », art. préc. ; H. GROUDEL, « Vice caché et défaut de conformité », art. préc.

²⁶⁶ M. ALTER, *op. cit.*, n° 138 ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 84.

²⁶⁷ B. GROSS, *op. cit.*, n° 84.

²⁶⁸ La majorité des arguments avancés au soutien d'une conception élargie de l'obligation de délivrance repose sur le souci d'accroître la protection des acheteurs, principalement ceux qui ne revêtent pas la qualité de professionnel : v. par exemple G. VINEY, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1993 ; obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 octobre 1993 et 8 décembre 1993, *JCP* 1994, I, 3773, n° 12.

contrats. En toute logique, la garantie présente une certaine ressemblance avec cette obligation, puisqu'elle cherche à renforcer son effectivité. Cela ne suffit pas pour autant à ériger l'obligation de délivrance en fondement général de la garantie, ni même à conclure à une identité de nature entre ces deux institutions. La garantie légale ne figure pas dans l'ensemble des contrats assortis d'une obligation de délivrance, notamment la donation²⁶⁹. Au delà de cet exemple contesté²⁷⁰, il est possible d'ajouter que la garantie ne porte pas nécessairement sur une obligation de délivrance, ni même sur une obligation en général, comme le montre entre autres exemples celui de l'assurance de chose. Ainsi, le domaine de la garantie diverge de celui de l'obligation de délivrance : elle peut exister en dehors d'une telle obligation, et inversement. Cette différence de domaine condamne la thèse liant la garantie à l'obligation de délivrance. Un rapprochement entre ces deux notions peut certes être effectué dans le domaine précis de la garantie dans la vente, mais cela ne signifie pas que leur destin doive être indissolublement lié. L'assimilation des deux concepts procède d'une généralisation dénuée de tout fondement et finalement dangereuse au regard de l'impératif de sécurité juridique.

62. Contenu de l'obligation de délivrance continuée. Enfin, il est permis de s'interroger sur le contenu véritable de cette obligation de délivrance continue. S'agit-il de l'obligation due par le vendeur, le bailleur ou le constructeur après l'apparition du dommage ? Ce serait confondre l'obligation de délivrance et la sanction de son inexécution. Serait-ce alors une obligation de ne rien faire qui compromette les droits acquis du contrat par le créancier ? On serait alors bien en peine d'expliquer en quoi consiste une telle obligation, qui ne comporterait aucune consistance et aucune particularité au regard du droit commun des contrats. Ainsi, la notion d'obligation de délivrance continuée pose finalement davantage de questions qu'elle n'en résout. Une fois la chose remise et agréée par le créancier, la délivrance n'a plus aucun rôle à jouer.

63. Effets pervers de l'obligation de délivrance continuée. D'impérieux motifs d'opportunité justifient-ils suffisamment l'application d'une théorie entachée d'autant de lacunes théoriques ? Il est possible d'émettre de sérieux doutes à ce sujet. L'application de la théorie de la délivrance continuée par la première chambre civile et la chambre commerciale de la Cour de cassation contribuait à vider de leur contenu les dispositions des articles 1641 et

²⁶⁹ B. GROSS, *op. cit.*, n° 84.

²⁷⁰ V. les arguments de G.-J. NANA, *op. cit.*, n° 181.

suiuants du Code civil. De même, l'adoption de la conception fonctionnelle de la délivrance par la troisième chambre civile aurait probablement été synonyme, à terme, de disparition des garanties mises à la charge des constructeurs²⁷¹. Il est permis de douter de cette méthode jurisprudentielle consistant à mettre à l'écart les garanties légales, pourtant adaptées au droit spécifique de la vente, au profit d'un mécanisme étendu artificiellement pour des raisons d'opportunité. Ces solutions, certes guidées par un souci de protection des victimes de vices occultes, résultaient d'une déformation des concepts²⁷² et venaient brouiller les distinctions classiques.

64. Imprécision des solutions jurisprudentielles. L'abandon de la conception fonctionnelle du défaut de conformité, au profit d'un critère conceptuel de distinction entre garantie et conformité, apporte théoriquement une amélioration, mais des difficultés subsistent. Les juges adoptent la qualification de vice caché dans des hypothèses où la présence d'un défaut apparaissait très douteuse, et inversement²⁷³. Cela suffit à montrer que la distinction opérée par les juges ne s'impose pas avec la force de l'évidence. Ces solutions, accompagnées de multiples distinctions fondées sur la qualité de l'acquéreur²⁷⁴ et du vendeur²⁷⁵, sont si nuancées et incertaines qu'elles instaurent confusion et insécurité juridique²⁷⁶. La légitimité historique du critère conceptuel de distinction, parfois avancée en doctrine²⁷⁷, peine quant à

²⁷¹ R. RAFFI, *op. cit.*, n° 626.

²⁷² En ce sens : P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », art. préc. ; O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », art. préc. ; Ph. LE TOURNEAU, « Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », art. préc.

²⁷³ R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », art. préc., n° 16 et s., qui pointe du doigt certaines incohérences, parfois liées selon elle à la volonté de la troisième chambre civile d'obliger l'assureur à couvrir le dommage ; L. CAS AUX-LABRUNEE, « Vice caché et défaut de conformité : propos non-conformistes sur une distinction viciée », *D.* 1999, chron. p. 1.

²⁷⁴ L'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005, qui transpose en droit français la directive européenne du 25 mai 1999 et instaurant la garantie de conformité dans la vente, ne s'applique que dans les rapports entre professionnels et consommateurs, alors que les actions en garantie des vices cachés et celles fondées sur le droit commun trouvent à s'appliquer en toutes hypothèses, sous réserve de différences de régime selon la qualité des parties.

²⁷⁵ La jurisprudence assimilant le vendeur professionnel au vendeur de mauvaise foi au sens de l'article 1645 du Code civil en constitue un exemple notable.

²⁷⁶ V. F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.*, n° 521 et s. L'auteur considère que l'impératif de sécurité juridique, essentiel dans un système de droit, est respecté lorsque se trouvent réunies les conditions d'uniformité de solutions applicables à une même situation de fait et de prévisibilité de ces solutions.

²⁷⁷ V. notamment O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », art. préc. ; G. PAISANT et L. LEVENEUR, « Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ? », *JCP* 2002, I, 135, n° 7.

elle à convaincre²⁷⁸ et son poids demeure de toute façon insuffisant à faire pencher la balance en faveur du critère conceptuel de démarcation entre vice caché et non conformité²⁷⁹.

65. Difficultés d'articulation entre obligation de délivrance et garantie. Plus généralement, le critère conceptuel ne semble pas à même de résoudre les difficultés de qualification. Son intérêt est en théorie de supprimer tout domaine commun entre les deux actions, de manière à éviter le conflit d'actions²⁸⁰. Il est pourtant inévitable que les différentes actions se rejoignent, car la délivrance envisagée sous l'angle de la conformité englobe le vice caché. On conçoit difficilement qu'une chose atteinte d'un vice la rendant impropre à son usage normal soit conforme aux stipulations contractuelles²⁸¹. Chaque fois qu'une stipulation contractuelle porte sur l'utilité et la destination de la chose, défaut de conformité et vice caché sont condamnés à cohabiter. Chacun des concepts, en effet, se réfère à l'usage de la chose. Or on ne voit guère de raison valable de distinguer selon que cet usage est normal ou prévu par une clause contractuelle²⁸². Si la distinction entre vice caché et défaut de conformité se conçoit d'un point de vue théorique²⁸³, les hypothèses de concordance entre les deux situations se multiplient en pratique²⁸⁴. Il s'agit alors de déterminer si une option doit être reconnue au profit d'un acquéreur dans une hypothèse de coexistence entre défaut de conformité et vice caché. Cela ne fait aucun doute si le défaut de conformité vient s'ajouter à un vice occulte distinct²⁸⁵. Mais lorsque les deux qualifications résultent d'un seul et même fait, la question de la reconnaissance d'une option reste posée.

²⁷⁸ P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 20 et s. ; H. BOUCARD, *op. cit.*, n° 207 et s.

²⁷⁹ Ph. BRUN, « De quelques enseignements à tirer de la transposition de la directive CE du 25 mai 1999 », *RDC* 2005, p. 940.

²⁸⁰ F. BUSSY-DUNAUD, *op. cit.*, n° 269.

²⁸¹ G. VINEY, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, n° 25 ; P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », art. préc., spéc. p. 828 ; Ch. RADE, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », art. préc., n° 17 ; L. CASAUX-LABRUNEE, « Vice caché et défaut de conformité : propos non-conformistes sur une distinction viciée », art. préc. ; D. VEAUX, « Sélection des actions de l'acheteur », art. préc., n° 5.

²⁸² P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 234 ; Ph. BRUN, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 octobre 2004 ; J. CALAIS-AULOY, « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », art. préc. V. également Ph. REMY, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1985, *RTD civ.* 1986, p. 370 : « Pourquoi faut-il que subsistent deux actions au régime distinct pour sanctionner le même défaut de la chose vendue ? » ; dans le même sens, Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, note préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988 et Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988.

²⁸³ P. JOURDAIN, « Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès », art. préc. ; O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'actions et le contrat de vente », art. préc.

²⁸⁴ P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », art. préc. ; R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », art. préc., n° 23 et s.

²⁸⁵ En ce sens: Ph. MALINVAUD, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », art. préc., spéc. p. 331.

Dans l'affirmative, l'apparition d'un vice occulte compromettant l'usage normal de la chose ouvrirait logiquement l'action en garantie. Mais l'acquéreur aurait toujours la possibilité de se fonder sur le défaut de conformité, et donc de contourner les conditions restrictives de la garantie des vices cachés, en stipulant dans le contrat que la chose devrait répondre à son usage normal²⁸⁶. Effectivement, les juges s'appuient parfois sur le caractère contractuel de la destination pour retenir le défaut de conformité, alors même que la qualification de vice caché paraîtrait tout aussi concevable, et serait probablement consacrée en l'absence de clause spécifiant la destination²⁸⁷. Une simple clause contractuelle a donc pour effet indirect d'écarter l'action en garantie des vices cachés. L'artifice d'une telle solution ne fait aucun doute.

Le refus de l'option se heurte à des obstacles tout aussi importants. Certains des auteurs favorables à cette dernière solution se fondent sur l'adage *specialia generalibus derogant*²⁸⁸, mais cette justification apparaît insuffisante, aucune action ne pouvant ici être considérée comme générale ou spéciale puisqu'elles reposent par définition sur des concepts différents et peuvent coexister. Un critère de subsidiarité, également proposé pour justifier l'éviction de l'action fondée sur le défaut de conformité²⁸⁹, semble tout aussi vain, cette action trouvant son origine dans la loi de la même façon que les actions estimatoire et rédhibitoire. Enfin, le refus de l'option reviendrait à diminuer la protection de l'acquéreur. Le problème demeure donc entier.

66. Subsistance des enjeux de la distinction entre délivrance et garantie. On comprend donc que le rapprochement de la garantie et de l'obligation de délivrance, loin d'être évident d'un point de vue théorique, mène à des difficultés à peu près insolubles, car de mêmes intérêts sont aujourd'hui protégés par plusieurs actions. La seule voie envisageable aujourd'hui consiste à organiser le concours d'actions de façon à minimiser les enjeux de la distinction entre les obligations de garantie et de délivrance. Ainsi, la réforme ayant porté le

²⁸⁶ G. VINEY, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 octobre 1993 et 8 décembre 1993, *JCP* 1994, I, 3773, n° 12 ; Ph. MALINVAUD, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », art. préc. ; L. LEVENEUR, note sous Cass. com., 26 avril 1994, *Contrats. conc. conso.* 1994, comm. n° 134 ; pour un exemple significatif, v. Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 1997, *Bull. civ.* I, n° 205, arrêt rendu dans l'affaire dite *Lutèce Projext* ; comp. Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 1995, *Contrats. conc. conso.* 1995, comm. n° 103, obs. L. LEVENEUR.

²⁸⁷ Par exemple : Cass. civ. 3^{ème}, 6 octobre 2004, préc.

²⁸⁸ D. VEAUX, « Sélection des actions de l'acheteur », art. préc.

²⁸⁹ Ch. RADE, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », art. préc.

bref délai de la garantie des vices cachés à deux ans²⁹⁰ doit être bien accueillie, dans la mesure où le bref délai constituait un enjeu majeur de la distinction des actions, même si elle n'a évidemment ni pour ambition, ni pour effet de dégager des catégories juridiques cohérentes²⁹¹. Toutefois, d'autres différences de régime subsistent, notamment le régime applicable aux clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité²⁹² ou à l'indemnité due au vendeur à la suite de la restitution du bien vendu²⁹³. Une unification demeure donc nécessaire sur ces questions.

67. Complexification du concours d'actions. Les difficultés les plus importantes demeurent peut-être même à venir. Le législateur offre désormais à l'acquéreur, sous l'impulsion du droit communautaire, une action fondée sur le défaut de sécurité de la chose vendue²⁹⁴, ainsi qu'une action en garantie de conformité²⁹⁵, superposées à l'action en garantie des vices cachés, l'action en responsabilité de droit commun pour défaut de délivrance conforme et l'action en nullité pour vice du consentement. Il était pourtant proposé, pour remédier aux actuels inconvénients du droit positif, d'instaurer une obligation unique de garantie de conformité, sur le modèle moniste de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 relative aux ventes internationales de marchandises²⁹⁶ et de certaines codifications récentes²⁹⁷. Si, en effet,

²⁹⁰ Art. 3 de l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005. Il convient de souligner que cette unification demeure très partielle, le délai de deux ans s'opposant à celui de dix ans encadrant les actions issues du droit commun depuis la réforme de la prescription civile du 17 juin 2008 ; du reste, l'action en garantie de conformité mise en place par l'ordonnance du 17 février 2005 se prescrit également par 2 ans, mais à compter de la délivrance et non de la découverte du vice comme le prévoit à présent l'article 1648 du Code civil. V. pour une présentation complète sur la question des délais de prescription Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 115 et s. Par ailleurs, l'ébauche d'unification des régimes applicables aux différentes actions doit être rapprochée des initiatives similaires de la Cour de cassation, initiatives aujourd'hui consacrées par le législateur, concernant les rapports entre garantie des vices cachés et erreur (Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1960, préc.), entre garantie décennale du constructeur et responsabilité civile de droit commun (Cass. civ. 3^{ème}, 11 juin 1981, *Bull. civ.* III, n° 120).

²⁹¹ Y.-M. SERINET, « La directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans les ventes de biens de consommation : transposer n'est pas oser », *RDC* 2005, p. 955, n° 10.

²⁹² Nulles pour la garantie des vices cachés, valables pour la non-conformité : v. Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1993, *JCP E* 1994, II, 593, note L. LEVENEUR. V. en faveur d'une unification du régime de ces clauses : P. JOURDAIN, « Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès », art. préc.

²⁹³ En dernier lieu, la Cour de cassation a estimé que le vendeur d'une chose affectée d'un vice occulte ne pouvait obtenir d'indemnité consécutive à la dépréciation du bien qui lui est restitué à la suite de l'action rédhibitoire. Or la solution est différente, à la suite de la résolution prononcée sur le fondement de l'article 1184 du Code civil : v. Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, préc., et pour une critique de cette solution, S. HOCQUET-BERG, « Garantie des vices cachés, défaut de conformité et restitutions », art. préc. ; G. VINEY, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2006 ; Ph. BRUN, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2006.

²⁹⁴ Art. 1386-1 et s. du Code civil, issus de la loi 98-389 du 19 mai 1998 relative à la responsabilité du fait des produits défectueux, loi elle-même venue transposer la directive 1985/374 CEE du 25 juillet 1985.

²⁹⁵ Ordonnance 2005-136 du 17 février 2005, transposant la directive CE du 25 mai 1999.

²⁹⁶ V. les solutions préconisées par C. HOCHART, *op. cit.*, n° 363 et s. en matière d'éviction.

²⁹⁷ V. ainsi, sur la réforme du droit allemand de la vente à l'occasion de la transposition de la directive du 25 mai 1999, W. ROSCH, « Nouveau droit de la vente, présentation générale », in *La réforme du droit allemand des obligations*, *op. cit.*, p. 51 et s.

les obligations du vendeur étaient regroupées au sein d'une vaste obligation de garantie de conformité, une dualité d'actions deviendrait inutile. La suppression pure et simple du concours d'actions permettrait de restaurer la cohérence du droit positif²⁹⁸, ainsi que d'éviter la mise en œuvre de distinctions trop subtiles et impraticables²⁹⁹. L'action unique serait alors ouverte, tant en cas de non-conformité de la chose aux spécifications contractuelles que de diminution d'usage consécutive à la présence d'un vice occulte. A défaut de replacer au premier plan la distinction entre l'obligation de délivrance et la garantie, elle interdirait tout concours d'actions.

C'est une telle voie qu'empruntait l'avant-projet de transposition de la directive communautaire du 25 mai 1999. Mais les critiques adressées par les partisans du critère conceptuel actuellement en vigueur ont finalement prévalu³⁰⁰, si bien qu'une nouvelle garantie de conformité est apparue au sein du Code de la consommation pour s'ajouter aux multiples actions déjà offertes à l'acquéreur et encore ajouter à la confusion de la matière³⁰¹. L'action en garantie de conformité, qui n'exclut pas l'exercice des actions fondées sur le défaut de conformité et sur la garantie des vices cachés, fait de toute évidence double emploi avec elles, faute de s'y substituer. Sa dénomination même est significative d'un refus de la distinction entre garantie et conformité³⁰². Leur confusion est entérinée par le nouvel article L. 211-5 du Code de la consommation, qui se contente toutefois d'assimiler les notions

²⁹⁸ G. VINEY, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », art. préc. ; D. MAZEAUD, « Transposition de la directive du 25 mai 1999 : la parole est à la défense », art. préc. ; P. JOURDAIN, « Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès », art. préc. ; Ph. LE TOURNEAU, « Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », art. préc. ; *contra* O. TOURNAFOND, « Quelques observations sur la garantie de conformité issue de l'ordonnance du 17 février 2005 (article L. 211-1 et s. du Code de la consommation) », préc., n° 3 : pour l'auteur, l'adoption d'une conception moniste, comparable à celle du droit suisse et de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises, ne ferait que déplacer le problème, la garantie devant alors être distinguée de l'action de droit commun en inexécution contractuelle.

²⁹⁹ Ph. REMY, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1985 ; obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1987, *RTD civ.* 1988, p. 368.

³⁰⁰ V. O. TOURNAFOND, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil », *D.* 2002, p. 2883 ; D. MAINGUY, « Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *JCP* 2002, I, 183 ; G. PAISANT et L. LEVENEUR, « Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ? », art. préc. ; R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », art. préc., n° 45.

³⁰¹ F. COLLART-DUTILLEUL, « Sur quelques inconvénients du nouveau régime de la garantie de conformité dans les ventes de meubles corporels aux consommateurs », *RDC* 2005, p. 921 ; P.-Y. GAUTIER, « Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux édiles curules », *RDC* 2005, p. 925, n° 2 ; et surtout Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 6133, qui considère que les nouvelles dispositions renforcent un « embrouillamini d'actions » et laissent subsister des « subtilités oiseuses », avant de qualifier le législateur de « brouillon et pusillanime ».

³⁰² P.-Y. GAUTIER, « Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux édiles curules », art. préc., n° 3.

préexistantes sous l'appellation de non-conformité au lieu de véritablement créer un nouveau concept autonome³⁰³.

Une telle conception moniste devrait en toute logique déboucher sur une unité d'action. Mais tel n'est pas le cas, l'acquéreur consommateur se voyant seulement accorder une option supplémentaire : la nouvelle action ne fait pas obstacle à l'exercice de toute autre action contractuelle ou extracontractuelle reconnue par la loi³⁰⁴. Or les actions traditionnellement reconnues à l'acheteur présentent des avantages non négligeables sur la nouvelle garantie de conformité³⁰⁵, ce qui rend l'option fort utile à l'acquéreur consommateur³⁰⁶. Si la transposition de la directive présente l'avantage d'augmenter la protection accordée aux acheteurs consommateurs, ce bienfait a pour corollaire une difficulté croissante d'identification des normes applicables à une situation donnée et une complexité accrue du droit positif³⁰⁷. Nul ne sait encore de quelle manière ces différentes actions ouvertes à l'acheteur pourront être articulées.

On peine à comprendre la raison pour laquelle la vente se trouve touchée par ces hésitations, tandis que d'autres contrats offrant un terrain tout aussi propice à un concours d'actions demeurent épargnés³⁰⁸. En matière de louage d'ouvrage, la troisième chambre civile de la Cour de cassation exclut purement et simplement la responsabilité de droit commun en présence d'un dommage relevant des articles 1792 et suivants du Code civil³⁰⁹. Ce quasi monopole de la garantie légale est significatif : il ne s'agit pas en effet, aux termes de la loi de

³⁰³ O. TOURNAFOND, « Quelques observations sur la garantie de conformité issue de l'ordonnance du 17 février 2005 », art. préc., n° 7 et s., pour qui la définition de la non-conformité se dédouble dans le nouveau texte ; D. MAINGUY, « L'ordonnance du 17 février 2005 sur la garantie de conformité : aux regrets s'ajoutent les regrets », *RDC* 2005, p. 947, n° 7 ; Y.-M. SERINET, « La directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans les ventes de biens de consommation : transposer n'est pas oser », art. préc., n° 18.

³⁰⁴ Art. L. 211-13 Code conso., issu de l'ordonnance du 17 février 2005.

³⁰⁵ Ainsi, si le délai de prescription de la garantie de conformité est de deux ans, tout comme en matière de vice caché, son point de départ est la délivrance et non la découverte du vice, solution défavorable à l'acquéreur, qui bénéficie en outre de la longue prescription des actions fondées sur les articles 1147 et 1184 du Code civil.

³⁰⁶ P.-Y. GAUTIER, « Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux édiles curules », art. préc., n° 5.

³⁰⁷ F. COLLART-DUTILLEUL, « Sur quelques inconvénients du nouveau régime de la garantie de conformité dans les ventes de meubles corporels aux consommateurs », art. préc. ; P.-Y. GAUTIER, « Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux édiles curules », préc., n° 2 ; Y.-M. SERINET, « La directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans les ventes de biens de consommation : transposer n'est pas oser », préc., n° 16 ; P. PUIG, « Application au contrat d'entreprise de la nouvelle garantie de conformité : évolution ou révolution », *RDC* 2005, p. 963.

³⁰⁸ Ph. LAURENT, *op. cit.*, n° 230, qui note que le critère conceptuel adopté par la jurisprudence ne concerne que la vente.

³⁰⁹ V. pour une analyse de cette jurisprudence : Ph. MALINVAUD, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », art. préc.

1978, d'une garantie des vices mais d'une garantie des dommages³¹⁰. En mettant l'accent sur le préjudice subi par la victime, les textes imposent une séparation stricte entre le champ d'application de la garantie et de l'obligation de délivrance conforme mise à la charge du constructeur. La différence de fonctions entre les actions apparaît beaucoup plus nettement que dans le contrat de vente, où le problème résulte avant tout de la définition du vice. Le concours d'actions se trouve réglé à la source.

En conséquence, la théorie de la délivrance continuée se heurte à des obstacles majeurs. Non seulement elle rencontre plusieurs objections théoriques, mais de surcroît son application au droit de la vente se solde par un échec. Son effet le plus notable est l'instauration d'un concours d'actions difficile à résoudre. Enfin, ce n'est que dans les contrats comportant une obligation de délivrance que la garantie aurait pu être assimilée à elle. Le domaine de cette théorie est donc bien trop réduit pour fournir une explication générale de la garantie.

Une autre partie de la doctrine, considérant également que la garantie a la nature d'une obligation, a toutefois fait preuve d'une plus grande audace et tenté de dégager son originalité en lui donnant un véritable contenu propre. Il s'agit de la théorie de l'obligation de garantie.

§2 : La garantie envisagée comme une obligation originale.

68. Autonomie de la garantie. Les premières théories accordant un véritable contenu propre à la notion de garantie sont apparues dans les années 1960. Elles s'appuient sur le constat d'échec des théories ramenant la garantie à d'autres institutions préexistantes. D'application plus vaste que les précédentes, ces propositions ont été émises en matière de garanties légales dans la vente, mais aussi de construction immobilière. Nous étudierons donc successivement les arguments avancés dans ces différents domaines (A), pour ensuite juger de leur bien fondé (B).

A) Exposé de la théorie de l'obligation de garantie.

69. Dualité d'aspects de la garantie du vendeur. Le premier auteur à avoir adopté ce parti est M. GROSS, dans sa thèse consacrée à l'obligation de garantie en droit des contrats.

³¹⁰ Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, *op. cit.*, n° 105.

L'auteur part du constat de l'insuffisance des théories traditionnellement avancées pour expliquer la nature des garanties légales. Ses développements concernent tant la garantie des vices cachés que la garantie d'éviction dans la vente, ces deux institutions présentant selon lui une nature unitaire³¹¹. M. GROSS estime que la doctrine a fait fausse route en raisonnant à partir de concepts préétablis, qui ne pouvaient fournir que des explications partielles³¹². Un fondement unitaire ne suffit selon lui à décrire la nature complexe de la garantie. De plus, les théories précédentes ont généralement envisagé la garantie sous le seul angle d'une réparation, d'une sanction, en passant sous silence d'autres aspects de cette institution. En suivant ce chemin, la doctrine fut logiquement conduite à nier la spécificité de la garantie, puis à vouloir l'absorber par d'autres mécanismes, voire la faire disparaître.

Ce sort ne peut satisfaire M. GROSS, qui ne se résout pas à envisager la garantie comme une simple variante injustifiable de la responsabilité contractuelle. Il remarque que l'article 1625 du Code civil, texte introductif des garanties dans la vente, présente celles-ci de façon positive. Le texte semble assujettir le vendeur à un certain nombre de prestations destinées à protéger l'acquéreur déçu en cas d'éviction ou de défaut occulte. Il est donc inexact de réduire le contenu de ce texte à une simple obligation de réparation comparable à celle résultant de la responsabilité contractuelle de droit commun³¹³. Du reste, la nouvelle théorie permet d'expliquer de façon plus satisfaisante l'article 1603 du Code civil, qui énumère les obligations principales du vendeur. Si l'on considère, avec la doctrine classique, que l'obligation de garantie n'est autre qu'une obligation de réparation consécutive à l'inexécution de l'obligation de délivrance au sens large, il est impossible de comprendre que ce texte place sur le même plan ces deux obligations principales. En revanche, cette formulation trouve une explication logique si l'on attache à l'obligation de garantie un contenu propre, distinct de la délivrance, comme le fait M. GROSS. Les deux obligations agissent successivement, la garantie venant prendre le relais de la délivrance selon un critère chronologique.

70. Contenu de l'obligation de garantie du vendeur. Il reste alors à déterminer le contenu de cette obligation de garantie. C'est ce que fait M. GROSS, qui qualifie la garantie de certitude. Le garant octroie la certitude que l'acquéreur pourra jouir utilement de la chose

³¹¹ B. GROSS, *op. cit.*, n° 32 et s.

³¹² B. GROSS, *op. cit.*, n° 94.

³¹³ B. GROSS, *op. cit.*, n° 99 ; v. également P. JACHMIG-JOLY, *op. cit.*, n° 5.

vendue. Cela passera par un certain nombre d'obligations positives et négatives à la charge du vendeur. En ce sens, les garanties légales dans la vente se rapprochent de l'assurance, qui fait naître une obligation spécifique à la charge de l'assureur. La garantie d'éviction fournit un exemple significatif de cette idée : en cas d'éviction par un tiers, le vendeur se trouve débiteur d'une obligation de défendre son cocontractant en justice. Si l'acquéreur obtient gain de cause, l'obligation de garantie aura été correctement exécutée par le garant. Dans le cas contraire, celui-ci se trouvera dans l'obligation d'indemniser ; alors s'agira-t-il d'une obligation de réparation, mais pas au sens où l'entend la doctrine traditionnelle. La réparation sera due, non pas à raison de l'inexécution de l'obligation de délivrance, mais bel et bien de l'obligation de garantie³¹⁴.

L'obligation de garantie ne se résume pas à l'obligation de défense dans le cadre de la garantie d'éviction. Il ne s'agit là que d'une illustration parmi d'autres du contenu positif de la garantie. En réalité, celle-ci est caractérisée par son dualisme : aux obligations dites négatives, qui mettent l'accent sur l'idée de réparation, s'ajoutent des obligations positives qui apparaissent moins clairement dans les textes et la jurisprudence. Ces obligations, au-delà de l'exemple particulier de l'obligation de défense dans la garantie d'éviction, sont au nombre de trois et imposent au vendeur de renseigner son cocontractant sur la situation de la chose, de prendre toutes mesures afin de ne pas compromettre la bonne fin de l'opération et de défendre en justice l'acquéreur en cas de trouble de droit émanant d'un tiers. Elles ont pour dénominateur commun de faciliter le but envisagé par les parties au moment de la conclusion du contrat, autrement dit de conférer un effet utile au contrat, plus particulièrement à son obligation essentielle de délivrance³¹⁵. Cette liste ne revêt pas de caractère limitatif, car peuvent être rattachés à la garantie tous les moyens permettant d'obtenir la meilleure exécution possible du contrat et de l'obligation de délivrance. Il ne tient donc qu'au législateur ou aux juges de créer à tout moment d'autres obligations positives à la charge du vendeur.

L'obligation de garantie, telle que définie par l'auteur, est assortie de sanctions, qui la rapprochent alors d'une obligation de réparation. Elles présentent des similarités avec la responsabilité civile, dont le fondement est identique, mais aussi une originalité non négligeable. La sévérité à l'encontre du garant se trouve accrue par rapport à la responsabilité

³¹⁴ B. GROSS, *op. cit.*, n° 102.

³¹⁵ B. GROSS, *op. cit.*, spéc. n° 101.

de droit commun, comme le montre une étude des différentes conditions d'engagement de la responsabilité du vendeur consécutivement à l'inexécution de l'obligation de garantie³¹⁶.

71. L'obligation de garantie du constructeur immobilier. Une théorie comparable fut élaborée par M. SOINNE en matière de construction immobilière³¹⁷, au sein d'une étude consacrée aux garanties prévues par les articles 1792 et suivants du Code civil, dans leur rédaction antérieure à la loi de 1972. Ses développements ne devaient subir aucune altération du fait des modifications apportées par la loi de 1972. Le raisonnement part des similitudes, enrichies par la jurisprudence, entre le régime de la garantie des vices cachés dans la vente et celui de la responsabilité mise par la jurisprudence à la charge des constructeurs à l'égard du maître de l'ouvrage en cas de menus dommages à l'ouvrage³¹⁸. Si les juges refusent une transposition pure et simple des solutions en vigueur en matière de vente³¹⁹, ils semblent appliquer une conception moderne de la garantie, qui constituerait alors le fondement de l'indemnisation du maître de l'ouvrage.

Après avoir énoncé et transposé les arguments s'opposant à l'unité de la garantie avec l'erreur, la cause, l'obligation de délivrance et la responsabilité contractuelle, l'auteur affirme l'autonomie de la notion de garantie, qui ne peut être apparentée à une institution du droit commun ou être réduite à son seul aspect sanctionnateur³²⁰. Vue sous cet angle, la vision de la garantie par l'auteur s'apparente nettement à celle de M. GROSS, à laquelle il se réfère d'ailleurs. La garantie, selon lui, est dotée d'un contenu positif. Il s'agirait en vérité d'une obligation prenant naissance lors de la conclusion du contrat de louage d'ouvrage, accessoire à l'obligation de bien construire à laquelle elle succéderait dans le temps et se superposerait. Elle ne trouverait utilité qu'après la réception des travaux, puisque son objet est d'assurer le maître de l'ouvrage de l'état de la chose reçue³²¹. Ainsi, la réception des travaux se voit assigner un rôle fondamental, puisqu'elle met fin à l'obligation de réaliser correctement l'ouvrage et de transférer sa possession, et marque l'apparition de l'obligation de garantie³²².

³¹⁶ V. B. GROSS, *op. cit.*, n° 254 et s. pour une étude détaillée du régime de l'inexécution de l'obligation de garantie

³¹⁷ B. SOINNE, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux : contribution à l'étude comparative de la garantie décennale et de la responsabilité civile de droit commun*, préf. J. PATARIN, LGDJ, 1969.

³¹⁸ V. B. SOINNE, *op. cit.*, n° 161 ; pour une étude des conditions et du régime de la garantie, v. n° 166 et s.

³¹⁹ V. B. SOINNE, *op. cit.*, n° 162.

³²⁰ V. B. SOINNE, *op. cit.*, n° 164.

³²¹ V. B. SOINNE, *op. cit.*, n° 22 et 164.

³²² V. B. SOINNE, *op. cit.*, n° 166.

La responsabilité encourue par le constructeur une fois la livraison effectuée serait donc consécutive, non pas à l'inexécution de l'obligation de délivrance comme les thèses traditionnelles tendaient à l'expliquer, mais à celle de l'obligation de garantie. Si M. SOINNE traite de la garantie due à raison des menus dommages à l'ouvrage, il estime possible une extension de ces solutions à l'ensemble des dommages apparus après la réception, quelle que soit l'origine du vice³²³, à tel point que la garantie décennale, auparavant très particulière, perdrait de sa spécificité en raison de l'apparition de cette garantie dite de droit commun. Les contrats comparables au louage d'ouvrage comporteraient une même obligation de garantie, sous réserve de quelques différences de régime.

72. Contenu de l'obligation de garantie du constructeur immobilier. La conception de la garantie adoptée par l'auteur se veut donc assez générale. Elle reprend dans une large mesure celle présentée par M. GROSS en matière de vente. Ainsi, la garantie est définie comme une obligation permettant de donner une pleine efficacité à une autre obligation principale du contrat, de renforcer les chances pour le créancier d'obtenir le but économique qu'il entendait tirer du contrat. Pour autant, l'auteur prend en considération les particularités de la construction immobilière : tandis que l'obligation de garantie dans la vente tend à renforcer l'obligation de délivrer une chose dont l'acquéreur pourra jouir librement et sans entrave, la garantie due par le constructeur immobilier aura pour but de rendre efficace l'obligation de construire et délivrer un ouvrage conforme aux règles de l'art. Alors que la garantie comprenait selon M. GROSS les obligations positives de renseignement, de prévision et de réparation, M. SOINNE l'ampute de l'obligation de renseignement, antérieure à la réception et qui ne survit pas à cette dernière³²⁴.

On s'aperçoit sans peine du caractère novateur de ces différentes propositions. Même si elles comportent une part indéniable de vérité, elles ne demeurent pas à l'abri de la critique.

B) Appréciation de la théorie de l'obligation de garantie.

73. Caractère novateur de la théorie de l'obligation de garantie. La théorie de l'obligation de garantie présente le mérite de bouleverser les idées reçues en matière de garanties légales dans le droit des contrats. Les auteurs à l'origine de ce courant de pensée montrent bien

³²³ V. B. SOINNE, *op. cit.*, n° 173 et s.

³²⁴ V. B. SOINNE, *op. cit.*, n° 166, note 89.

l'impasse dans laquelle s'est engagée la doctrine majoritaire en se bornant à rattacher la garantie à d'autres mécanismes préexistants, sans chercher à dégager sa spécificité. Ils opèrent aussi un renversement de perspective en distinguant les obligations positives et négatives souscrites par le garant, et en prenant soin de ne pas mettre l'accent sur la seule obligation de réparation mise à sa charge. Enfin, en affirmant la distinction de l'obligation de garantie et de l'obligation de délivrance dans la vente, ils auraient pu permettre une clarification du droit positif. La thèse de M. GROSS, notamment, permet une remise en ordre des différents concepts à partir d'un critère essentiellement chronologique, ce qui écarte l'insécurité juridique instaurée par l'impossibilité d'établir une distinction étanche entre le vice occulte et l'absence de conformité. La garantie relayant l'obligation de délivrance après la livraison de la chose, un concours d'actions se trouve nécessairement exclu. La théorie de la garantie met aussi en évidence la diversité d'objectifs entre la garantie et la responsabilité : les garanties légales visent à assurer au créancier la satisfaction de ses intérêts, indépendamment d'une bonne exécution de la part du débiteur, tandis que la responsabilité de droit commun fondée sur l'inexécution de l'obligation de délivrance tend normalement à imputer au débiteur les conséquences de son inexécution. La présentation de M. GROSS s'avère conforme à cette présentation.

La transposition de la théorie de l'obligation de garantie en matière de construction immobilière est tout aussi utile. La plupart des tentatives d'explication de la garantie s'appuient sur le modèle du contrat de vente, et notamment sur la garantie des vices cachés, à laquelle est généralement associée la garantie d'éviction. De fait, la garantie a longtemps été envisagée sous le seul prisme de la garantie des vices cachés, qui a cristallisé de nombreuses difficultés. De plus, une idée reçue voulait que la garantie dans la vente constitue le modèle de la notion de garantie³²⁵ Peu nombreux sont donc les auteurs qui ont tenté de généraliser les solutions admises dans ce cadre restreint. Les enseignements tirés d'un élargissement du champ d'étude peuvent pourtant s'avérer précieux. Un regard sur les garanties pesant sur les constructeurs immobiliers suffit par exemple à expliquer la distinction appliquée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation entre défaut de conformité et garantie des vices cachés. Les garanties biennale et décennale pesant sur les constructeurs immobiliers excluent en principe les actions tirées du droit commun des contrats³²⁶. La troisième chambre

³²⁵ A. VERGNES, *op. cit.*, p. 9.

³²⁶ Ph. MALINVAUD, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », art. préc. La garantie de parfait achèvement, quant à elle, n'exclut pas l'application du droit commun, mais uniquement en cas de défaut

civile, chargée de l'ensemble du contentieux immobilier, a donc toujours retenu des solutions parvenant à des résultats similaires en matière de vices cachés, instaurant par là même un certain parallélisme entre les différents types de garanties dont elle était amenée à connaître. De même, l'ordonnance du 17 février 2005 aligne la garantie de conformité due par l'entrepreneur et le vendeur³²⁷. Les deux contrats présentant une certaine interaction, il faut reconnaître le mérite de M. SOINNE d'avoir transposé au domaine de la construction immobilière la théorie de la garantie élaborée par M. GROSS en matière de vente.

74. Imprécision du contenu de l'obligation de garantie. Pourtant, des critiques doivent être formulées. Certaines portent plus spécifiquement sur les propositions avancées par M. SOINNE. On a pu, d'abord, leur reprocher de conférer à la garantie un caractère contractuel, ce qui contredit le postulat de l'auteur selon lequel la réception met fin au contrat³²⁸. L'argument, qui vient prolonger une controverse assez vaine sur la nature contractuelle ou extracontractuelle de la garantie prévue par les articles 1792 et suivants, revêt une portée limitée. La fonction de la garantie est précisément d'assurer l'efficacité des droits du créancier, y compris une fois l'exécution accomplie.

Ensuite et surtout, la définition donnée par M. SOINNE de l'obligation de garantie demeure assez floue. L'auteur qualifie, certes, la garantie d'accessoire à l'obligation de construire et de délivrer un édifice en bon état. Il rajoute, judicieusement, qu'elle a pour but d'assurer l'effectivité de cette obligation principale. Mais ce faisant, l'auteur se contente de qualifier l'obligation de garantie et de définir sa fonction. En revanche, il ne fournit aucune indication supplémentaire sur son véritable contenu. Il vise uniquement l'ensemble des moyens offerts au maître de l'ouvrage pour assurer l'efficacité de l'obligation principale. Or, on peine à discerner la véritable originalité de cette obligation de garantie. Soit l'obligation de garantie constitue un simple prolongement de l'obligation de bien construire, de la même façon que la garantie des vices cachés constituerait un simple décalque de l'obligation de délivrance, une fois la réception intervenue. Or nous avons déjà mis en évidence les obstacles théoriques et pratiques auxquels se heurte une telle assimilation, qui n'a d'ailleurs jamais été

apparent qui a fait l'objet de réserves lors de la réception de l'ouvrage. Or il est possible de considérer que cette dernière action, loin de répartir entre les contractants les risques de dommages postérieurs à la réception, vise uniquement à réparer une inexécution manifeste lors de la réception. Il ne s'agit donc pas d'une garantie, mais plus exactement d'un mécanisme de responsabilité contractuelle.

³²⁷ P. PUIG, « Application au contrat d'entreprise de la nouvelle garantie de conformité : évolution ou révolution ? », art. préc.

³²⁸ R. RAFFI, *op. cit.*, n° 681.

admise par la troisième chambre civile. Soit, au contraire, la garantie présente un contenu autonome par rapport à cette obligation de bien construire, mais encore convient-il de définir précisément son objet. L'obligation de ne pas porter atteinte à l'efficacité du contrat reste à ce titre trop vague.

Le contenu de l'obligation de garantie est défini plus clairement par M. GROSS. L'auteur évoque les obligations de renseignement, de prévision et de défense mises à la charge du vendeur ou du bailleur. Si les deux premières de ces obligations revêtent une portée générale, on ne sait si elles sont vraiment inhérentes à la notion de garantie. Quant à la troisième, elle demeure spécifique à la garantie d'éviction associée à certains contrats, éventuellement à la garantie des vices cachés. En conséquence, il reste à déterminer si une transposition de la théorie de l'obligation de garantie est possible en dehors du domaine particulier du droit des contrats et de la construction immobilière. On peut le concevoir en matière de sûretés personnelles et d'assurance, où des théories dualistes comparables ont été formulées. Mais on voit mal *a priori* où trouver une telle obligation dans le mécanisme des sûretés réelles, fondées davantage sur l'octroi au créancier d'un droit réel accessoire lui conférant un certain nombre de prérogatives, que sur l'établissement d'obligations à la charge du constituant. On remarque une nouvelle fois l'échec d'un critère conceptuel, qui se heurte aux spécificités techniques de chaque catégorie de garantie.

75. Impact en droit positif de la théorie de l'obligation de garantie. Par ailleurs, l'argumentation de M. GROSS n'a jamais été expressément consacrée par le droit positif. Les obligations de prévision, de renseignement et de défense n'ont jamais été rattachées à une obligation de garantie, de sorte que cette dernière notion demeure principalement doctrinale.

Quant à la théorie de M. SOINNE, elle n'a pas pénétré le droit positif de la façon dont on aurait pu s'attendre. Alors que l'obligation de garantie de droit commun était, selon l'auteur, supposée occuper une place croissante dans le domaine de la construction immobilière au point d'absorber la garantie décennale, une telle généralisation n'a finalement jamais eu lieu en droit positif. Les garanties biennale et décennale conservent leur spécificité et les juges n'ont en rien restreint leur champ d'application.

76. Conclusion de la Section 2. Les théories fondées sur la notion d'obligation de garantie, pour audacieuses qu'elles soient, ne parviennent pas davantage à convaincre que celles qui apparentaient la garantie à la responsabilité ou aux sanctions de l'erreur et de la cause. Elles

ne sont pourtant pas dénuées d'impact sur le droit positif. Ainsi, le rapprochement des obligations de délivrance et de garantie, particulièrement dans la vente, intervient en écho de la théorie de la délivrance continuée, selon laquelle la garantie constituerait une trace, après l'exécution, de l'obligation de délivrance. Elle doit pourtant être dénoncée, au-delà des confusions auxquelles elle donne lieu, car la garantie, loin de constituer la seule sanction d'une inexécution, n'est que le rétablissement des intérêts du créancier, indépendamment de toute considération relative au garant. De plus, on perçoit difficilement le contenu de l'obligation de garantie, entendue comme celle qui vient prolonger la délivrance du bien, dès lors que cette délivrance a déjà eu lieu et qu'aucun comportement particulier du garant n'est requis avant la découverte d'un vice ou d'une éviction. Enfin, le champ d'application de la garantie est bien plus large que la seule catégorie des contrats donnant lieu à une obligation de délivrance.

La théorie de l'obligation de garantie répond en partie à ces objections. Elle met en évidence le caractère protéiforme de la garantie, laquelle revêt un double aspect préventif et sanctionnateur. L'obligation de garantie constituerait alors une catégorie à part. Mais si cette thèse présente l'avantage de conférer un contenu autonome à la notion de garantie, celui-ci demeure insuffisant et son domaine reste limité aux garanties légales et conventionnelles du droit des contrats.

77. Conclusion du Chapitre 1. Aucun des critères conceptuels avancés ne parvient à procurer de véritable explication de la garantie. Les conditions de formation du contrat pèchent en ce qu'elles confondent la formation et l'exécution du contrat. La responsabilité a certes en commun avec la garantie de fournir une réparation à la victime d'un dommage contractuel ou extracontractuel, mais les deux notions ont un domaine différent et la garantie doit s'apprécier au regard des seuls intérêts du bénéficiaire, à l'inverse de la responsabilité qui soulève la question de l'action du responsable. Quant à la notion d'obligation de garantie, son contenu demeure insuffisamment défini et son champ d'application est très restreint.

Si les critères conceptuels échouent à définir la garantie, c'est avant tout en raison du caractère protéiforme de cette notion. Aucune des théories présentées en droit des contrats n'est susceptible d'une transposition au-delà de ce domaine, par exemple en matière de sûretés ou d'assurances. La nature de la garantie est variable. En conséquence, il est inconcevable de la qualifier d'obligation ou de responsabilité, alternative à laquelle elle semble trop souvent vouée. N'importe laquelle de ces notions demeure trop particulière. Au-delà du contenu de la garantie, il est alors nécessaire de rechercher un autre critère de

définition, apte à fédérer l'ensemble des mécanismes de garantie. D'autres branches du droit incitent à se tourner vers une vision fonctionnelle de la garantie. C'est cette démarche qu'il convient à présent d'aborder.

Chapitre 2

Définition fonctionnelle de la garantie.

78. Approche finaliste. Malgré les multiples propositions en ce sens, aucune tentative de définition de la garantie ne s'est révélée pleinement convaincante en droit des contrats. Les nombreux mécanismes sollicités pour lui procurer un fondement se sont montrés impuissants à rendre fidèlement compte du droit positif. Si chaque théorie comporte indéniablement une part de vérité, aucune d'entre elles ne fournit de véritable explication globale. Les propositions destinées à conférer un contenu propre à la garantie n'ont pas obtenu de résultats plus probants. Ces échecs proviennent du caractère protéiforme de la garantie. Susceptible d'emprunter les traits d'une multiplicité de mécanismes très différents les uns des autres, elle se laisse difficilement enfermer dans des catégories strictes. C'est la raison pour laquelle aucune des précédentes conceptions n'est susceptible de fournir une explication générale. La garantie n'est réductible, ni aux conditions de formation du contrat, ni à l'obligation de délivrance, ni à la responsabilité, car elle prend successivement la forme de ces différents mécanismes. Ainsi, toute tentative de généralisation fondée sur un critère conceptuel apparaît vouée à l'échec, aucun dénominateur commun ne parvenant apparemment à réunir les différents mécanismes fondés sur l'idée de garantie.

En réalité, si la garantie emprunte alternativement à différentes techniques, son critère de définition doit être recherché ailleurs. En ce sens, les doctrines issues de l'assurance et des sûretés semblent plus réalistes et donc plus à même d'aboutir à une définition exacte. Ces théories, en effet, n'ont pas pour objet de la comparer à d'autres mécanismes ou de lui conférer un contenu autonome, mais uniquement de fédérer cette notion autour d'un but commun. Ainsi, le droit des sûretés envisage les garanties comme des procédés de paiement d'une créance, tandis que le droit des assurances les envisage comme des mécanismes de couverture d'un quelconque risque. Une fois cette démarche décrite (Section 1), il conviendra d'examiner si la notion de garantie ainsi dégagée présente une cohérence suffisante pour faire l'objet d'une définition générale. Cela nous amènera à considérer que la garantie constitue la couverture d'un risque affectant son bénéficiaire. Elle vise à transférer les conséquences d'un

évènement préjudiciable sur le garant, c'est-à-dire une personne qui, en temps normal, n'aurait pas à les prendre en charge (Section 2).

Section 1 : Propositions de définition fonctionnelle de la garantie.

S'il a rarement été soulevé en matière d'obligations et de contrats spéciaux, le critère fonctionnel de définition de la garantie imprègne au contraire le droit des sûretés et des assurances. Ce phénomène ne doit rien au hasard, puisque chacune de ces branches du droit a pour but de renforcer l'efficacité des droits du créancier. Ainsi, la doctrine de droit des sûretés s'est ralliée de façon à peu près incontestée à une définition finaliste de la garantie (§1), tandis que le droit des assurances est tout entier tourné vers ce but (§2). Il convient de présenter tour à tour ces deux champs d'étude, afin d'expliquer au mieux le critère fonctionnel adopté.

§1 : La définition fonctionnelle de la garantie en droit des sûretés.

La doctrine se trouve amenée à examiner la notion de garantie en raison de sa proximité avec celle de sûreté. Sa vision de la matière permet de redéfinir les termes du problème, tant elle diffère de celle des spécialistes du droit commun des obligations et des contrats spéciaux. (A). Toutefois, la définition dégagée, dont l'apport est indéniable, n'apparaît pas pleinement satisfaisante, car elle fait de la garantie une notion beaucoup trop vaste et imprécise. Elle demande donc à être amendée (B).

A) Exposé de la définition fonctionnelle de la garantie en droit des sûretés.

79. Sécurité apportée en présence d'un risque. C'est dans la thèse de M. CROCQ³²⁹ qu'apparaît de façon systématique le critère fonctionnel de définition de la garantie. Si l'auteur précise la signification étymologique du terme garantie³³⁰, avant d'illustrer cette acception par quelques exemples³³¹, l'essentiel de son raisonnement se situe ailleurs. Selon

³²⁹ P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1995.

³³⁰ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 283: « garantir est un terme d'origine germanique (gewähr : garantie) qui vient de wahr qui signifie vrai. Etymologiquement, garantir c'est donc assurer que telle chose est vraie, que telle qualité existe. »

³³¹ P. CROCQ, *op. cit.*, *eod. loc.* : l'auteur cite notamment la garantie par l'Etat, au titre des articles 521 et s. du Code Général des Impôts, du titre d'un objet, la garantie des droits et libertés individuelles, la garantie des vices cachés du vendeur, la clause de garantie de passif en droit des sociétés.

lui, en effet, la garantie ne consiste pas uniquement à fournir l'assurance d'une qualité présente, mais plus largement à prendre en charge les conséquences d'un évènement futur éventuel. En conséquence, la garantie s'entend comme une notion assez large englobant tout procédé d'assurance contre la survenance d'un risque³³². Ce risque peut consister en une inexécution ou tout autre évènement, mais M. CROCQ restreint son étude aux garanties de paiement. Il précise qu'elles sont nécessairement subordonnées à l'existence d'une obligation principale, même si un lien accessoire *stricto sensu* n'est pas requis. Elles présentent également un caractère subsidiaire par rapport à cette obligation principale, de sorte que l'exécution de cette dernière provoque son extinction. Les garanties de paiement désigneraient donc les « avantages spécifiques à un ou plusieurs créanciers dont la finalité est de suppléer à l'exécution régulière d'une obligation ou d'en prévenir l'inexécution »³³³, ce qui en fait une catégorie beaucoup plus large que les sûretés, encadrées par leur caractère accessoire. Comme le note l'auteur, il est difficile de restreindre l'étendue de la garantie dans la mesure où elle répond à une définition fonctionnelle, c'est-à-dire qu'elle est caractérisée par un but à atteindre, commun à l'ensemble de toutes les garanties, et non par un contenu spécifique³³⁴. Enfin, la garantie présente pour M. CROCQ un double aspect préventif et réparateur, ce qui n'est pas sans rappeler la conception obligationnelle de la garantie avancée en matière de garantie du vendeur et du constructeur.

80. Distinction entre sûreté et garantie. L'analyse de M. CROCQ ne porte pas spécifiquement sur la notion de garantie, mais plus largement sur l'utilisation de la propriété aux fins de garantie et en tant que sûreté. Elle n'en constitue pas moins une représentation fidèle de la doctrine dominante en matière de sûretés. Le problème est généralement abordé dans le cadre de développements relatifs à la distinction des garanties et sûretés. Ni les unes, ni les autres, ne font en effet l'objet d'une définition dans les textes ou les décisions de justice. Face à l'utilisation relativement récente de diverses techniques destinées à octroyer une plus grande sécurité au créancier, la question se pose de savoir lesquelles doivent être qualifiées de sûretés. Le problème, d'une portée pratique limitée selon plusieurs auteurs³³⁵,

³³² P. CROCQ, *op. cit.*, n° 285.

³³³ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 287.

³³⁴ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 287.

³³⁵ P. ANCEL, *Droit des sûretés*, 4^{ème} éd., Litec, 2006, n° 23 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 2007, n° 11 ; v. toutefois les enjeux dégagés par Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^{ème} éd., PUF, 1998, n° 3 ; C. GINESTET, « La qualification des sûretés », *Deffrénois* 1999, p. 80 et s. et 203 et s., spéc. n° 5 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2004, n° 37, notamment le champ d'application des textes comportant le terme « sûreté » et le

consiste alors à déterminer si la sûreté doit être envisagée largement, comme un instrument facilitant l'exécution d'une obligation³³⁶, ou plus strictement comme un mécanisme parvenant à cet objectif tout en revêtant un caractère accessoire³³⁷. Si cette dernière solution emporte la plupart des suffrages, tous s'accordent au fond à définir la garantie selon un critère finaliste. Elle désigne les mécanismes ayant pour but ou pour effet le renforcement des chances de paiement du créancier, ou plus généralement l'exécution de son obligation par le débiteur. Les contre-garanties sont pareillement caractérisées par leur finalité de couverture d'un risque touchant le garant, qui les distingue d'autres institutions au fonctionnement proche³³⁸.

Une autre présentation de la garantie fut élaborée par Madame GINESTET. Selon cet auteur, la garantie présenterait un aspect uniquement conservatoire, et pourrait résulter d'une technique inhérente à l'obligation elle-même³³⁹, par opposition à la sûreté, reconnaissable à l'attribution au créancier d'un droit d'action supplémentaire par rapport aux prérogatives accordées à tout créancier.

81. Absence de jurisprudence significative. La jurisprudence, quant à elle, ne s'est pas directement prononcée sur la question. Tout juste se contente-t-elle d'énumérer au cas par cas les institutions qui entrent dans le cadre des sûretés ou des garanties, lorsqu'elle doit appliquer un texte visant l'un de ces termes, ce qui rend particulièrement difficile la systématisation des solutions. L'enjeu le plus évident de la qualification de garantie réside dans les articles L. 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce, qui subordonnent l'émission de garanties par une société à une autorisation de son conseil d'administration ou de surveillance. La question s'est donc posée de savoir si la lettre d'intention, document émanant généralement d'une société mère désireuse de faciliter les engagements de sa filiale envers les tiers, appartenait à la catégorie des garanties. Or la jurisprudence manque de cohérence. La Cour de cassation a

transfert des sûretés par voie d'accessoire. Pour une analyse plus approfondie, quoique cantonnée à une catégorie particulière de sûretés, v. M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *Les sûretés négatives*, thèse Paris I, 1998, n° 125 et s.

³³⁶ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 37, et la jurisprudence citée au soutien de leur position ; Y. CHARTIER, « Rapport de synthèse » in « L'évolution du droit des sûretés », *RJC* 1982, n° spécial, p. 150. V. également, moins tranché, P. ANCEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, sous n° 26.

³³⁷ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, 8^{ème} éd., Litec, 2007, n° 4 ; L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2008, n° 2, pour qui la sûreté est une garantie, sans que la réciproque ne soit exacte ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 2 et 3 ; S. PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, 4^{ème} éd., Armand Collin, 2004, n° 11 et 12 ; D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2008, n° 21 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 4 ; C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse » in « Sûretés et procédures collectives : morceaux choisis », *LPA* 20 septembre 2000, p. 40 ; M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 116 et s.

³³⁸ C. HOUIN-BRESSAND, *Les contre-garanties*, préf. H. SYNDET, Dalloz, 2006, n° 94 et s.

³³⁹ C. GINESTET, « La qualification des sûretés », art. préc., n° 8 et s.

notamment, dans un arrêt très remarqué, opéré une distinction selon que l'émetteur de la lettre avait souscrit une obligation de moyens ou de résultat. La qualification de garantie n'était retenue que dans le premier cas³⁴⁰. Jamais cette affirmation ne fut contredite par la suite, même si les juges affichent aujourd'hui une réticence plus prononcée à retenir la qualification d'obligation de moyens³⁴¹, de sorte qu'il est revenu au législateur de clarifier la matière en plaçant la lettre d'intention parmi les sûretés³⁴². En toute hypothèse, cet épisode semble marquer une certaine faveur de la Cour de cassation pour une conception étroite de la notion de garantie, laquelle serait liée à la présence d'une obligation de résultat.

Malgré ces doutes, la définition fonctionnelle de la garantie rassemble une large majorité de la doctrine. Elle présente une profonde originalité au regard des diverses conceptions en vigueur en droit commun des obligations. Il reste encore à vérifier sa viabilité.

B) Appréciation de la définition fonctionnelle de la garantie en droit des sûretés.

82. Vocation générale du critère finaliste. Le relatif consensus régnant autour de la définition fonctionnelle de la garantie s'explique assez aisément. Si la nature des garanties d'éviction et des vices cachés est si discutée, c'est en raison de ses évidents enjeux pratiques, mais aussi parce que la plupart des auteurs tentent de donner une véritable substance à la notion de garantie. Qu'ils le fassent en se référant à des mécanismes préexistants ou en lui assignant un contenu créé *ex nihilo*, le problème demeure insoluble car le caractère

³⁴⁰ Cass. com., 26 janvier 1999, *Sony*, *Bull. civ.* IV, n° 31 ; *D.* 1999, jurispr. p. 577, note L. AYNÈS ; *JCP* 1999, I, 156, n° 7, obs. Ph. SIMLER ; *ibid.*, II, 10087, note D. LEGEAIS ; *Banque et dr.* mai-juin 1999, p. 43, note N. RONTCHEVSKY ; *Defrénois* 1999, p. 740, obs. D. MAZEAUD ; *Bull. Joly* 1999, p. 540, note J.-F. BARBIÉRI ; *RTD com.* 1999, p. 424, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET. V. également Cass. com., 18 avril 2000, *Bull. civ.* IV, n° 78 ; *JCP E* 2000, p. 2007, note L. LEVENEUR ; *ibid.*, 2001, p. 1042, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. dr. banc. fin.* 2000, comm. n° 153, obs. J.-P. MATTOU ; *D.* 2001, somm. p. 700, obs. L. AYNÈS ; *Bull. Joly* 2000, p. 801, obs. J.-F. BARBIÉRI.

³⁴¹ V. notamment Cass. com., 26 février 2002, *Bull. civ.* IV, n° 43 ; *D.* 2002, p. 1273, note A. LIENHARD ; *ibid.*, somm. p. 3331, obs. L. AYNÈS ; *JCP* 2002, I, 162, obs. Ph. SIMLER, *JCP E* 2002, 919, note D. LEGEAIS ; *Dr. soc.* 2002, comm. 105, obs. Th. BONNEAU ; *Rev. dr. banc. fin.* 2002, comm. n° 93, obs. A. CERLES ; *Banque et dr.* mai-juin 2002, p. 42, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Bull. Joly* 2002, p. 607, obs. J.-F. BARBIÉRI ; Cass. com., 9 juillet 2002, *D.* 2002, AJ., p. 2327, note A. LIENHARD ; *ibid.*, somm. p. 3332, obs. L. AYNÈS ; *D.* 2003, p. 545, note B. DONDERO ; *JCP* 2002, II, 10166, note J. FRANÇOIS ; *ibid.*, 2003, I, 124, obs. Ph. SIMLER ; *Defrénois* 2002, p. 1614, obs. R. LIBCHABER ; *LPA* 2 janvier 2002, note D. GIBIRILA ; *Banque et dr.* septembre-octobre 2002, p. 42, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Rev. dr. banc. fin.* 2002, comm. n° 181, obs. D. LEGEAIS ; *Bull. Joly* 2002, p. 1175, obs. J.-F. BARBIÉRI.

³⁴² Art. 2287-1 du Code civil, issu de l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 : ce texte qualifie expressément la lettre d'intention de sûreté personnelle. Dès lors que la sûreté personnelle est un type particulier de garantie, il est possible d'en déduire la qualification de garantie, quelle que soit l'intensité de l'obligation souscrite par le souscripteur. Pour une critique de cette consécration, v. P. LE CANNU, « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », *RTD com.* 2006, p. 421.

protéiforme de la garantie s'accommode mal d'un cadre trop strict. Les définitions conceptuelles de la garantie se heurtent donc à des difficultés structurelles.

Le critère finaliste permet d'éviter cet écueil. Il vise à unifier la notion de garantie autour du seul dénominateur apparemment commun à l'ensemble de ces mécanismes : le renforcement de la situation du créancier, ou plus largement d'un individu, par des moyens divers³⁴³. Cette définition permet d'appréhender une diversité d'institutions présentant un régime et une nature très variables. La catégorie des garanties peut ensuite être divisée en sous-ensembles en fonction de différents critères, mais ceux-ci ne participent pas de la notion de garantie en elle-même³⁴⁴.

83. Hétérogénéité de la notion de garantie. Le raisonnement doit pourtant être affiné. Il n'est en effet formulé que dans la seule optique d'une distinction entre garantie et sûreté. Les auteurs ne se préoccupent pas tant de la notion de garantie en elle-même que de la notion de sûreté dont elle apparaît comme le pendant. Pour faire face à la perte d'efficacité des sûretés traditionnelles³⁴⁵ et se prémunir contre tout risque, les créanciers recourent de plus en plus fréquemment à des méthodes originales pour garantir leur créance. Ils tendent notamment à restaurer ou détourner d'anciens mécanismes en les utilisant à des fins de garantie. C'est le cas, par exemple, du droit de propriété³⁴⁶, ou encore de nombreuses techniques du droit des obligations³⁴⁷, voire de voies d'exécution³⁴⁸ susceptibles de remplir la même fonction. La doctrine se demande alors si ces nouvelles garanties doivent entrer dans la définition des sûretés. La réponse apportée est généralement négative, la majorité des auteurs estimant que

³⁴³ Comp., dans une même optique en droit anglais, K. P. MCGUINNESS, *op. cit.*, n° 2.30.

³⁴⁴ Pour un exemple particulièrement net, v. M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. JOBART-BACHELLIER et V. BREMOND, LGDJ, 2006, n° 240 et s. Au-delà des catégories dégagées par l'auteur, le dénominateur commun à toutes les garanties est celui de la fonction.

³⁴⁵ Une « décadence organisée » selon les termes employés par B. OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », *Mélanges dédiés à D. HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 317, spéc. p. 321. L'auteur évoque notamment l'œuvre du législateur des procédures collectives. V. aussi P. CROCQ, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », *Mélanges Ch. MOULY*, t. II, Litec, 1998, p. 317 et s., n° 5, qui mentionne plus précisément le caractère accessoire des sûretés et le droit de préférence conféré par la loi à certains créanciers.

³⁴⁶ P. CROCQ, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », art. préc. ; B. OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », art. préc., p. 321, qui généralise à l'ensemble des techniques conférant une maîtrise sur le bien. L'introduction de la fiducie en droit français participe de ce mouvement : v. R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *Mélanges Ph. MALAURIE, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 303 et s., spéc. p. 304.

³⁴⁷ D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 23, qui cite la délégation, la solidarité ou encore la promesse de porte-fort ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 2, qui ajoutent la résolution pour inexécution, l'exception d'inexécution, la compensation, l'action directe ou l'obligation *in solidum*.

³⁴⁸ Ph. THERY, *op. cit.*, n° 2, qui mentionne la saisie conservatoire des créances et surtout l'insaisissabilité relative.

la notion de sûreté se trouverait exagérément élargie³⁴⁹. Pour éviter cet inconvénient, il conviendrait de délimiter la notion de sûreté selon des critères conceptuels stricts³⁵⁰, tandis que les autres techniques utilisées comme substitut à ces sûretés relèveraient de la garantie. Ainsi, la sûreté serait caractérisée par son caractère accessoire³⁵¹, c'est-à-dire qu'elle devrait être affectée de façon exclusive au paiement de la créance³⁵².

La pertinence de ces arguments prête toutefois à discussion. Affirmer avec certitude que la sûreté est une catégorie de garantie relève d'abord d'une démarche arbitraire : le droit américain nous enseigne que l'inverse est tout aussi concevable³⁵³. Si, ensuite, une conception large de la sûreté présente de réels inconvénients³⁵⁴, il n'est pas évident que le problème soit résolu par la requalification de certains mécanismes dans une catégorie plus générale de garantie. En vérité, les auteurs se contentent de déplacer la difficulté en faisant de la garantie une notion hypertrophiée et structurée autour de la seule opposition entre sûretés et autres mécanismes³⁵⁵. Ainsi définie, la garantie sert davantage de contrepoint à la notion de sûreté qu'elle n'apparaît comme un concept réellement opératoire. Par conséquent, cette définition, même si elle présente le mérite de proposer une vision différente de la garantie, demeure insuffisante et doit être précisée.

³⁴⁹ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n°4 : « qualifier de sûreté tout ce qui assure une protection contre l'insolvabilité revient à dilater la notion au point de ne pas pouvoir lui assigner de limites ». Les mêmes auteurs reconnaissent pourtant par ailleurs, non sans raison, que « la sûreté n'est pas une notion, ce n'est qu'une étiquette qui s'accommode du disparate » et que sa définition est « nécessairement vague » : v. *op. cit.*, n° 2 ; comp. Ph. THERY, *op. cit.*, n° 6, qui estime une définition soit inutile, soit impossible.

³⁵⁰ V. les critères dégagés par P. CROCO, *op. cit.*, n° 265 et s. : une finalité d'amélioration de la situation du créancier par rapport au créancier chirographaire, un effet extinctif de la créance garantie, une technique reposant sur l'accessoire. V. également M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 2, dont la définition comporte les mêmes éléments ; M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », *Études dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107 et s.

³⁵¹ P. CROCO, *op. cit.*, n° 272 et s.

³⁵² M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc. V. toutefois, pour une définition plus large, M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 140 et s.

³⁵³ V., à cet égard, M. BRADGATE, *op. cit.*, n° 23.0.2, K. P. MCGUINNESS, *op. cit.*, n° 3.4 et s. : en droit américain, les *suretyships* se divisent en deux branches : certaines sont des *guarantees*, tandis que d'autres doivent être qualifiées d'*indemnities*. C'est l'opposition entre principal et accessoire qui détermine cette distinction. Il est vrai que les termes *suretyship* et *guarantee* sont souvent employés l'un pour l'autre et que les règles varient selon les juridictions. De plus, la distinction est dans l'ensemble inconnue du droit anglais, qui emploie les deux termes indifféremment. Toutefois, les *guarantees* constituent, au moins dans une certaine mesure, une catégorie juridique plus étroite que les *suretyships* en droit américain. Cela montre que le critère de distinction entre garantie et sûreté n'a rien d'évident, ni d'universel. Comp., M. RADIN, « Guaranty and Suretyship », art. préc.

³⁵⁴ V. notamment A. MARTIN-SERF, « L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial », *RTD com.* 1980, p. 677 et s.

³⁵⁵ Certains l'admettent sans états d'âme : v. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 4, note 13, qui évoquent une « nébuleuse » pour décrire la notion de garantie.

Ainsi, le critère dégagé par la doctrine majoritaire manque de clarté. Si la garantie est caractérisée par une finalité, encore convient-il de la déterminer précisément. Il est admis qu'elle consiste en un but commun de satisfaction du créancier, mais cette considération reste trop vague pour apporter un critère satisfaisant de qualification, tant sont nombreux les procédés visant ce résultat³⁵⁶. Nécessaire, une définition plus précise passe au moins par l'instauration de sous-catégories de garanties. Mais la doctrine ne va généralement pas aussi loin dans l'analyse³⁵⁷. M. CROCQ reconnaît une pluralité d'objets de la garantie. Après avoir énoncé qu'elle vise à prévoir les conséquences de la survenance future d'un évènement, il cite des exemples variés : la garantie contre le vol, l'incendie, l'insolvabilité, la disparition ou l'ignorance de l'auteur d'un dommage, le chômage, les difficultés financières de l'entreprise³⁵⁸. Mais l'auteur ne s'attarde pas sur ces différentes hypothèses et porte son attention sur les garanties de paiement, sans avoir donné d'autre critère général de la garantie que celui d'une « emprise sur le futur ». Il ne rend donc aucunement compte d'une éventuelle diversité de nature ou d'intensité des différentes garanties. Les autres auteurs favorables à une conception large de la garantie ne fournissent pas davantage d'explications. Certains la limitent même à un rôle de protection du créancier contre l'insolvabilité du débiteur³⁵⁹. Le seul critère finaliste, s'il constitue une excellente base de raisonnement, ne suffit donc à appréhender la garantie dans sa diversité³⁶⁰.

84. Insuccès de la redéfinition des sûretés. Les propositions de Madame GINESTET n'apportent pas davantage de clarté à la matière. L'auteur encadre strictement la notion de sûreté, tandis que celle de garantie demeure à peu près illimitée. Suivant la lecture que l'on fait de ses développements, la notion de garantie apparaît soit trop étroite, soit trop large. Tout dépend du point de savoir si, selon elle, la garantie et la sûreté sont deux catégories qui s'opposent ou si, au contraire, la seconde est comprise dans la première. Dans le premier cas, la qualification de garantie serait réservée aux mécanismes de protection de solvabilité d'un

³⁵⁶ Il suffit de songer aux actions en paiement, en responsabilité contractuelle, en résolution, au droit de gage général. Les exemples peuvent être multipliés à l'infini. Si tout est garantie, rien n'est garantie car la catégorie devient alors beaucoup trop hétérogène pour que le terme revête une quelconque signification.

³⁵⁷ V. cependant M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 122. Consciente du problème posé par une définition aussi large de la garantie, elle n'en adopte pas moins une perspective comparable à celle de la majorité des auteurs.

³⁵⁸ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 285.

³⁵⁹ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 4.

³⁶⁰ V. à cet égard Ph. THERY, *op. cit.*, n° 6, concernant la notion de sûreté : sa définition est impossible « lorsque l'on essaie d'y faire rentrer des institutions trop disparates, malgré une commune finalité ». Ces remarques doivent être transposées à la notion de garantie.

débiteur, de préservation du gage général du créancier³⁶¹. Une telle restriction se comprend difficilement. Une garantie peut porter sur une multitude d'objets différents. Le gage du créancier constitue l'un d'eux, mais on voit mal pourquoi un mécanisme tendant à garantir l'exécution de l'obligation en elle-même, ou d'une sûreté, par exemple, ne constituerait pas une garantie.

Si, plus certainement, on estime que les sûretés, envisagées comme des prérogatives particulières octroyées au créancier aux seules fins de recouvrement de sa créance, constituent un sous ensemble de la notion de garantie³⁶², cette dernière connaît une extension telle qu'elle ne présente plus la moindre cohésion. Réapparaît alors la difficulté précédente. On peut alors s'interroger sur l'utilité de restreindre ainsi la notion de sûreté, d'autant plus que les garanties présentent en général une efficacité supérieure à celle des sûretés ainsi définies³⁶³.

85. Enjeux du critère finaliste. Les insuffisances du critère finaliste résultent enfin de ce que la qualification de sûreté ou de garantie emporte relativement peu de conséquences directes en droit positif³⁶⁴. Fort rares, les textes leur conférant un régime spécifique traitent de points très particuliers et dépourvus de véritable lien entre eux, si bien que les solutions dégagées par la jurisprudence sont peu propices à une généralisation³⁶⁵. Les enjeux de la qualification demeurent trop épars pour donner lieu à une jurisprudence cohérente. C'est d'autant plus le cas que les textes faisant référence aux sûretés et garanties semblent souvent utiliser les termes l'un pour l'autre. Il est, dès lors, tentant d'envisager les deux termes comme synonymes³⁶⁶, tout comme le fait le droit anglais³⁶⁷.

³⁶¹ C. GINESTET, « La qualification des sûretés », art. préc., n° 8 : « La garantie lutte contre l'insolvabilité du débiteur de manière diffuse ; elle ne tend pas directement au recouvrement de la créance. Son objet est d'éviter qu'une perte n'affecte le patrimoine du débiteur sans pour autant octroyer de prérogative particulière au créancier ».

³⁶² C. GINESTET, « La qualification des sûretés », art. préc., n° 9 : « La technique utilisée est le critère le plus intéressant pour caractériser la sûreté au sein des garanties. Deux mécanismes permettent d'obtenir des garanties : la constitution d'un droit de créance, où la garantie est attachée à la seule qualité de créancier et, par ailleurs, l'utilisation de certaines techniques, connues du droit civil, mais détournées de leur but pour garantir l'un des cocontractants ».

³⁶³ C. GINESTET, « La qualification des sûretés », art. préc., n° 28.

³⁶⁴ Cela pourrait néanmoins changer si les textes relatifs au cautionnement et la garantie autonome dans les procédures collectives étaient modifiés, comme on l'envisage à présent, pour s'appliquer à l'ensemble des garanties personnelles. V., sur cette question, P. CROCQ, « Droit des sûretés », *D.* 2008, panorama, p. 2104 et s., spéc. p. 2109 et s. Comp., en droit espagnol, A. CARRASCO PEREA, E. CORDERO LOBATO, M. J. MARIN LOPEZ, *op. cit.* Les auteurs nient l'utilité de la notion de garantie, estimant que son élaboration ne relève pas du juridique.

³⁶⁵ Ph. THERY, *op. cit.*, n° 6 : les textes mentionnant la catégorie des sûretés ou des garanties « ont un champ d'application restreint. Aussi n'est-il pas interdit d'adopter, pour leur application, une définition particulière, même si, intellectuellement, une telle position n'est pas satisfaisante. »

³⁶⁶ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 10 et 11.

Les résultats obtenus n'apparaissant pas à la hauteur des espérances, le critère finaliste doit être précisé. Sans un tel travail, la notion de garantie demeure hétérogène, trop vague et trop vaste pour constituer un ensemble cohérent. Le droit des assurances donne un exemple d'une telle démarche. Si la garantie y est définie selon un critère fonctionnel similaire à celui utilisé dans le domaine des sûretés, des précisions supplémentaires y sont apportées. C'est cet apport à la théorie de la garantie qu'il convient de préciser.

§2 : La définition fonctionnelle de la garantie en droit des assurances.

86. La couverture du risque par l'assurance. La garantie est rarement abordée de front dans le cadre du contrat d'assurance. C'est surtout la notion d'assurance qui divise les auteurs. Mais les deux problèmes sont liés, l'assurance étant centrée sur un objectif de couverture d'un risque affectant l'assuré. La garantie d'assurance, tout comme en matière de sûretés, est donc envisagée au regard de son but (A). Il conviendra d'apprécier le bien fondé de ce point de vue, et particulièrement d'examiner son apport au regard des théories précédentes (B).

A) Exposé de la définition fonctionnelle de la garantie en droit des assurances.

La garantie n'est pas étrangère au contrat d'assurance puisqu'elle représente l'un de ses éléments constitutifs. Dans une première approche, le terme « assurance » fait référence au besoin de sécurité³⁶⁸. Cela suffit à mettre en évidence l'étroitesse des liens entre garantie et assurance³⁶⁹. Mais une fois encore, ni l'une, ni l'autre n'est définie par les textes internes ou communautaires³⁷⁰, qui se contentent de préciser certains éléments de leur régime. Il revient donc à la doctrine de s'interroger sur ces concepts.

³⁶⁷ K. P. MCGUINNESS, *op. cit.*, n° 3.4 et s. L'auteur admet que certains tribunaux américains reconnaissent une différence entre *suretyships* et *guarantees*. Mais cette distinction, très incertaine et fluctuante selon les juridictions, n'apparaît pas en droit anglais. Adde, M. RADIN, « Guaranty and Suretyship », art. préc.

³⁶⁸ Etymologiquement, le terme provient de l'italien *assicurassio*, qui signifie sécurité.

³⁶⁹ V., pour une comparaison entre *guarantee* et *insurance* en droit anglais, J. O'DONOVAN et J. PHILLIPS, *op. cit.*, n° 1-111 et s. ; K. P. MCGUINNESS, *op. cit.*, n° 3.20.

³⁷⁰ J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2002, n° 39 et s. ; V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA* 1998, p. 637 et s., n° 1 ; comp. J. KULLMANN, *Lamy Assurances*, 2008, n° 2, sur la définition de l'assurance en droit belge : « un contrat en vertu duquel, moyennant le paiement d'une prime ou variable, une partie, l'assureur, s'engage envers une autre partie, le preneur d'assurance, à fournir une prestation stipulée dans le contrat au cas où surviendrait un événement incertain que, selon le cas, l'assuré ou le bénéficiaire a intérêt à ne pas voir se réaliser ».

Si tous les auteurs ne s'accordent pas sur la définition de l'assurance³⁷¹, ces divergences ne les empêchent pas de dégager plusieurs caractéristiques irréductibles du contrat d'assurance. La plupart d'entre eux font état de trois éléments inhérents à ce contrat : la garantie d'un risque, le versement de primes par l'assuré en contrepartie de la couverture de ce risque et l'accomplissement d'une prestation par l'assureur dans l'hypothèse de la survenance du risque³⁷². La jurisprudence est de toute évidence conforme à cette analyse : à l'occasion de plusieurs arrêts dépourvus de toute ambiguïté, la Cour de Cassation a bien pris soin de caractériser la réunion des trois éléments constitutifs³⁷³. Ainsi, la définition de l'assurance se révèle éclairante : deux de ses éléments, le paiement des primes et l'indemnisation de l'assuré, désignent les obligations essentielles des parties, communes à l'ensemble des contrats d'assurance. Le dernier, tout aussi fondamental, représente l'objectif du contrat : la garantie d'un risque. Celle-ci apparaît indispensable à la qualification du contrat d'assurance³⁷⁴.

87. Comparaison de l'assurance avec les garanties de paiement. Cela confirme que l'assurance est caractérisée par une technique contractuelle au service de la protection des droits d'un individu face à un événement incertain. Cette technique consiste en l'exécution d'une prestation en cas de sinistre, c'est-à-dire de survenance du risque, mais aussi le transfert, la collectivisation de ce risque par le biais du versement de primes par l'ensemble des assurés³⁷⁵. Surtout, le contrat apparaît destiné à sauvegarder les intérêts de l'assuré dans l'hypothèse où le risque se réaliserait. Cette analyse, comparable à celle de STARCK en matière de responsabilité³⁷⁶, se rapproche surtout de celle, adoptée en droit des sûretés, selon laquelle la garantie est un moyen de prémunir le créancier contre un risque de non-paiement. Mais le risque, loin d'être limité à l'impayé ou à l'inexécution d'une obligation, désigne plus

³⁷¹ La doctrine s'est particulièrement interrogée sur la place des méthodes statistiques utilisées dans le cadre de l'opération d'assurance, sur la détermination de la cause dans ce contrat, et plus généralement sur la nécessité de se référer à l'activité générale de l'assureur, de façon à opérer une distinction avec les autres contrats aléatoires. V. sur ces questions J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 13 et s. ; J. KULLMANN, *op. cit.*, n° 2 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2005, n° 35 et s.

³⁷² J. J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 46 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 33 et s. ; M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. I, *le contrat d'assurance*, 5^{ème} éd., LGDJ, 1982, n° 21 ; J. KULLMANN, *op. cit.*, n° 2.

³⁷³ Cass. civ., 31 janvier 1956, *RGAT* 1956, p. 81 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 avril 1979, *RGAT* 1980, p. 50.

³⁷⁴ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 58 ; J. KULLMANN, *op. cit.*, n° 95 ; V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, LGDJ, préf. J. HERON, 1996, n° 46 et s., selon qui le risque est l'élément déterminant du contrat d'assurance. Le sinistre représenterait quant à lui la matérialisation de ce risque, ce qui remettrait en cause son autonomie.

³⁷⁵ V. cependant V. NICOLAS, *op. cit.*, n° 48, pour qui les primes ne présentent que peu d'intérêt, dans la mesure où elles ne font que révéler le caractère onéreux du contrat d'assurance.

³⁷⁶ V. le rapprochement effectué par V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », art. préc., n° 16.

généralement tout évènement mettant en péril les intérêts de l'individu, du moment qu'il est incertain³⁷⁷ et que sa réalisation ne dépend pas de la volonté d'une des parties³⁷⁸. Par ailleurs, la garantie prendrait techniquement la forme d'une obligation de couverture d'un risque, et serait adaptée à ce risque³⁷⁹.

88. Comparaison de l'assurance avec les garanties du droit des contrats. Une comparaison entre les garanties légales dans le droit des contrats et l'assurance³⁸⁰ met en exergue une distinction. En droit des contrats, les garanties présenteraient une nature accessoire, c'est-à-dire qu'une vente, par exemple, pourrait se concevoir en l'absence même d'une garantie. Au contraire, la garantie constituerait une obligation principale du contrat d'assurance³⁸¹. Elle consisterait plus précisément en « l'obligation souscrite par l'assureur de couvrir le risque prévu au contrat »³⁸². Par conséquent, la garantie représenterait l'élément essentiel du contrat d'assurance, celui qui lui imprimerait sa spécificité³⁸³.

Sous réserve de cette distinction, l'analyse vient s'inscrire dans le même courant que la théorie de l'obligation de garantie en droit des contrats. Elle érige la garantie en obligation du droit des assurances, à la différence près que cette obligation revêt ici un caractère principal et non accessoire comme en droit commun des contrats. Le parallèle est d'autant plus évident que la garantie comprend dans chaque hypothèse une double facette. M. GROSS estimait que l'obligation de garantie dans le droit des contrats se divisait en un aspect positif de renforcement de l'obligation principale et un aspect négatif de réparation des intérêts du bénéficiaire par le garant en cas d'inexécution de ses obligations positives. En matière d'assurance, l'assureur est d'abord tenu de couvrir le risque durant un certain laps de temps, selon l'analyse communément admise, avant d'accomplir une prestation en cas de survenance

³⁷⁷ M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 23 ; J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 59 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 311, qui le qualifient d'aléatoire.

³⁷⁸ M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 24 ; J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 59.

³⁷⁹ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 61.

³⁸⁰ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 50 et s.

³⁸¹ B. GROSS, *op. cit.*, n° 46.

³⁸² J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 52.

³⁸³ H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, Dalloz, 1995, p. 1 : « L'assurance a donc pour rôle la garantie des risques » ; V. NICOLAS, *op. cit.*, n° 50 et 52 ; G. BRIERE DE L'ISLE, *Droit des assurances*, 2^{ème} éd., PUF, 1986, p. 89 ; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 22 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 307 ; J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 58. Adde, H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, *op. cit.*, n° 103-8. Selon eux, l'obligation de garantie est à l'état pur dans le contrat d'assurance.

de ce risque³⁸⁴. Il reste alors, comme s'y attachent les auteurs, à expliquer la notion de risque³⁸⁵.

Se dessine donc, malgré certaines divergences assez naturelles eu égard aux spécificités de chaque matière, un début d'unité entre des techniques aussi lointaines que les garanties légales du droit des contrats et l'assurance. Elles semblent toutes, notamment, comporter une dualité de phases d'exécution. C'est dire que la conception finaliste présente, au moins en germe, une vocation générale. Il reste cependant à apprécier son bien-fondé.

B) Appréciation de la définition fonctionnelle de la garantie en droit des assurances.

89. Extension de la conception finaliste de la garantie. Même si la garantie n'est pas directement définie en droit des assurances, l'analyse retenue en la matière est loin d'être anodine. Les quelques critères posés viennent confirmer et compléter ceux adoptés en matière de sûretés.

Tout d'abord, au moins un point commun unit ces deux conceptions de la garantie. Dans les deux cas, elle est envisagée du seul point de vue de son but, de sa fonction. Elle a pour finalité la protection des intérêts de son bénéficiaire. Mais l'étude du contrat d'assurance montre qu'elle doit être appréhendée plus largement que dans une seule perspective de paiement ou d'exécution d'une obligation. Le risque assurable y est beaucoup plus général. La garantie s'entend donc de tout mécanisme destiné à prévoir et réparer les conséquences de la survenance d'un risque sur les intérêts de son bénéficiaire. En cela, l'assurance est une garantie plus étendue que les sûretés, qui tendent plus spécifiquement à protéger un créancier³⁸⁶. Elle peut porter sur une diversité d'objets, comme le montrent les classifications proposées par les auteurs, fondées sur les intérêts protégés et réparés. Tandis que les assurances de dommages ont pour finalité la préservation du patrimoine de l'assuré³⁸⁷, les

³⁸⁴ M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 115 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 481 et s.

³⁸⁵ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 54 ; V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », art. préc. et *op. cit.*, n° 98 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 307 et s. ; M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 22 et s.

³⁸⁶ P. CROCO, *op. cit.*, n° 285.

³⁸⁷ Il est aussi possible de considérer que l'assurance de responsabilité couvre le dommage subi par la victime, en raison de l'action directe accordée à celle-ci : G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 356 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité », *Mélanges dédiés à J. VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 193 ; S. PRIGENT, « Engagement pour autrui et assurance », *RGDA* 2005, p. 597 ; C. RUSSO, *op. cit.*, n° 63 et s. ; M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, préf. M.-L. DEMEESTER, Defrénois, 2006, n° 71 et s.

assurances de personnes couvrent les risques auxquels se trouve exposée sa personne. Cette distinction se trouve à l'origine d'une diversité de régimes juridiques³⁸⁸.

La technique de collectivisation du risque, sur laquelle est fondée l'assurance, en dit aussi long sur la fonction de garantie. L'assurance opère un transfert de risque de l'assuré vers l'assureur, puis indirectement vers la collectivité des assureurs. La garantie de l'assureur n'est donc pas la conséquence de ses actes, mais uniquement la prise en charge, à titre dérogatoire, du risque couru par l'assuré. Le raisonnement, s'il était systématisé, permettrait d'exclure de la catégorie des garanties les actions en paiement, en responsabilité contractuelle ou en résolution, qui ne sont que la conséquence d'un manquement du débiteur. La garantie, davantage que cela, s'attache à la sécurité du bénéficiaire. Elle ne devrait donc pas comprendre l'ensemble des procédés destinés à faciliter l'exécution, sans quoi elle serait trop large³⁸⁹, mais uniquement les mécanismes de transfert de risque, dérogatoires au droit commun. Cette idée, qui transparaissait en matière de garanties légales et conventionnelles dans la vente, à travers la référence à la théorie des risques, figure plus nettement dans le contrat d'assurance. Le mécanisme des sûretés personnelles répond au même schéma. Si le parallèle paraît moins évident concernant les sûretés réelles, l'idée semble à première vue constituer un axe majeur de la définition de la garantie.

90. Prise en compte du temps dans la garantie. Par ailleurs, le droit des assurances jette un éclairage nouveau sur la technique de garantie, la façon dont elle est mise en œuvre, la forme qu'elle revêt. Dans ce domaine comme en droit commun des contrats³⁹⁰ ou en matière de sûretés³⁹¹, la garantie est fréquemment présentée comme une obligation à la charge du garant. Le contenu de cette obligation varie selon les propositions doctrinales, mais certains éléments communs peuvent être dégagés. Elle présenterait une structure particulière, dualiste. Elle comporterait un aspect préventif, matérialisé par divers devoirs présentant le point commun de préserver les intérêts du bénéficiaire en cas de survenance d'un risque, mais également un aspect réparateur, prévoyant le prix à payer par le garant dans l'hypothèse où, malgré tout, ce

³⁸⁸ La distinction majeure repose sur le caractère indemnitaire ou forfaitaire de l'assurance. Les assurances de dommages sont régies par le principe indemnitaire, tandis que les assurances de personnes présentent un caractère forfaitaire : v. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 52; J. KULLMANN, *op. cit.*, n° 6 et n° 16 et s.; H. GROUDEL, *op. cit.*, p. 3.

³⁸⁹ M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 122.

³⁹⁰ B. GROSS, *op. cit.*; B. SOINNE, *op. cit.*

³⁹¹ Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. CABRILLAC, Litec, 1979, n° 255 et s.; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », *Mélanges Ch. MOULY*, t. II, Litec, 1998, p. 375.

risque viendrait à se réaliser. Cette dualité se retrouve, tant dans l'opposition entre obligations positives et négatives du garant³⁹² que dans celle entre obligations de couverture et de règlement³⁹³.

Une telle obligation présente donc une profonde originalité. Son existence suppose une prise en compte particulière de l'écoulement du temps. La préservation par l'assurance d'un droit du créancier nécessite en toute hypothèse le prolongement dans le temps de la garantie, laquelle opère une projection dans l'avenir. Cette idée se situe au centre du concept de couverture du risque : la garantie produit des effets différents avant et après la survenance d'un dommage. Elle suscite néanmoins certaines réserves. Pour conclure à l'existence d'une telle obligation de l'assureur, encore convient-il au préalable de décrire son contenu³⁹⁴. Les auteurs précisent généralement ce qu'il convient d'entendre par un risque assurable. Mais ils insistent beaucoup moins sur la notion d'obligation de couverture du risque et omettent de véritablement la définir. Ainsi, l'objet de l'obligation de garantie manque de clarté.

91. Conclusion de la Section 1. Le droit des sûretés et le droit des assurances apportent une lumière nouvelle sur les éléments constitutifs de la garantie. Ils montrent que, loin de répondre à un contenu défini, elle ne constitue au fond qu'une protection particulière d'un individu, au delà des règles du droit commun, contre un risque menaçant l'un de ses intérêts. Si la définition de la garantie est souvent opposée à celle de la sûreté, elle met surtout en évidence la sécurité apportée au créancier face au non-paiement d'une obligation. Toutefois, il ne s'agit là que d'un aspect parmi d'autres de la garantie. L'étude du contrat d'assurance montre que la protection du bénéficiaire de la garantie peut porter, non seulement sur le paiement d'une créance, mais également sur tout autre intérêt assurable. Dès lors, la garantie devrait, dans une première approche, être envisagée comme un procédé permettant d'octroyer à son bénéficiaire une protection particulière en présence d'un risque menaçant ses intérêts, au delà des règles d'imputation du dommage fixées par le droit commun.

A l'inverse des notions d'erreur, de cause, de responsabilité ou d'obligation, la vision finaliste de la garantie permet aussi bien d'appréhender les garanties du droit des contrats que celles résultant de sûretés ou de l'assurance, car la notion de garantie est alors limitée par

³⁹² B. GROSS, *op. cit.*, n° 101 et s.

³⁹³ Ch. MOULY, *op. cit.* ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc.

³⁹⁴ V. NICOLAS, *op. cit.*, n° 160.

beaucoup moins d'éléments contingents. On pressent également que la garantie renvoie plus à un besoin de sécurité qu'à un mécanisme donné. Toutefois, ce critère demeure insuffisant, car il mène à un certain éclatement de la notion de garantie. Il conviendrait pour le moins de définir un contenu minimal à la garantie, décrire son mécanisme ou s'essayer à certaines classifications. La jurisprudence n'a pas l'occasion de le faire, en raison du faible nombre de textes exigeant une définition directe de la garantie³⁹⁵. Quant à la doctrine, elle ne définit la garantie que par défaut, dans ses rapports avec les concepts de sûreté et d'assurance. L'analyse, quoique correcte, reste donc trop sommaire. Mais avant d'examiner d'éventuels points communs entre les différentes garanties, susceptibles de leur procurer une unité plus affirmée, il importe de décrire plus précisément la mise en œuvre du caractère fonctionnel de la garantie. La couverture d'un risque en constitue le point central.

Section 2 : Application du critère fonctionnel : la garantie, couverture d'un risque.

92. Démarche suivie. Le critère fonctionnel adopté en matière de sûretés et d'assurance doit être explicite et généralisé. Les sûretés et l'assurance couvrent un risque d'impayé ou de dommage quelconque. Elles confèrent un avantage à leur bénéficiaire en lui permettant de transférer au garant la charge du risque qu'il aurait dû supporter en l'absence de garantie. C'est ce critère qui permet de véritablement discerner les institutions susceptibles d'être rangées dans la catégorie des garanties. Toutefois, sa mise en œuvre nécessite une définition préalable du risque (§1). Une fois cette démarche accomplie, il restera à déterminer les différentes familles de risques couverts, ce qui revient au fond à classer les garanties selon leur objet (§2).

§1 : Définition du risque couvert par la garantie.

93. Absence de définition unitaire du risque. Envisagée à travers sa finalité, la garantie laisse songer à un renforcement de la sécurité d'un créancier, ou plus généralement d'un individu. L'obtention de cette sécurité passe par une réduction des incertitudes qui le touchent. La garantie a donc pour but d'apporter une réponse à un risque. Encore convient-il de donner la signification exacte de ce terme susceptible de plusieurs acceptions. Dans le

³⁹⁵ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 10 et 11.

langage courant, il désigne « l'exposition à un péril »³⁹⁶. Juridiquement, il est défini comme un « évènement dommageable dont la survenance est incertaine, quant à sa réalisation ou la date de sa réalisation »³⁹⁷. Mais, plus que d'une définition générale, il fait l'objet d'applications ponctuelles. Des tentatives ont déjà été proposées, mais qui ne présentent guère d'unité et de coordination entre elles. Un exposé des différentes théories en présence est donc nécessaire à l'élaboration d'une définition générale du risque. Deux principales thèses s'affrontent à cet égard. La première, qui encourt la critique, définit le risque comme un évènement dommageable (A), tandis que la seconde, plus satisfaisante, l'envisage comme un évènement incertain (B).

A) Tentatives fondées sur le caractère dommageable de l'évènement.

Ces propositions tendent à montrer que le risque, dont la couverture fait l'objet de la garantie, s'entend d'un évènement contre lequel le bénéficiaire doit être prémuni, de façon à ce qu'un préjudice ne demeure pas à sa charge (1). Il convient toutefois de les rejeter en raison des objections majeures auxquelles elles se heurtent (2).

1) Exposé des tentatives fondées sur le caractère dommageable de l'évènement.

94. Définition du risque comme l'évènement couvert par l'assurance. Plusieurs applications de la notion de risque laissent clairement entrevoir l'importance du traitement du dommage. Ainsi, la théorie des risques a pour but l'imputation à l'un des contractants d'un dommage consécutif à un cas fortuit. Le risque est aussi présenté comme l'un des fondements de la responsabilité délictuelle³⁹⁸, permettant la prise en charge du dommage par la personne qui a contribué à le créer, dans des cas où la responsabilité pour faute se révélait impuissante à assurer une réparation³⁹⁹. Ces illustrations montrent que le risque renvoie, dans une certaine mesure, à la répartition des conséquences du dommage.

³⁹⁶ F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préf. A. BENABENT et A. LYON-CAEN, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand 2001, n° 2 et s. V., concernant l'historique de cette notion, N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2005, p. 12 et s.

³⁹⁷ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, V° *Risque* ; N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 39. On perçoit d'ores et déjà, à la lecture de cette définition, le tiraillement du risque entre incertitude et dommage.

³⁹⁸ V. très nettement en ce sens, G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 50 et s.

³⁹⁹ V. notamment SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.* ; L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, *op. cit.*

Mais c'est logiquement en matière d'assurance que la définition du risque est envisagée de la façon la plus approfondie, puisqu'il est considéré comme l'un des éléments caractéristiques du contrat d'assurance. Le terme, qui n'est pas défini par le Code des assurances, est jugé « ambigu »⁴⁰⁰, « protéiforme »⁴⁰¹, de sorte qu'il serait « à peu près impossible » d'en donner une définition, unitaire ou pas⁴⁰². La doctrine n'a pourtant pas renoncé à le cerner un peu plus précisément. Certains lui accordent une signification spécifique au contrat d'assurance⁴⁰³ et le considèrent comme l'évènement redouté, stipulé au contrat d'assurance⁴⁰⁴. Il revêtirait alors plusieurs caractères intangibles : il devrait exister⁴⁰⁵ et présenter un caractère incertain⁴⁰⁶, dans le sens où sa réalisation ne dépendrait de la volonté de l'une ou l'autre des parties⁴⁰⁷. Cette incertitude peut porter sur différents éléments : soit la réalisation en elle-même de l'évènement, soit la date à laquelle il se produira⁴⁰⁸. Par ailleurs, l'évènement pourrait s'avérer heureux ou malheureux pour la personne qui y est soumise⁴⁰⁹.

95. Définition du risque comme le dommage couvert par l'assurance. Plus radicale, une autre thèse ne voit pas le risque dans l'évènement redouté, mais dans le dommage survenu à l'assuré⁴¹⁰. L'incertitude pesant sur le contrat porte alors sur l'existence d'un préjudice, ainsi

⁴⁰⁰ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 54.

⁴⁰¹ N. VOIDEY, *op. cit.* ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 307.

⁴⁰² H. GROUDEL, *op. cit.*, p. 3.

⁴⁰³ M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 22 ; F. GENTILE, « Risque et assurance », *Esprit* 1965, p. 16 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 309. Cela permet à ces auteurs de s'opposer au courant considérant que le risque réside dans le préjudice de l'assuré et non dans l'évènement qui le provoque.

⁴⁰⁴ Y. MAYAUX, *Rép. civ. Dalloz, V° Assurances terrestres*, 2007, n° 5 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 309 ; J. KULLMANN, *op. cit.*, n° 93.

⁴⁰⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 311. Ces derniers auteurs ajoutent à cela une condition de licéité du risque. Par ailleurs, le risque devrait pouvoir être caractérisé non seulement au stade de la formation du contrat d'assurance, mais également tout au long de la garantie, sans quoi celle-ci perdrait son objet et le contrat encourrait la caducité : v. J. KULLMANN, « Incertitudes sur incertitude dans le contrat d'assurance », *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 171.

⁴⁰⁶ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 311 ; J. KULLMANN, *op. cit.*, n° 100. Ce dernier considère que le risque représente un évènement incertain, et l'aléa ses conséquences préjudiciables pour l'assuré. V. également, dans une optique plus générale, N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 86 et s.

⁴⁰⁷ J. KULLMANN, *op. cit.*, n° 93 : « Le risque peut être défini comme un évènement aléatoire dont la réalisation ne dépend pas exclusivement de la volonté de l'assuré » ; V. également, pour un parallèle avec les conditions potestatives, M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 24.

⁴⁰⁸ M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 23.

⁴⁰⁹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 888 : ainsi, ces derniers sont amenés à considérer la vie comme un risque dans les assurances sur la vie. V. également M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 23.

⁴¹⁰ V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », art. préc., n° 7 et s. Comp., du même auteur, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, *op. cit.*, n° 112 et s. ; v. également J.-L. MOURALIS, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, thèse Grenoble, 1968, n° 66.

que son importance⁴¹¹. L'assuré, quand il conclut le contrat l'unissant à l'assureur, se prémunit contre un certain type de préjudice qu'il est susceptible d'encourir⁴¹².

Cette proposition est prolongée par une étude plus globale, selon laquelle « le risque désigne les conséquences de l'évènement probable, telles qu'elles sont traitées par la règle de droit, par leur attribution éventuelle à un autre que celui qu'elles affectent »⁴¹³. C'est ici aussi le préjudice qui est mis en avant pour caractériser le risque, mais un élément supplémentaire est ajouté : le renversement de la charge du risque, son affectation à une personne. L'idée d'imputation de conséquences dommageables, déjà mise en évidence dans le cadre de la théorie des risques ou de la responsabilité extracontractuelle, refait ici surface.

2) Appréciation des tentatives fondées sur le caractère dommageable de l'évènement.

96. Confusion du risque et du sinistre. L'adoption de ces propositions se heurte à un certain nombre d'obstacles. La première proposition doctrinale, qui envisage le risque couvert comme un évènement incertain et dommageable, doit être écartée d'emblée. La garantie se distingue en effet par sa fonction de protection d'un intérêt du bénéficiaire. Or une atteinte à ces intérêts n'est pas constituée par la seule survenance de l'évènement redouté, mais bel et bien par celle du dommage qui en découle⁴¹⁴. Il est vrai que ces deux éléments coïncident dans un grand nombre d'hypothèses, mais cela n'est pas systématique. Or, un évènement ne mérite assurément pas d'être couvert par une garantie si aucun désagrément n'est susceptible d'en résulter pour le bénéficiaire⁴¹⁵. Il est donc, de prime abord, plus sage de définir le risque comme un dommage et non comme la circonstance qui le provoque. Les tribunaux tranchent d'ailleurs parfois en ce sens⁴¹⁶.

Toutefois, cette seconde proposition fait face à des obstacles dirimants. Elle confond deux éléments distincts du contrat d'assurance. L'évènement incertain n'est pas le risque, mais seulement le sinistre, c'est-à-dire l'évènement redouté⁴¹⁷ ou l'atteinte aux intérêts du

⁴¹¹ V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », art. préc., n° 9.

⁴¹² V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », art. préc., n° 4 et 8. L'auteur affirme à juste titre que les parties se trouvent dans l'impossibilité de se prémunir contre l'évènement en lui-même, qui ne dépend pas de leur volonté.

⁴¹³ F. MILLET, *op. cit.*, n° 5.

⁴¹⁴ V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », art. préc., n° 8.

⁴¹⁵ V., pour des exemples significatifs, V. NICOLAS, *op. cit.*, n° 120 et s.

⁴¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 2 juillet 1991, *RGAT* 1991, p. 903, note J. KULLMANN ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 1994, *RGDA* 1996, p. 339, note J. KULLMANN ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 janvier 1996, *RGDA* 1996, p. 399, note J. KULLMANN, concernant le risque composite.

⁴¹⁷ H. GROUDEL, *op. cit.*, p. 5.

bénéficiaire de la garantie. Le risque, nécessaire à la garantie⁴¹⁸, doit quant à lui exister et être certain⁴¹⁹.

Ces propositions ne peuvent donc être approuvées. Il convient malgré tout d'en retirer l'idée d'une répartition du risque⁴²⁰ : le rôle du garant est bien de prendre en charge le risque couru au départ par le bénéficiaire. C'est précisément ce en quoi la garantie se différencie de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. L'idée de responsabilité contractuelle, fondée sur la réparation du préjudice consécutif à l'inexécution, est étrangère à la garantie, car le responsable ne fait que subir les conséquences de son propre fait⁴²¹, sans procurer de sécurité supplémentaire à la victime. Aucun transfert de risque n'est opéré, tant il va de soi qu'un débiteur doit répondre de son inexécution. De même, l'auteur d'un dommage, qui a commis une faute ou créé un risque, ne garantit pas la victime lorsqu'il l'indemnise, en ce sens qu'il n'étend pas la protection conférée par le droit commun. Il se contente d'assumer les conséquences de ses actes par le mécanisme de la responsabilité délictuelle. L'effet spécifique de la garantie est donc une modification dans l'imputation des conséquences du préjudice.

L'échec des propositions fondées sur le caractère dommageable de l'événement invite à se tourner vers celles qui mettent en avant l'idée d'incertitude.

B) Tentatives fondées sur le caractère incertain de l'évènement.

97. Définition du risque comme l'incertitude couverte par l'assurance. Les propositions tendant à faire du risque un évènement incertain, davantage que dommageable, émanent principalement du droit des assurances (1). Susceptibles de conférer une véritable unité à la notion de garantie, autour de l'idée de couverture du risque, elles doivent donc être retenues (2).

⁴¹⁸ Le fait que la garantie puisse porter sur un risque éventuel, par exemple en matière de cautionnement de dette future, ne modifie en rien le constat. Le risque existe alors, même s'il n'est qu'éventuel, car subordonné à l'apparition de dettes futures à la charge du débiteur.

⁴¹⁹ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 55.

⁴²⁰ F. MILLET, *op. cit.*, n° 68 et s.

⁴²¹ V., pour une définition de la responsabilité, G. VINEY, « La responsabilité », art. préc. C'est bel et bien l'implication du responsable dans le dommage qui justifie son engagement en tant que débiteur d'indemnisation.

1) Exposé des tentatives fondées sur le caractère incertain de l'évènement.

Le risque, dans cette seconde conception, n'est pas l'évènement dommageable, mais l'incertitude qui pèse sur sa survenance⁴²². Il est déterminé dès le début de la garantie, puisque celle-ci a pour objet de le couvrir, par opposition au sinistre qui présente par définition un caractère aléatoire. Alors que l'existence du risque donne lieu à ce que l'on nomme l'obligation de couverture de l'assureur, la survenance du sinistre entraîne la naissance de son obligation de règlement. En conséquence, le risque est défini comme une situation d'incertitude qui pèse sur l'assuré, « un état de fait, généralement durable, voire intermittent »⁴²³, à laquelle il est exposé. Cet état de fait est caractérisé par la possibilité de survenance d'un évènement. L'évènement et le préjudice qui en résulte ne sont en réalité que le sinistre, c'est-à-dire la concrétisation du risque. Eux seuls sont à l'origine de l'obligation de règlement à la charge de l'assureur.

La définition met donc l'accent sur l'aspect préventif de la sécurité octroyée au bénéficiaire de la garantie, puisqu'elle n'exige pas que le risque soit réalisé pour que la protection soit effective. Il s'agit de prémunir le bénéficiaire contre certains dommages qu'il pourrait éprouver à l'avenir. Comme plane sur lui une incertitude, il doit faire l'objet d'une attention particulière et se voir exonérer de l'éventuel préjudice qui pourrait le frapper. Il reste à savoir si cette conception est apte à régir l'ensemble des garanties.

2) Appréciation des tentatives fondées sur le caractère incertain de l'évènement.

98. Incertitude affectant un évènement malheureux. Une première objection doit être immédiatement soulevée. Selon les partisans de cette position en matière d'assurance, le risque pourrait fort bien porter sur un évènement heureux⁴²⁴. Cela leur permet d'introduire dans la catégorie des assurances, donc des garanties, les contrats d'assurance placement. L'analyse est visiblement consacrée par la jurisprudence⁴²⁵. Pourtant, le critère finaliste de

⁴²² J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 55.

⁴²³ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, *eod. loc.*

⁴²⁴ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 57. Egalement en ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 888 ; N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 44 et s.

⁴²⁵ Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, 4 arrêts, *RGDA* 2005, p. 110, note L. MAYAUX ; *RDC* 2005, p. 297, obs. A. BENABENT ; *Defrénois* 2005, p. 607, obs. J.-L. AUBERT ; *Resp. civ. assur.* 2005, chron. n° 3, par F. LEDUC et P. PIERRE. Statuant sur des contrats qui capitalisaient des versements du souscripteur pour les reverser à lui-même ou à un bénéficiaire désigné selon qu'il était entre temps décédé, la Cour de cassation a admis qu'ils comportaient un aléa dans la mesure où leurs effets dépendaient de la durée de vie humaine. V. antérieurement :

définition de la garantie semble bien faire obstacle à la qualification de risque pour un tel évènement. A partir du moment où l'on considère que les garanties couvrent un risque susceptible de remettre en cause un droit de leur bénéficiaire, il n'est guère cohérent de placer dans cette catégorie la prise en charge d'évènements heureux⁴²⁶. Si le préjudice ne doit pas nécessairement constituer la pierre angulaire de la notion de risque, il est cependant difficile de l'écarter sans réserves⁴²⁷.

99. Existence d'une incertitude en matière d'assurance. Pour le reste, la théorie définissant le risque assuré comme une incertitude repose sur des arguments assez forts : à l'inverse du sinistre, le risque s'entend d'une incertitude. Lorsque l'évènement envisagé par la garantie s'est déjà définitivement produit au moment de la conclusion du contrat, ou au contraire lorsque sa réalisation est irrémédiablement compromise, cette incertitude n'existe plus, la situation étant définitivement établie. La garantie perd son support, en l'absence de risque à couvrir. L'assureur ne saurait prendre à sa charge un risque inexistant, faute de quoi la couverture serait tout simplement privée d'objet. Il est, à cet égard, tout à fait commun d'observer que le risque est une condition de validité de l'assurance⁴²⁸. Les droits du bénéficiaire de la garantie contre le garant doivent impérativement trouver leur source antérieurement à la survenance de l'évènement incertain. On peut le constater à travers l'hypothèse du sinistre antérieur à la conclusion du contrat d'assurance. Aucune incertitude n'affecte les prestations respectives des parties car l'évènement s'est déjà produit⁴²⁹. L'article

Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *Leroux*, *Bull. civ.*, I, n° 213 ; *D.* 2001, somm. p. 1607, obs. J. REVEL ; *JCP* 2000, II, 10434 ; *ibid.*, act. n° 49, aperçu rapide par J. BIGOT ; *adde*, M. GRIMALDI, « L'assurance-vie et le droit des successions », *Defrénois* 2001, p. 3 ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, *Bull. civ.*, I, n° 29 ; *JCP* 2002, I, 178, n° 11, obs. R. LE GUIDEDEC ; *Dr. fam.* 2002, chron. n° 18, par D. VIGNEAU.

⁴²⁶ V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », art. préc., n° 24 et s. ; *op. cit.*, n° 120 et s. ; J.-L. MOURALIS, *op. cit.*, n° 66.

⁴²⁷ V. N. VOIDEY, *op. cit.* : l'auteur qualifie le risque d'évènement incertain et dommageable, conciliant ainsi les deux conceptions précédemment évoquées. Il nous semble que le risque ne doit pas s'entendre d'un évènement, mais de l'incertitude qui l'affecte. Cependant, la réunion de l'incertitude et du caractère dommageable est nécessaire.

⁴²⁸ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 211 ; J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 108 ; J. KULLMANN, « Incertitudes sur incertitude dans le contrat d'assurance », art. préc. La Cour de cassation considère du reste que le contrat d'assurance dépourvu d'aléa encourt la nullité : Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2003, *Bull. civ.*, I, n° 220 ; *RGDA* 2004, p. 338, note J. KULLMANN ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 janvier 1985, *JCP* 1985, IV, p. 118 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 octobre 1994, *Bull. I*, n° 277.

⁴²⁹ En présence d'un risque composite, toutefois, il suffit que l'un des évènements redoutés demeure incertain pour que le contrat d'assurance soit valable : J. KULLMANN, *op. cit.*, n° 112 ; N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 74. La jurisprudence est en ce sens : Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 1994, *RGAT* 1994, p. 1089, obs. J. KULLMANN. Ainsi, la présence d'une incertitude, aussi ténue soit elle, est nécessaire et suffisante.

L. 121-15 du Code des assurances prévoit alors la nullité du contrat d'assurance, sanction appliquée en de nombreuses circonstances par la Cour de cassation⁴³⁰.

Le raisonnement peut-il être transposé aux autres garanties ? Un certain nombre de mécanismes généralement classés parmi les garanties pourraient, au premier abord, ne pas suivre ce schéma. Il convient alors de les examiner tour à tour, pour savoir s'ils sont susceptibles d'invalider la conception du risque retenue en matière d'assurance. Pour cela, il faudrait que l'on puisse y recourir, en l'absence même d'incertitude planant sur l'intérêt protégé.

100. Existence d'une incertitude dans les garanties du droit des contrats. La question la plus aisée à régler concerne les garanties légales et conventionnelles du droit des contrats, qui sont étroitement liées au risque⁴³¹. Ces garanties résultent directement du contrat qu'elles assortissent. Elles apparaissent dès sa conclusion, à un moment donc où la chose n'a pas encore été livrée et où, *a fortiori*, le vice caché, l'éviction ou le désordre de construction n'a pu être décelé par la victime. C'est après la réception de la chose que doit apparaître le dommage. L'incertitude sur son existence plane encore sur le contrat de vente⁴³², de bail⁴³³ ou de louage d'ouvrage⁴³⁴ à l'époque où est contractée la garantie. Du reste, la garantie des vices cachés dans la vente est parfois envisagée comme une application de la théorie des risques⁴³⁵, laquelle réserve une place centrale à l'incertitude⁴³⁶.

⁴³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 27 février 1990, *RGAT* 1990, p. 523, note J. BIGOT ; *Resp. civ. assur.* 1990, comm. n° 165 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 1989, *RGAT* 1989, p. 30, note J. BIGOT ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 1993, *RGAT* 1993, p. 859, note A. FAVRE-ROCHEX ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 1992, *Resp. civ. assur.* 1993, comm. n° 53 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 1994, *Gaz. Pal.* 1995, somm., p. 142.

⁴³¹ V., sur les relations entre les garanties contractuelles et le risque en matière de produit de consommation, F. KESSLER, « Contracts of Adhesion, Some Thoughts about Freedom of Contracts », *Columbia Law Review* 1943, p. 629 et s.

⁴³² L'article 1642 du Code civil exclut la garantie en présence d'un vice apparent de la chose et les articles 1599 et 1638, relatifs respectivement à la vente de la chose d'autrui et aux charges et servitudes à déclarer par le vendeur posent des solutions comparables concernant l'éviction, même si la cause de celle-ci doit impérativement être antérieure à la vente.

⁴³³ Le vice ne doit pas être apparent ou connu du preneur à la formation du contrat : Cass. civ. 10 juin 1949, *D.* 1949, p. 496 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 février 1971, *Bull. civ.* III, n° 146 ; Cass. civ. 3^{ème}, 13 octobre 1981, *Bull. civ.* III, n° 150.

⁴³⁴ Le vice de construction doit, là encore, être caché : Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1958, *D.* 1958, p. 457, note R. RODIERE, *JCP* 1958, II, 10808, note B. STARCK. Dans le domaine plus particulier des garanties biennale et décennale du constructeur, la solution est similaire : Cass. civ. 3^{ème}, 29 avril 1987, *Bull. civ.* III, n° 89 ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 janvier 1990, *Bull. civ.* III, n° 6.

⁴³⁵ P. COËFFARD, *op. cit.*, n° 34 et s.

⁴³⁶ La théorie des risques a pour but l'imputation du dommage issu d'un événement présentant les caractères de la force majeure. Or celle-ci comporte, du seul fait de sa définition, un élément d'incertitude : parmi ses conditions figure l'imprévisibilité de l'événement. Les juges l'affirment, tant en matière contractuelle que délictuelle : Cass. AP, 14 avril 2006, 4 arrêts, *D.* 2006, p. 1577, note P. JOURDAIN ; *ibid.*, p. 2638, obs.

101. Existence d'une incertitude dans les suretés personnelles. Est-il, ensuite, possible de consentir une sûreté personnelle, une fois le débiteur principal défaillant ? Une réponse affirmative est parfois apportée en matière de cautionnement⁴³⁷, ce qui implique l'absence de couverture d'un risque. Une telle solution peine pourtant à convaincre. On partage tout d'abord, à cet égard, le sentiment exprimé par certains auteurs pour qui la caution ne s'engage normalement pas en faveur d'un débiteur principal dont la situation est définitivement compromise⁴³⁸. Ensuite, l'incertitude affectant le paiement existe nécessairement dans le cadre du cautionnement simple, puisque la caution dispose du bénéfice de discussion. La caution solidaire, quant à elle, en est privée, mais il est de toute façon permis de douter de la validité d'un cautionnement solidaire conclu après la défaillance du débiteur. Il est admis par la jurisprudence⁴³⁹ que la cause du cautionnement réside dans le crédit accordé au débiteur principal par le créancier. Une telle cause ne peut être décelée dans le cautionnement conclu après la défaillance du débiteur, si bien que la nullité est encourue. Le cautionnement doit nécessairement comporter un élément de risque ou d'aléa, tout comme l'assurance⁴⁴⁰. La même remarque doit d'ailleurs être formulée concernant les garanties autonomes. La jurisprudence considère que leur cause réside dans l'intérêt économique du donneur d'ordre dans le rapport fondamental⁴⁴¹. De même que le cautionnement, la garantie autonome conclue

S. AMRANI-MEKKI et B. FAUVARQUE-COSSON ; *RDC* 2006, p. 1207, obs. G. VINEY ; *Dr. et patr.* octobre 2006, p. 99, obs. L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK ; *RTD com.* 2006, p. 904, obs. B. BOULOC ; *Contrats conc. conso.* septembre 2006, p. 20, obs. L. LEVENEUR ; *Deffrénois* 2006, p. 1212, obs. E. SAVAUX ; *JCP* 2006, II, 10087, note P. GROSSER.

⁴³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 16 décembre 1964, *Bull. civ.* I, n° 573 ; Cass. com., 10 octobre 1995, *Bull. civ.*, n° 223 ; *D.* 1996, somm. p. 265, obs. L. AYNES. Dans cette dernière espèce, le débiteur se trouvait déjà en liquidation de biens au moment où le dernier engagement fut conclu. La Cour de cassation écarte l'argument du pourvoi tiré de l'aléa inhérent au contrat de cautionnement.

⁴³⁸ Ph. THERY, obs. sous Cass. com., 1^{er} octobre 2002, *Deffrénois* 2003, p. 410 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 86 ; plus nuancé, J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006, n° 681 ; *contra* Ph. MALAURIE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1972 et Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1973, *D.* 1973, p. 733 : « Je ne suis pas sûr que la situation habituelle soit que l'on cautionne un débiteur solvable ». La jurisprudence se démarque pourtant de cette dernière opinion : elle admet que la solvabilité du débiteur principal constitue une condition tacite de l'engagement de la caution, dans un cas où sa situation était irrémédiablement compromise : Cass. com., 1^{er} octobre 2002, *Bull. civ.* IV, n° 131 ; *D.* 2003, p. 1617, note Y. PICOD ; *JCP* 2003, I, 124, n° 3, obs. Ph. SIMLER ; *Banque et dr.* février 2003, p. 49, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Rev. dr. banc. fin.* 2003, comm. n° 13, obs. D. LEGEAIS ; *Deffrénois* 2003, p. 410, obs. Ph. THERY ; *RTD civ.* 2003, p. 322, obs. P. CROCQ.

⁴³⁹ Cass. com., 8 novembre 1972, *Lempereur*, *Bull. civ.* IV, n° 278 ; *D.* 1973, p. 753, note Ph. MALAURIE ; Cass. com., 17 juillet 1978, *Bull. civ.* IV, n° 200 ; Cass. com., 5 avril 1994, *RJDA* 1994, p. 859.

⁴⁴⁰ Comp. M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 84 : les auteurs admettent que le cautionnement ne pourrait être annulé en raison de l'absence de risque, même si le débiteur était déjà insolvable. On peut penser qu'il en serait autrement si le débiteur était non seulement insolvable, mais défaillant.

⁴⁴¹ Cass. com., 19 avril 2005, *Bull. civ.* IV, n° 91 ; *D.* 2005, p. 2086, obs. P. CROCQ ; *JCP* 2005, II, 10075, obs. S. PIEDELIEVRE ; *ibid.*, I, 185, n° 9, obs. Ph. SIMLER ; *JCP E* 2005, p. 916, note J. STOUFFLET ; *Dr et patr.* février 2006, p. 131, obs. Ph. DUPICHOT ; *LPA*, 21 mars 2006, obs. S. PIMONT ; *RTD com.* 2005, p. 582, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et dr.* mai-juin 2005, p. 63, obs. F. JACOB. La cause de la garantie résidait dans la facilité

après l'échéance de la dette principale ne satisfait pas à l'exigence d'une cause de l'engagement du garant. Il ne semble pas que ces solutions puissent être remises en cause par la suppression de la notion de cause en tant que condition de validité des contrats, préconisée par le projet de réforme du droit des contrats élaboré par la chancellerie⁴⁴².

Par un même raisonnement, on peut penser qu'il en est de même dans la délégation imparfaite et le constitut, mécanismes assimilables à l'une ou l'autre de ces sûretés personnelles⁴⁴³. Enfin, il est très douteux qu'un engagement de codébiteur solidaire puisse être souscrit une fois la défaillance consommée. La solidarité est en effet synonyme d'unité de dette. Une telle unité n'est nullement caractérisée dans le cas où les codébiteurs s'engagent successivement. Il s'agit alors de deux obligations distinctes, qui la seconde étant simplement calquée sur la première⁴⁴⁴. La solidarité doit alors être requalifiée en cautionnement, mécanisme qui transparaît nettement des stipulations contractuelles malgré la qualification erronée de l'acte.

102. Existence d'une incertitude dans les sûretés réelles. La question est plus délicate s'agissant des sûretés réelles. A première vue, rien, dans les textes ne s'oppose à leur constitution, une fois même la dette principale parvenue à échéance. L'exigence de cause de l'engagement du garant les touche moins, car les sûretés réelles ne sont pas assorties d'un engagement personnel du constituant⁴⁴⁵. Pour autant, on ne saurait considérer sans réserve qu'elles puissent prendre naissance alors que l'inexécution du débiteur est déjà avérée et que, en conséquence, aucun risque n'existe plus. Si le constituant de la sûreté est le débiteur lui-même, il n'est guère cohérent pour le créancier de constituer une sûreté sur l'un de ses biens,

de caisse octroyée au débiteur principal. V., sur cette question, P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, thèse Dijon, 1981, n° 181.

⁴⁴² Ce projet envisage la substitution à la notion de cause de celle d'intérêt au contrat qui n'est autre, selon un auteur, que « la cause sous une autre dénomination ». V. Ch. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », art. préc., p. 2442.

⁴⁴³ Ainsi, la délégation, assimilable alternativement à la garantie autonome et au cautionnement selon son caractère certain ou incertain. Concernant le constitut, l'octroi d'un délai de paiement au débiteur serait même insuffisant à fournir une cause à la garantie : v. F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. SIMLER, LGDJ, 1998, n° 307 et s. V., plus généralement, sur l'absence d'originalité des garanties personnelles autres que le cautionnement et la garantie autonome, Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, 2005.

⁴⁴⁴ P. ANCEL, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, *D.* 2000, p. 407 et s., spéc. p. 409. Selon l'auteur, la garantie procurée par l'engagement en tant que codébiteur solidaire non intéressé à la dette doit apparaître dès la naissance de l'obligation garantie.

⁴⁴⁵ V., toutefois, P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, op. cit., n° 172 : « Le gage, l'hypothèque... peuvent matériellement, être constitués dès lors que la chose affectée à la garantie existe ; cette chose constitue l'objet de l'obligation de restituer qui pèse sur le gagiste. Mais l'opération n'a de sens, de cause que s'il existe une obligation principale à garantir ».

alors qu'il dispose déjà de la possibilité de se faire payer directement sur ce bien. Si le constituant est un tiers à la relation principale, en revanche, le créancier ne peut certes se heurter à un quelconque bénéfice de discussion⁴⁴⁶. Mais il demeure difficile d'imaginer la constitution d'une telle sûreté à ce moment, tant la notion de sûreté réelle est associée au crédit accordé au débiteur. La constitution d'une sûreté réelle, une fois l'obligation exigible, apparaît étrangère à sa fonction, car il ne s'agit plus, à ce stade de la relation contractuelle, de procurer une sécurité au créancier, mais bel et bien de procéder à l'exécution même de l'obligation. Emprunter le détour d'une sûreté personnelle ou réelle ne revêt guère de sens⁴⁴⁷.

103. Existence d'une incertitude dans les responsabilités du fait d'autrui. Les responsabilités du fait d'autrui sont les autres mécanismes parfois qualifiés de garantie⁴⁴⁸, qui ne semblent pas de prime abord couvrir un évènement incertain. On pourrait supposer qu'elles prennent uniquement naissance à la date du dommage subi, de sorte qu'aucune incertitude n'est perceptible lors de leur mise en jeu. Après tout, aucun lien n'unit le responsable à la victime avant que celle-ci ne subisse le préjudice. La même constatation peut d'ailleurs être établie s'agissant des fonds de garantie et d'indemnisation destinés à indemniser certaines catégories de victimes. Ni la victime du dommage, ni son auteur ne sont même identifiables avant que ne se produise le dommage⁴⁴⁹.

Mais à l'encontre de ce raisonnement, il est possible de considérer que le responsable du fait d'autrui comme le fonds de garantie couvre en réalité tout risque de dommage causé par le primo responsable. La seule différence avec les cas précédents provient de ce que la victime, au lieu d'être nécessairement désignée par un contrat principal, n'est alors déterminée qu'au moment du dommage. C'est donc une garantie générale qui est fournie par le débiteur d'indemnisation. Ainsi, l'incertitude existe dans sa situation⁴⁵⁰. Il est certes

⁴⁴⁶ L'article 2466 du Code civil refuse cette faculté au constituant d'une hypothèque spéciale.

⁴⁴⁷ V., cependant, A. FOURNIER, *Rép. civ. Dalloz, V^o Hypothèque*, 2007, n° 28 : l'auteur, sans nier que l'hypothèque garantit un aléa, estime que l'incertitude existe toujours en raison de la possibilité d'un retour à meilleure fortune du débiteur. Il est pourtant permis de juger ce raisonnement assez artificiel. C'est à la date de l'échéance qu'il convient d'apprécier le risque d'impayé. Ce risque se concrétise instantanément à cette date, en l'absence d'exécution.

⁴⁴⁸ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Etudes offertes au Professeur Ph. MALINVAUD*, Litec, 2007, p. 303 et s., spéc. p. 308 ; M. POUMAREDE, « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », *Mélanges en l'honneur de Ph. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 839 et s., spéc. p. 852 et s.

⁴⁴⁹ Certains fonds de garantie sont d'ailleurs destinés à pallier l'absence d'identification de l'auteur du dommage : il en est notamment ainsi du Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions.

⁴⁵⁰ Le terme d'« aléa thérapeutique » est révélateur de l'incertitude inhérente au domaine médical, prise en charge par l'ONIAM.

concevable qu'aucun dommage ne survienne jamais du fait d'autrui⁴⁵¹. Mais dans le cas inverse, le risque se réalise, si bien que la garantie peut être appelée par toute victime.

On constate que les mécanismes unanimement qualifiés de garanties répondent à un schéma dans lequel l'incertitude joue un rôle majeur. Ils semblent couvrir un risque, c'est-à-dire l'incertitude planant sur un événement dommageable. Un doute plane, au moment de la conclusion de la garantie, sur la réalisation de ce dommage. La garantie permet de le réduire, au delà des règles de droit commun. La garantie peut donc généralement être définie comme tout mécanisme destiné à couvrir, à titre dérogatoire, un risque affectant son bénéficiaire, c'est-à-dire assurer à ce dernier une protection face à un événement futur et incertain. Le risque est transféré au garant, qui prend ensuite à sa charge les conséquences dommageables de sa réalisation.

Une fois tracé ce cadre général de la garantie, il est plus aisé d'énumérer précisément les mécanismes répondant à sa définition.

§2 : Classification des risques couverts par la garantie.

104. Diversité de risques pris en charge par le garant. La garantie étant déterminée de manière fonctionnelle, on peut songer, afin de dégager une classification au sein des différentes garanties, à se fonder sur le but recherché par chacune d'entre elles. Le risque, dont la charge est transférée par la garantie, recouvre plusieurs réalités différentes, puisqu'il peut mettre en péril différents intérêts du bénéficiaire. Ainsi, trois principaux types de risques peuvent être pris en charge par le garant⁴⁵² : celui d'impayé (A), celui qui porte sur l'indemnisation de certains dommages particuliers (B) et celui, enfin, qui ne dépend d'aucune obligation préalable (C).

A) La couverture du risque d'impayé.

La couverture du risque d'impayé est réalisée par les garanties de paiement, dont l'objectif principal est donc le recouvrement d'une créance. De nombreuses garanties relèvent

⁴⁵¹ Comp. Ch. TUAILLON, « La responsabilité civile face à l'aléa ou les méfaits de l'éventualité », *LPA* 7 janvier 2005, p. 3 et s., spéc. p. 5 : selon l'auteur, la responsabilité délictuelle repose sur l'imprévisible.

⁴⁵² P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », préc. V., toutefois, une autre classification comprenant quatre types de garanties : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 16 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 248 et s.

de cette catégorie. Au-delà de ce dénominateur commun, elles présentent une diversité remarquable. La couverture du risque d'impayé ou d'inexécution peut s'opérer par l'intermédiaire de mécanismes nombreux et variés selon le domaine considéré. Tout d'abord, le risque peut être transféré par l'octroi au bénéficiaire d'un droit personnel contre un tiers (1). Il peut ensuite être traité par la constitution au profit du créancier d'un droit réel ou d'une situation d'exclusivité de nature à le soustraire au concours d'autres créanciers (2). Enfin, la dernière sous-catégorie, dont l'autonomie fait débat, rassemble les procédés qui visent indirectement à la satisfaction du bénéficiaire, par la sauvegarde du patrimoine du débiteur. C'est donc plus spécifiquement le risque d'insolvabilité qui est combattu, et en conséquence la possibilité d'un non-paiement (3). Mais par delà ce classement, le point commun entre ces garanties est de venir s'ajouter à un rapport d'obligation, dont elles tirent leur existence.

1) Garanties personnelles de paiement.

Cette catégorie de garanties, dont le trait distinctif est l'ajout au profit du créancier d'un droit personnel contre une personne qui prend en charge son risque d'insatisfaction, comprend d'abord les sûretés personnelles, qui constituent un sous-ensemble de garanties⁴⁵³. Elles pallient l'inexécution de l'obligation par la constitution d'un droit personnel contre un tiers au-delà du simple droit de gage général dont il dispose en application du droit commun (a). Y sont assimilables un certain nombre de mécanismes du régime général de l'obligation qui, sans être habituellement qualifiés de sûretés, tendent à la protection du créancier par des moyens comparables (b).

a) Sûretés personnelles.

105. Garantie offerte par la caution. Le mécanisme des sûretés personnelles permet à la fois de passer outre un risque d'insolvabilité ou de concours d'autres créanciers, et plus généralement de protéger le créancier contre l'impayé ou l'inexécution d'un engagement. Le créancier bénéficiaire d'une sûreté personnelle dispose d'un patrimoine supplémentaire afin de poursuivre le paiement, au lieu de se contenter de faire valoir ses droits sur celui du débiteur. Cela lui permet d'échapper à tout obstacle au paiement de la créance.

⁴⁵³ L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 2. V. toutefois, en droit anglais, la distinction entre *suretyship* et *guarantee* : la première notion, qui comprend aussi les *indemnities*, apparaît plus large que la seconde : M. BRADGATE, *op. cit.*, n° 23.0.2.

Le cautionnement appartient naturellement à cette catégorie puisque le créancier dispose de la possibilité de se tourner vers la caution dès lors que la dette principale est exigible⁴⁵⁴. Une fois le créancier désintéressé, il revient à la caution de supporter le risque de non-paiement. Le cautionnement présente donc toutes les caractéristiques de la garantie d'exécution d'une obligation : il libère le créancier du risque de non-paiement tout en transférant la charge sur le garant. Le créancier obtient un deuxième lien obligatoire qui vient s'ajouter au premier et lui procure une sécurité supplémentaire⁴⁵⁵. Il en est ainsi de toutes variétés de cautionnement et des mécanismes assimilables à celui-ci, sous réserve de certaines différences de régime, notamment l'aval, les garanties de bonne fin des opérations immobilières et l'assurance-cautionnement.

106. Garanties autonomes. D'autres techniques contractuelles s'écartent davantage du modèle du cautionnement dans la mesure où elles ne reposent pas sur le principe directeur de l'accessoire. Elles aussi appartiennent pourtant à la catégorie des garanties de paiement. La solution ne fait aucun doute dès lors qu'un tiers garant s'engage en contemplation de la dette principale et prend en charge le risque d'inexécution d'une obligation de la part d'un débiteur. Le degré d'autonomie des obligations ne joue aucun rôle à ce stade du raisonnement, car la garantie présente un lien, même ténu, avec l'obligation principale, et vise de toute évidence au paiement de celle-ci.

Les garanties autonomes, issues de la pratique du commerce international avant d'être reconnues par la jurisprudence interne⁴⁵⁶ et finalement introduites à l'article 2321 du Code civil par l'ordonnance du 23 mars 2006, doivent donc être rangées parmi les garanties d'exécution. On sait pourtant que l'autonomie de ce type de garanties s'oppose au caractère accessoire du cautionnement, comme le reconnaît la Cour de cassation⁴⁵⁷. Mais au regard de

⁴⁵⁴ Sous la réserve du bénéfice de discussion prévu par l'article 2298 du Code civil à défaut de manifestation de volonté contraire des parties.

⁴⁵⁵ Et ce, indépendamment du point de savoir si l'obligation de la caution est celle du débiteur principal ou si elle lui est propre. V. sur ces questions, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 225 et s. En toute hypothèse, le créancier peut obtenir le paiement de l'un ou l'autre de ses cocontractants.

⁴⁵⁶ Cass. com., 20 décembre 1982, *Bull. civ. I*, n° 417 ; *D.* 1983, p. 365, note M. VASSEUR ; *RTD com.* 1983, p. 446, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE.

⁴⁵⁷ Parmi de nombreux arrêts, v. Cass. com., 13 décembre 1994, *Bull. civ. IV*, n° 375 ; *D.* 1995, rapp. H. LE DAUPHIN, note L. AYNES ; *Deffrénois* 1995, p. 421, note L. AYNES ; *JCP* 1995, I, 3851, obs. Ph. SIMLER ; *RTD com.* 1995, p. 458, obs. M. CABRILLAC ; *Contrats conc. conso.* 1995, n° 51, obs. L. LEVENEUR ; Cass. com., 11 mars 1997, *Bull. civ. IV*, n° 67 ; *Gaz. Pal.* 1998, I, somm. p. 282, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *Rev. dr. banc. bourse* 1997 p. 123, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *RTD com.* 1997, p. 302, obs. M. CABRILLAC ; Cass. civ. 1^{ère}, 23

la notion de garantie, cautionnement et garantie indépendante présentent des caractéristiques similaires. En dépit de son autonomie, la garantie à première demande procure une sécurité supplémentaire au créancier, par la création à son profit d'une nouvelle obligation. En témoignent le texte de l'article 2321 du Code civil⁴⁵⁸, ainsi que la récente prise de position de la Cour de cassation sur la question de la cause de la garantie autonome, qui selon les juges réside dans le rapport entre le bénéficiaire et le donneur d'ordre⁴⁵⁹. Est ainsi mis en évidence le lien entre la garantie et la créance principale⁴⁶⁰ et, partant, l'objectif de préservation des droits du bénéficiaire face au risque de non-paiement. La garantie renforce ses chances d'obtenir satisfaction⁴⁶¹. Les caractéristiques de la garantie sont donc bien réunies, malgré l'effacement notable du rapport fondamental.

107. Autres sûretés personnelles. Le même constat doit être établi concernant la garantie financière de remboursement de fonds, déclarée autonome par la Cour de cassation⁴⁶² et réductible, dès lors, à une garantie indépendante, mais aussi le constitué⁴⁶³, à supposer que cette sûreté parvienne à se démarquer de l'attraction exercée par le cautionnement⁴⁶⁴. Le créancier obtient la possibilité de se payer sur le patrimoine du constituant, ce qui l'aide à remédier à une éventuelle défaillance de son débiteur. Les divergences dans les modalités d'exécution de ces différents mécanismes ne touchent pas à la structure générale de l'opération. Alors que la caution prend uniquement en charge le risque d'inexécution de la créance principale, le constituant accepte en outre, dans une certaine mesure, le risque d'imperfection de l'obligation principale, ce qui lui interdit d'opposer au créancier certaines

février 1999, *Bull. civ.* I, n° 64 ; *JCP E* 1999, p. 1831, note C. GINESTET ; *JCP* 1999, I, 156, n° 6, obs. Ph. SIMLER ; *Contrats conc. conso.* 1999, n° 69, obs. L. LEVENEUR ; *Banque et dr.* mai-juin 1999, p. 40, obs. F. JACOB ; Cass. com., 18 mai 1999, *Bull. civ.* IV, n° 102 ; *D.* 2000, p. 112, note Y. PICOD ; *JCP* 1999, II, 10199, note J. STOUFFLET ; *Contrats conc. conso.* 1999, n° 155, obs. L. LEVENEUR.

⁴⁵⁸ « (...) Le garant s'oblige, en considération d'une obligation souscrite par un tiers, à verser une somme (...) ».

⁴⁵⁹ Cass. com., 19 avril 2005, préc.

⁴⁶⁰ Même si la doctrine estime cette conception de la cause très compréhensive, un lien avec le rapport fondamental n'en demeure pas moins nécessaire. V. en ce sens, F. JACOB., obs. préc. sous Cass. com., 19 avril 2005.

⁴⁶¹ V. G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 2^{ème} éd. par Ph. JESTAZ, Sirey, 1987, n° 633 : les auteurs évoquent un « dédommagement immédiat » du bénéficiaire par le garant. V. également en ce sens : J. DEVEZE, « Aux frontières du cautionnement : lettres d'intention et garanties indépendantes », *LPA* 3 juillet 1991, p. 26 ; M. VASSEUR, obs. sous Cass. com., 20 décembre 1982, *D.* 1983, spéc. p. 367.

⁴⁶² Cass. AP, 4 juin 1999, *JCP E* 1999, p. 1294, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; *RTD civ.* 1999, p. 665, obs. P. CROCQ ; *Contrats conc. conso.* décembre 1999, n° 171, note L. LEVENEUR ; *Dr. et patr.* novembre 1999, p. 118, note M.-H. MONSERIE-BON ; *D.* 2000, somm. p. 140, obs. P. CAPOULADE.

⁴⁶³ A supposer que celui-ci possède une existence propre, ce dont doutent plusieurs auteurs : v. Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 353 et s. ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004, n° 451 ; L. AYNES, « Problèmes actuels des sûretés personnelles, Rapport français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1996, p. 375 et s., spéc. p. 377. V., pour un plaidoyer en faveur de cette sûreté innommée : F. JACOB, *op. cit.*

⁴⁶⁴ Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 353 et s.

exceptions dont bénéficie la caution⁴⁶⁵. Mais ces circonstances n'influent aucunement sur la qualification de garantie.

En dehors de ces sûretés personnelles traditionnelles, d'autres techniques méritent également la qualification de garantie personnelle de paiement, en dépit des hésitations exprimées par la doctrine sur leur classement au sein des sûretés.

b) Garanties assimilables aux sûretés personnelles.

108. Délégation imparfaite. La qualification de sûreté est généralement rejetée par la doctrine lorsqu'un mécanisme, même investi d'une fonction de garantie, n'est pas exclusivement affecté au paiement de la créance. Il s'agit de techniques empruntées au droit des obligations et mobilisées afin de procurer au créancier une sécurité supplémentaire.

Il en est d'abord ainsi de la délégation imparfaite, qui permet au délégataire de bénéficier d'une action contre le délégué en plus de celle dont il dispose contre le délégant au titre de sa créance préexistante. La doctrine refuse de la ranger parmi les sûretés lorsqu'un rapport préalable unit le délégant et le délégué⁴⁶⁶, mais elle constitue à n'en point douter une garantie, même dans ce cas⁴⁶⁷. Si, d'abord, le délégué s'engage à payer ce que doit le délégant au délégataire, on ne distingue pas véritablement l'originalité du mécanisme au regard du cautionnement⁴⁶⁸. Le régime des exceptions opposables diffère certes⁴⁶⁹, sans que la règle jurisprudentielle d'inopposabilité des exceptions dans la délégation incertaine ne trouve

⁴⁶⁵ Du reste, toutes exceptions ne sont pas opposables par la caution au créancier, ce qui tend à montrer que la différence entre le cautionnement et les garanties autonomes, malgré la frontière étanche établie par la jurisprudence, n'est que de degré et non de nature. V. D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. LEGAIS, PUAM, 2001, et plusieurs arrêts récents : Cass. com., 22 mai 2007, *D.* 2007, p. 1999, note O. DESHAYES ; *Rev. dr. banc. fin.* 2007, comm. n° 147, obs. A. CERLES ; *JCP* 2007, I, 212, n° 8, obs. Ph. SIMLER ; Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP* 2007, II, 10138, note Ph. SIMLER ; *D.* 2007, p. 2201, note D. HOUTCIEFF ; *Rev. dr. banc. fin.* 2007, comm. n° 145, obs. A. CERLES ; *Banque et dr.* juillet-août 2007, p. 48, obs. F. JACOB ; *Dr. et patr.* septembre 2007, p. 85, obs. L. AYNES.

⁴⁶⁶ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 531 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 487 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 338 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 323. Le refus de la qualité de sûreté repose selon eux sur le fait que le délégué, débiteur du délégant, ne fait que payer sa propre dette.

⁴⁶⁷ Ch. LACHIEZE, « La délégation-sûreté », *D.* 2006, p. 234 et s., spéc. n° 6, note 10 : l'auteur reconnaît que la délégation a alors pour principale fonction le paiement simplifié, mais que le procédé comporte aussi une fonction de garantie.

⁴⁶⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1449 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 368 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et P. PETEL, *op. cit.*, n° 534.

⁴⁶⁹ La jurisprudence reconnaît dans une large mesure le principe d'inopposabilité des exceptions par le délégué : v. notamment Cass. com., 25 février 1992, *JCP* 1992, II, 21922, 2^{ème} espèce, note M. BILLIAU ; Cass. com., 7 décembre 2004, *Bull. civ.* IV, n° 214 ; *Deffrénois* 2005, p. 627, obs. E. SAVAUX ; *Banque et dr.* mars-avril 2005, p. 39, obs. N. RONTCHEVSKY ; *contra* Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, *Bull. civ.* I, n° 84 ; *D.* 1992, p. 481, note L. AYNES ; *JCP* 1992, II, 21922, 2^{ème} espèce, note M. BILLIAU ; *RTD civ.* 1992, p. 765, obs. J. MESTRE. Ce dernier arrêt semble bien isolé.

finalement aucune justification solide⁴⁷⁰, mais cette circonstance est indifférente à la notion de garantie. La circonstance, en soi discutable⁴⁷¹, que le délégué ne puisse exercer aucun recours après son paiement⁴⁷², n'est pas plus de nature à faire douter de la qualification de garantie, laquelle ne s'apprécie pas à travers l'existence d'un recours, mais uniquement par la protection offerte au créancier. Enfin, même si l'engagement du délégué a vocation à être mis en œuvre prioritairement à celui du délégant, cette circonstance est extérieure à la notion de garantie, qui n'exige aucune subsidiarité par rapport à l'exécution de la créance principale⁴⁷³.

Si, ensuite, le délégué ne s'engage pas à payer ce que doit le délégant au délégataire, il a malgré tout souscrit sa nouvelle obligation en considération de la dette du délégant. C'est alors par rapport à la garantie autonome que la délégation certaine ne présente plus guère d'originalité⁴⁷⁴. Ainsi, quel que soit l'objet de l'engagement du délégué, la délégation peut comporter un effet de garantie comparable à celui des sûretés personnelles. Sa place au sein des garanties de paiement est parfaitement justifiée, en dépit de sa pluralité de fonctions⁴⁷⁵.

109. Pluralité de débiteurs. Dans le même ordre d'idées, on classera parmi les garanties de paiement des techniques telles que la solidarité, l'indivisibilité, l'obligation *in solidum* et l'action directe, qui ont pour effet de transférer, au moins partiellement et temporairement, une partie de la charge du risque d'inexécution au codébiteur *solvens*. Celui-ci devra ensuite exercer les recours adéquats auprès du débiteur définitif de la dette. Même si un débat oppose plusieurs auteurs sur le point de savoir si la solidarité et l'obligation *in solidum* sont fondées sur l'idée de garantie⁴⁷⁶, elles n'en produisent pas moins un effet de garantie en accordant au

⁴⁷⁰ L. AYNES, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1992.

⁴⁷¹ V. *infra*, n° 383, concernant les recours ouverts au délégué *solvens*.

⁴⁷² Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, thèse Paris II, 2007, n° 296, pour qui l'engagement du délégué ne constitue pas une garantie. C'est au contraire l'engagement du délégué qui se transforme, selon lui, en accessoire et en garantie. Il est toutefois permis de se demander par quel mécanisme juridique s'opère cette transformation.

⁴⁷³ *Contra*, Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 295. L'auteur admet pourtant, au risque de se contredire, que la garantie autonome est une garantie de paiement. Il est alors contraint, pour distinguer les situations, de se tourner vers la question des recours. Ce détour de raisonnement montre de façon éclatante que la subordination ne participe en rien de la notion de garantie.

⁴⁷⁴ V., concernant une possible substitution de la délégation à la garantie autonome, Ch. LACHIEZE, « La délégation-sûreté », art. préc. ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 367.

⁴⁷⁵ *Contra*, Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 293 et s., qui estime que la délégation, tout en produisant un « effet de garantie incontestable » (n° 295), ne constitue pas une garantie. Son opinion est difficilement compréhensible, dans la mesure où la garantie de paiement est précisément définie au regard de son effet, qui est de prémunir le créancier contre l'impayé. L'analyse pêche donc par l'absence de définition rigoureuse de la garantie.

⁴⁷⁶ M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. E. LOQUIN, Dalloz, 2002 ; *contra*, concernant la solidarité, A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. L. AYNES, Economica, 2004, n° 80 et s. Cet auteur récuse la qualification de cautionnement réciproque de l'obligation solidaire, mais cela n'interdit pas de reconnaître une fonction de garantie à ces techniques. Egalement en faveur de cette idée, Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 38. V., concernant l'admission de la garantie en tant que fondement de l'obligation *in solidum*, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la*

créancier une pluralité de débiteurs, de même que l'action directe, qui lui procure une sécurité supplémentaire en lui reconnaissant, par dérogation, la possibilité de poursuivre un débiteur de son débiteur. Même si sa nature juridique est incertaine⁴⁷⁷ et ses effets variables, sa qualification de garantie doit être retenue⁴⁷⁸, particulièrement en droit des assurances⁴⁷⁹, puisqu'elle procure au créancier la possibilité de se payer, non seulement sur les biens de son débiteur, mais aussi sur ceux d'un tiers à leur relation.

Le créancier peut également obtenir une garantie de paiement en se voyant conférer un droit réel sur un bien du débiteur ou d'un tiers. Tel est l'objet des garanties réelles d'exécution.

2) Garanties réelles de paiement.

110. Mécanisme de garantie des sûretés réelles. Les garanties réelles d'exécution présentent une diversité moins marquée que les garanties personnelles, puisqu'elles rejoignent dans une large mesure la catégorie des sûretés réelles. Il ne s'agit plus, cette fois, d'adjoindre au créancier un deuxième patrimoine au service de la créance, ni de renforcer son droit de créance contre le débiteur, mais d'affecter un ou plusieurs biens à son paiement. Ces mécanismes octroient au créancier bénéficiaire de la garantie un droit préférentiel ou exclusif sur un élément du patrimoine du débiteur, en lui conférant un droit réel accessoire sur la chose. Ils sont principalement destinés à être mis en œuvre dans une situation d'insolvabilité du débiteur. Dans ce contexte particulier, l'affectation du bien présente un caractère dérogatoire au regard des règles régissant les relations entre les différents créanciers du même débiteur. La sûreté réelle augmente les chances de paiement de son bénéficiaire en le soustrayant au concours, tout en augmentant le risque d'insolvabilité couru par les autres créanciers. C'est donc par la mise à l'écart exceptionnelle des règles du concours et de l'égalité des créanciers que se développe la protection du créancier muni de cette sûreté.

responsabilité, 3^{ème} éd., LGDJ, 2006, n° 411 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1264 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil*, t. V, *La responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 410 ; Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005, n° 711 et s.

⁴⁷⁷ M. COZIAN, *L'action directe*, préf. A. PONSARD, LGDJ, 1969 ; Ch. JAMIN, *La notion d'action directe*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1991.

⁴⁷⁸ M. COZIAN, *op. cit.*, n° 555 ; J. FRANÇOIS, *Les obligations, régime général*, Economica, 2000, n° 334 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 623. Ces derniers auteurs la qualifient même de sûreté.

⁴⁷⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 356 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité », art. préc. ; S. PRIGENT, « Engagement pour autrui et assurance », art. préc., p. 597 ; C. RUSSO, *op. cit.*, n° 63 et s.

111. Utilisation de la propriété aux fins de garantie. Appartiennent naturellement à cette catégorie de garanties les sûretés réelles traditionnelles telles que les différentes variétés de gage, d'hypothèque ou de nantissement, ou encore l'antichrèse, qui procurent à leur bénéficiaire un droit réel accessoire à la créance. En font également partie les privilèges généraux et spéciaux, caractérisés par le droit de préférence accordé au créancier. Posaient davantage de questions des mécanismes reposant sur l'utilisation du droit de propriété, mais leur qualification de garantie est aujourd'hui indéniable. Jadis jugée inconciliable avec son caractère absolu⁴⁸⁰, l'utilisation de la propriété à titre accessoire confère au créancier un avantage certain car ce dernier, doté des prérogatives du propriétaire d'un bien, est soustrait aux actions des autres créanciers du débiteur. Tandis que ceux-ci devront se répartir leurs créances sur le patrimoine du débiteur, le créancier bénéficiaire de la garantie réelle ne souffrira d'aucun concours sur le bien dont il est propriétaire, notamment en cas de procédure collective du débiteur⁴⁸¹. La propriété est utilisée à cette fin lorsqu'une vente est assortie d'une clause de réserve de propriété⁴⁸², mais aussi dans le cadre d'une opération de crédit-bail⁴⁸³, d'une cession d'une créance professionnelle à titre de garantie dans le cadre de la loi du 2 janvier 1981⁴⁸⁴ et de la fiducie⁴⁸⁵.

112. Utilisation de la détention aux fins de garantie. Le droit de rétention, qui ne répond pourtant pas à la qualification de sûreté réelle ou de propriété-garantie, repose sur une logique comparable. Il repose sur l'obtention par le créancier d'une exclusivité sur un ou plusieurs biens. Fondé sur une simple détention d'une chose, il tire son efficacité du pouvoir de blocage accordé au créancier⁴⁸⁶. Le lien de connexité sur lequel il repose⁴⁸⁷ conduit à accorder une

⁴⁸⁰ V., sur la question générale de l'utilisation de la propriété aux fins de sûreté ou de garantie, P. CROCQ, *op. cit.*

⁴⁸¹ Le droit de propriété permet d'échapper à la discipline collective, car le bien ne figure pas dans le patrimoine du débiteur en difficulté.

⁴⁸² V. l'article 2367 du Code civil, très nettement en ce sens.

⁴⁸³ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 1248. V., cependant, Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 298 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 587, pour qui la propriété n'a pas pour fonction juridique de remédier au non-paiement. Les auteurs admettent toutefois cette fonction, d'un point de vue économique. C'est, selon nous, cet aspect qu'il convient de privilégier, afin de considérer la propriété comme une garantie dans le crédit-bail. Même si le crédit-bailleur demeure propriétaire au terme de la période irrévocable, l'idée que la propriété aurait une autre utilité pour lui que de garantir le paiement des loyers est parfaitement irréaliste. Durant l'exécution de l'opération, la propriété est bel et bien un remède au non-paiement.

⁴⁸⁴ P. CROCQ, *op. cit.*, n° 35 et s.

⁴⁸⁵ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007. Sur l'utilisation de la fiducie aux fins de garantie, v. R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Deffrénois* 2007, p. 1094 et 1194, spéc. n° 32 et s.

⁴⁸⁶ R. LIBCHABER, obs. sous Cass. com., 20 mai 1997, *D.* 1998, somm. p. 115.

⁴⁸⁷ A. AYNES, *Le droit de rétention, unité ou pluralité ?*, préf. Ch. LARROUMET, *Economica*, 2005 ; et du même auteur, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301.

importance accrue au paiement de la créance, ce qui explique son efficacité, y compris lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective⁴⁸⁸. Le risque de non-paiement est alors réduit de la même façon que dans les sûretés réelles. La qualification de garantie réelle doit être retenue pour l'ensemble de ces raisons.

3) Garanties indirectes de paiement.

113. Préservation du patrimoine du débiteur. Certaines garanties ne visent pas directement le paiement d'une créance, mais concourent à cette fin par des techniques de préservation du patrimoine du créancier contre l'insolvabilité. Leur finalité est la préservation de la capacité de paiement du débiteur, de façon à ce qu'il puisse par la suite s'acquitter de ses obligations. Le droit de gage général reconnu à tout créancier par l'article 2284 du Code civil est en effet soumis aux fluctuations du patrimoine du débiteur, de sorte que le risque existe que les biens du débiteur se révèlent insuffisants à désintéresser le créancier. Certains mécanismes ont alors pour but de prévenir ou de remédier au risque d'insolvabilité du débiteur, et par ricochet d'inexécution. Dans cette catégorie se retrouvent de toute évidence les sûretés négatives, destinées à préserver le patrimoine du débiteur⁴⁸⁹, ainsi que la clause de domiciliation⁴⁹⁰.

Il reste à déterminer si ces garanties constituent une catégorie autonome. Certains auteurs apportent une réponse positive à cette interrogation, en constatant qu'elles n'ont pas pour objet immédiat le paiement de la créance, mais visent seulement à la préservation du patrimoine⁴⁹¹. Il est vrai que le risque couvert n'est pas directement celui d'inexécution. Toutefois, leur véritable but est le paiement subséquent de la créance. La préservation de la capacité de paiement n'est pas un but en soi, mais un moyen de ne pas compromettre l'exécution de l'obligation garantie. L'inexécution de la garantie indirecte de paiement se révélera uniquement en cas d'impayé⁴⁹². Ainsi, il est préférable d'envisager ces garanties comme des sous-catégories de garanties de paiement⁴⁹³.

⁴⁸⁸ P.-M. LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001, p. 2815. Le constat n'a en rien été modifié par la loi du 26 juillet 2005.

⁴⁸⁹ M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, spéc. n° 26 et 53. Ce dernier auteur distingue plusieurs types de sûretés négatives : celles qui établissent un droit de veto au profit du créancier et celles qui reposent sur une renonciation d'un créancier à un droit. Mais toutes obéissent à une fonction de garantie. V. également, en faveur de cette qualification, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 287.

⁴⁹⁰ P. CROCQ, *op. cit.*, *eod. loc.*

⁴⁹¹ M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 249 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 16 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 3.

⁴⁹² M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 155.

⁴⁹³ En ce sens : P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., p. 305.

114. Action oblique et action paulienne. On peut en revanche s'interroger sur la nature de l'action oblique et de l'action paulienne, qui ont pour objectif premier la sauvegarde du droit de gage général du créancier⁴⁹⁴. La jurisprudence tend à les utiliser pour élargir la protection du créancier. Elle érige notamment l'action paulienne en instrument de préservation des droits particuliers du créancier⁴⁹⁵. Quant à l'action oblique, elle semble aussi destinée par les juges à protéger tout droit subjectif d'un créancier⁴⁹⁶. Cette évolution pousse certains auteurs à les placer dans la catégorie des garanties⁴⁹⁷.

Cette opinion prête toutefois à discussion. Une garantie, au-delà de la prise en charge d'un risque, doit fournir au créancier un avantage supplémentaire exorbitant par rapport au droit de gage général ou à ses prérogatives habituelles, et faire peser sur autrui la charge du risque couvert. Or, tant l'action oblique que l'action paulienne appartiennent à tout créancier en tant que corollaire au droit de gage général dont il dispose⁴⁹⁸. On comprend aisément la différence entre ces procédés et les sûretés négatives, par exemple, qui, loin d'accorder des prérogatives habituelles au créancier, édictent à l'égard du débiteur une interdiction de disposer d'un ou plusieurs biens, sanctionnée de manière spécifique. La qualification de garantie doit donc être refusée.

115. Compensation. D'autres techniques issues du droit commun des obligations appartiennent à la catégorie des garanties indirectes, non parce qu'elles sauvegardent la surface financière du débiteur, mais parce qu'elles permettent au créancier d'obtenir indirectement satisfaction. Ainsi, la compensation légale et la compensation des dettes connexes doivent également être considérées comme des garanties de paiement⁴⁹⁹. Le fait

⁴⁹⁴ J. FRANÇOIS, *Les obligations, régime général, op. cit.*, n° 277.

⁴⁹⁵ Alors que le préjudice, condition de l'action paulienne, était autrefois cantonné à la seule insolvabilité du débiteur, il peut aujourd'hui résider dans l'ineffectivité de tout droit préférentiel ou spécial du créancier, notion elle-même appréciée très largement : v. en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 1974, *D.* 1975, p. 777, note O. SIMON ; *Gaz. Pal.* 1975, 1, 363, note A. PLANCQUEEL concernant le droit à un renouvellement d'un bail ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 1995, *D.* 1996, jur. p. 391, note E. AGOSTINI, *ibid.*, somm. p. 208, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Defrénois* 1995, p. 1410, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ. 3^{ème}, 6 octobre 2004, *D.* 2004, p. 3098, note G. KESSLER ; *Defrénois* 2005, p. 323, note Y. DAGORNE-LABBE ; *ibid.*, p. 612, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 2005, p. 121, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

⁴⁹⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 14 novembre 1985 : l'action d'un bailleur en résiliation d'un bail est exercée par voie oblique par un syndicat de copropriétaires dans une hypothèse où le locataire violait les dispositions du bail et du règlement de copropriété.

⁴⁹⁷ V. Ph. MALINVAUD, *op. cit.*, n° 836 et s., qui les qualifie de garanties d'exécution communes à tous les créanciers ; C. GINESTET, « La qualification des sûretés », art. préc., n° 13.

⁴⁹⁸ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1168 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 35.

⁴⁹⁹ J. FRANÇOIS, *Les obligations, régime général, op. cit.*, n° 50 ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 305. La jurisprudence partage cette analyse, au moins concernant la compensation des dettes connexes : Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1967, *D.* 1967, p. 358, note J. MAZEAUD ; *JCP* 1967, II, 15005, note J.A. ; *RTD civ.* 1967, p. 812, obs. J. CHEVALLIER. La qualification de garantie est expressément consacrée.

qu'elles opèrent de plein droit, c'est-à-dire automatiquement, à l'insu des parties, lorsque les conditions en sont réunies, confère au créancier la sécurité de pouvoir s'opposer au paiement de sa propre dette lorsqu'il demeure lui-même impayé. La compensation procure donc indirectement au créancier une satisfaction équivalente à ce qui était initialement prévu, malgré l'inexécution de l'obligation du cocontractant. En cela, elle doit être rapprochée de la clause résolutoire et de l'exception d'inexécution, autres moyens de pression tirés du droit commun des obligations et qui, faute de procurer au créancier un véritable paiement immédiat, lui fournissent une protection négative⁵⁰⁰. Il s'agit bel et bien de garanties de paiement, même si le créancier ne bénéficie pas d'un patrimoine supplémentaire pour obtenir le paiement⁵⁰¹.

116. Porte-fort d'exécution. Le porte-fort d'exécution, qui constitue un autre exemple de mécanisme de droit des obligations utilisé aux fins de garantie, appartient également à la catégorie des garanties indirectes d'exécution en raison de l'utilisation du mécanisme de responsabilité contractuelle⁵⁰². L'auteur de la promesse promet de réparer le préjudice causé par l'inexécution contractuelle d'un débiteur. Si des doutes demeurent quant au degré d'accessoire de l'engagement du souscripteur⁵⁰³, il doit certainement être considéré comme une garantie⁵⁰⁴. L'engagement de la responsabilité contractuelle, en effet, répond à une logique d'indemnisation du bénéficiaire à la suite de la survenance d'un risque d'impayé, et de transfert de ce risque sur le porte-fort. Peu importe, dans cette optique, le degré

⁵⁰⁰ L'exception d'inexécution ne peut être mise en œuvre que dans un rapport synallagmatique, ce qui montre que ce mécanisme, à la différence de l'action oblique et de l'action paulienne, n'accompagne pas la créance. Il s'agit d'une garantie de l'équilibre du contrat. En ce sens : P. JOURDAIN, « Quelques remarques sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 305.

⁵⁰¹ Le fait que les garanties opèrent par une exclusion du concours ne remet en rien en cause leur fonction de couverture du risque d'impayé. *Contra*, M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 251.

⁵⁰² C'est pourquoi la promesse de porte-fort est fréquemment comparée avec la lettre d'intention. V., sur la distinction entre les deux mécanismes : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 802 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 320 ; Ph. SIMLER, « Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *Rev. dr. banc. bourse* 1997, p. 223 ; G. TILLEMENT, « Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *Rev. soc.* 1993, p. 51 ; C. AUBERT DE VINCELLES, *Rép. civ. Dalloz, V° Porte-fort*, 2005, n° 35 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 365.

⁵⁰³ Une opposition pourrait se dessiner entre la chambre commerciale et la première chambre civile de la Cour de cassation, l'une jugeant le porte-fort d'exécution accessoire tandis que l'autre l'estime autonome : Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *RTD civ.* 2005, p. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Contrats conc. conso.* 2005, n° 81, obs. L. LEVENEUR ; *Dr. et patr.* octobre 2005, p. 104, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 13 décembre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 256 ; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. SIMLER ; *JCP E* 2006, p. 1342, note P. GROSSER ; *Deffrénois* 2006, p. 414, obs. E. SAVAUX ; *Contrats conc. conso.* 2006, n° 63, obs. L. LEVENEUR ; *Banque et dr.* mars-avril 2006, p. 17, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RTD civ.* 2006, p. 305, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. com., 18 décembre 2007, *Banque et dr.* mars-avril 2008, p. 43, obs. N. RONTCHEVSKY. V., toutefois, R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », *RJDA* 2006, p. 787, note n° 5 : il convient d'écarter du débat l'arrêt de la première chambre civile, qui porte sur une hypothèse plus classique de porte-fort de ratification

⁵⁰⁴ C. AUBERT DE VINCELLES, art. préc., n° 33 et s.

d'autonomie de l'obligation du garant. L'essentiel est l'effet de garantie induit par le transfert du risque du bénéficiaire au garant. Tenu au titre de la responsabilité contractuelle de droit commun, ce dernier doit réparer le préjudice issu de l'inexécution de l'obligation, sous réserve des causes d'exonérations ouvertes au débiteur d'une obligation de résultat⁵⁰⁵. Mais ces traits particuliers de l'obligation du porte-fort ne s'opposent en rien à la qualification de garantie, puisque le mécanisme de la responsabilité contractuelle n'intervient que pour transférer au porte-fort le risque d'inexécution par le débiteur. Cette garantie est simplement indirecte, car le créancier n'obtient pas exactement la prestation promise⁵⁰⁶.

117. Lettre d'intention. La lettre d'intention suscite davantage de difficultés. Constitue-t-elle une garantie personnelle d'exécution lorsqu'elle met à la charge de son émetteur une obligation comportementale, étant donné que le garant ne fait qu'engager plus ou moins sévèrement sa responsabilité contractuelle ? Si la doctrine analyse la lettre d'intention comme une garantie, quelle que soit l'intensité de l'obligation du souscripteur⁵⁰⁷, la jurisprudence a opéré une distinction pour le moins contestée entre les lettres constitutives d'une obligation de résultat à la charge de l'émetteur et celles qui ne font naître qu'une obligation de moyens. Seules les premières d'entre elles devraient être considérées comme des garanties et, partant, faire l'objet d'une autorisation du conseil d'administration ou du conseil de surveillance de la société émettrice, par application des articles L. 225-35 et L. 225-68 du Code de commerce⁵⁰⁸. La solution ne semble pas conforme à la véritable nature de la garantie.

La lettre de confort constitue une garantie dès lors qu'elle contient un engagement juridique, peu important à cet égard la nature de l'obligation souscrite par l'émetteur. Cela ne fait aucun doute lorsque l'obligation est de résultat, la frontière avec le cautionnement se révélant alors extrêmement ténue. Quant à l'obligation de moyens, elle renforce indéniablement les chances du créancier d'obtenir satisfaction sous une forme ou une autre. L'existence de la lettre incite le souscripteur à préserver la surface financière du débiteur, au

⁵⁰⁵ Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005.

⁵⁰⁶ V. toutefois R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc., spéc. n° 7 : si le porte-fort garantissant des obligations de faire comporte une certaine originalité, on ne peut en dire autant de celui qui porte sur des obligations monétaires. *Adde*, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 423 et s.

⁵⁰⁷ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 767 ; D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com., 26 janvier 1999, *Defrénois* 1999, p. 740 et s., spéc. p. 742 ; D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 26 janvier 1999, *JCP E* 1999, p. 674 ; B. DONDERO, note sous Cass. com., 9 juillet 2002, *D.* 2003, p. 545 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 364 ; *contra* L. AYNES, note sous Cass. com., 26 janvier 1999, *D.* 1999, p. 577 et s., spéc. p. 579.

⁵⁰⁸ Cass. com., 26 janvier 1999, préc.

bénéfice du destinataire. A défaut, elle l'oblige à réparer le préjudice subi par le destinataire, à hauteur d'un montant au moins égal à celui de la créance et, le cas échéant, supérieur. Ainsi, le créancier obtient une sécurité supplémentaire et bénéficie d'une indemnisation à la défaillance du débiteur, à condition de démontrer le manque de diligence du souscripteur. Moins favorable pour lui, le régime de la preuve n'exerce aucune influence sur la qualification, tout comme le fait que la réparation s'effectue via l'engagement de la responsabilité contractuelle. La garantie doit s'entendre comme l'octroi d'une sécurité octroyée au créancier par la prise en charge exceptionnelle d'un risque, sans que la nature du mécanisme utilisé à cette fin ne détermine sa qualification. Ces éléments sont réunis dans la lettre d'intention, fût-elle constitutive d'une obligation comportementale de moyens. Tout juste, dans ce dernier cas, peut-on discuter de la qualification de garantie indirecte d'exécution⁵⁰⁹. Celle de garantie est en tout cas indéniable⁵¹⁰, tout comme pour le mécanisme, proche, de la convention de ducroire⁵¹¹.

Les garanties de paiement, qui ont pour point commun de prémunir le créancier contre l'inexécution d'une obligation pécuniaire, se caractérisent donc par leur nombre et leur variété. D'autres garanties ne couvrent pas exactement tout risque d'impayé mais visent à la réparation de dommages plus ciblés et dignes d'une protection particulière.

B) La couverture du risque d'ineffectivité d'un droit.

118. Protection d'un droit de la victime. Certaines garanties n'ont pas pour objet le paiement d'une dette, mais mettent en œuvre des mécanismes impératifs spécialement adaptés à la préservation de droits des bénéficiaires. La loi ou la convention des parties organise le transfert d'un risque particulier. Proches des garanties de paiement en raison de la présence d'une obligation initiale, les garanties d'exécution ou d'indemnisation s'en distinguent toutefois : le risque couvert est moins l'impayé que la disparition de l'effet utile de certains droits du créancier, jugés d'une importance singulière et pourtant menacés. Ces garanties se trouvent donc à mi-chemin entre les garanties de paiement et les garanties d'assurance.

⁵⁰⁹ V., pour un parallèle entre lettre d'intention et sûretés négatives, M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.* Le confortant peut par exemple s'engager à remettre à flot sa filiale, ce qui s'apparente à une préservation du patrimoine du débiteur.

⁵¹⁰ Cette opinion peut aujourd'hui s'appuyer sur l'ordonnance du 23 mars 2006, qui classe les lettres de patronage parmi les sûretés réelles. Si l'on considère, comme beaucoup, que les sûretés personnelles ne constituent qu'une sous-catégorie de garanties, il est alors aisé de conclure à cette dernière qualification. V., en ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 538 ; *contra* P. LE CANNU, « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », art. préc.

⁵¹¹ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 70.

En premier lieu, les garanties légales, dont le contenu peut être modifié par les parties, permettent aux titulaires de droits réels transférés par contrat de bénéficier pleinement de ces droits et de leur conférer une effectivité (1). Ensuite, plusieurs régimes de responsabilité du fait d'autrui permettent à la victime d'un dommage causé par certaines personnes potentiellement insolvables de s'adresser à un garant. La responsabilité laisse alors place à la garantie, destinée à assurer l'effet utile de la réparation du dommage (2).

1) Garanties légales et conventionnelles du droit des contrats.

119. Garanties d'éviction, des vices cachés et de conformité. Les garanties légales, qui figurent dans plusieurs contrats spéciaux dont la vente et le bail, sont destinées à protéger l'intérêt d'un créancier à l'effet utile d'une opération translatrice de droit réel⁵¹². Plus précisément, elles servent à assurer l'effectivité des droits réels consentis au contractant par un contrat translatif de propriété ou de jouissance d'une chose, face à la réalisation d'un risque. Le débiteur est obligé, en cas de réalisation d'un risque d'éviction ou d'inutilité de la chose, de rétablir son cocontractant dans ses droits par le remboursement d'une partie du prix ou l'anéantissement du contrat. Par opposition à la simple responsabilité contractuelle, qui n'opère pas transfert de risque, les garanties légales ne sont pas liées à une inexécution, mais à la survenance d'un risque d'ineffectivité du contrat. C'est ce qui justifie leur existence, par dérogation au droit commun, et leur qualification de garantie d'indemnisation d'un dommage.

Par extension, cette solution doit être adoptée concernant les garanties conventionnelles. Les parties à un contrat disposent en effet de la possibilité d'établir des règles dérogatoires aux différentes garanties légales⁵¹³. Même si les garanties conventionnelles font naître un ensemble de règles autonomes, au lieu de simplement aménager les garanties légales⁵¹⁴, leur fonction n'en reste pas moins la protection du créancier

⁵¹² J. HUET, *op. cit.*, n° 11279, qui parle de protection juridique et économique concernant les garanties dans la vente. L'obligation de garantie du bailleur, quant à elle, se distingue malaisément de celle de maintien de jouissance paisible des lieux : v., en ce sens, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 313 ; J. HUET, *op. cit.*, n° 21164 ; A. BENABENT, *Les contrats civils et commerciaux*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2006, *op. cit.*, n° 334-3 ; v. également, plus généralement, P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 307.

⁵¹³ Les articles 1627 et 1643 du Code civil ouvrent même la possibilité de réduire les garanties du vendeur. En matière de bail, l'article 1721 du Code civil semble également susceptible de clause contraire : v., sur cette question, J. HUET, *op. cit.*, n° 21172.

⁵¹⁴ V., en matière de vente, P. ANCEL, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente », art. préc.

contre la survenance d'un risque affectant le droit réel⁵¹⁵. La qualification de garantie ne fait donc aucun doute.

La garantie de conformité instaurée par l'ordonnance du 17 février 2005 relève de la même logique. Le législateur s'est contenté de reprendre les notions de non-conformité et de vice caché en les associant⁵¹⁶, de sorte que l'action en garantie de conformité joue au moins pour partie un rôle identique à celui des garanties légales et conventionnelles. Elle prémunit l'acquéreur contre la réalisation postérieure d'un risque d'atteinte à la jouissance du bien vendu et fait peser les conséquences de ce risque sur le vendeur, ce qui suffit à mettre en évidence sa fonction de garantie.

120. Garanties des constructeurs immobiliers. Enfin, les responsabilités encourues par les constructeurs à raison des défauts affectant les immeubles ont également pour but l'utilité de l'opération pour le maître de l'ouvrage, c'est-à-dire l'édification à son profit d'un immeuble présentant toutes les qualités requises⁵¹⁷. Le risque couvert, en la matière, consiste invariablement en une découverte de l'ineffectivité des droits transmis par contrat après l'exécution, c'est-à-dire une atteinte à l'effet utile du contrat à l'égard de l'une des parties. Cette même idée se retrouve en matière de responsabilité biennale et décennale, mais aussi de garantie de parfait achèvement lorsque le dommage apparaît dans l'année de la réception, et de responsabilité de droit commun en présence d'un dommage intermédiaire caché. L'unique réserve concerne la garantie de parfait achèvement, lorsqu'elle est due à raison d'un vice apparent. Sa mise en jeu n'obéit alors pas à une logique de garantie car le constructeur, au lieu de prendre à sa charge les conséquences d'un risque survenu après l'exécution, ne fait que pallier le défaut d'exécution. Mais il s'agit là de l'unique cas où la qualification de garantie se révèle inappropriée.

2) Responsabilités du fait d'autrui.

121. Fonction de garantie des responsabilités du fait d'autrui. Les responsabilités du fait d'autrui entretiennent des rapports complexes avec la garantie. Il convient de ne pas

⁵¹⁵ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 307.

⁵¹⁶ O. TOURNAFOND, « Quelques observations sur la garantie de conformité issue de l'ordonnance du 17 février 2005 », art. préc., n° 7 et s. ; D. MAINGUY, « L'ordonnance du 17 février 2005 sur la garantie de conformité : aux regrets s'ajoutent les regrets », art. préc., n° 7 ; Y.-M. SERINET, « La directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans les ventes de biens de consommation : transposer n'est pas oser », art. préc., n° 18.

⁵¹⁷ B. SOINNE, *op. cit.*, n° 166.

confondre les notions de responsabilité et de garantie. La responsabilité renvoie à une prise en charge des dommages endurés par une victime en raison de l'activité du débiteur d'indemnisation, qu'il se soit rendu coupable d'une faute ou qu'il ait simplement contribué à créer le dommage⁵¹⁸. Elle ne saurait donc être confondue avec la garantie qui, loin de prendre en compte cette part, fautive ou non, du débiteur d'indemnisation dans le dommage, consiste en une dilution du risque d'ineffectivité de la réparation du dommage⁵¹⁹.

Dans ces conditions, peu importe le fondement des responsabilités du fait d'autrui. Qu'elles reposent sur le risque, la faute ou encore la seule fonction de garantie, l'important est de savoir si elles viennent faciliter l'indemnisation de la victime en lui fournissant un débiteur d'indemnisation supplémentaire. Si la réponse à cette interrogation est affirmative, la responsabilité doit être qualifiée de garantie pour la victime, dont l'indemnisation ne reste pas lettre morte en raison de l'insolvabilité de l'auteur⁵²⁰.

Il reste alors à déterminer lesquelles des responsabilités du fait d'autrui⁵²¹ remplissent cette fonction de garantie. Tout dépend du point de savoir si la responsabilité du fait d'autrui est directe, ou si elle est adossée à une responsabilité préalable de l'auteur. Dans cette dernière hypothèse seulement, il est possible de conclure à la qualification de garantie d'indemnisation, parce que l'engagement de la responsabilité de second rang permet de mettre à la disposition de la victime un deuxième patrimoine sur lequel il peut obtenir réparation⁵²². En l'absence de primo responsable, au contraire, le responsable n'intervient qu'en qualité d'intervenant à l'origine du dommage⁵²³, ce qui est incompatible avec une fonction de garantie.

⁵¹⁸ V., pour une analyse de la notion de responsabilité, G. VINEY, « La responsabilité », art. préc. ; M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de philosophie du droit*, t. 22, La responsabilité, 1977, Sirey, p. 45 et s. ; J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » », *Archives de philosophie du droit*, t. 22, La responsabilité, 1977, Sirey, p. 59 et s. Il en résulte que la responsabilité n'est pas nécessairement liée à la faute. C'est plutôt le critère de la participation à la réalisation du dommage qui doit être retenu.

⁵¹⁹ Ce critère de distinction apparaît en filigrane chaque fois que l'on oppose la responsabilité et les mécanismes de prise en charge du risque par la collectivité. V., pour son énoncé en matière de responsabilité du fait d'autrui, J.-CH. SAINT-PAU, « La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ? », *Resp. civ. assur.* 1998, chron. n° 22, n° 13, *in fine*.

⁵²⁰ V., sur cette conception de la responsabilité du fait d'autrui, J. MOULY, « Peut-il exister une véritable responsabilité du fait d'autrui ? », art. préc., spéc. n° 12 et s.

⁵²¹ Il est, en vérité, plus sage d'évoquer une garantie du fait d'autrui qu'une responsabilité. V., en ce sens, M. POUmarede, « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », art. préc. spéc. p. 846 et s.

⁵²² M. POUmarede, « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », art. préc., spéc. p. 853, P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », préc., spéc. p. 308.

⁵²³ M. POUmarede, « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », art. préc., spéc. p. 860 ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », préc., *eod. loc.* : « Classiquement ces responsabilités sont considérées comme des garanties parce qu'elles postulent la responsabilité d'autrui,

122. Responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs. La responsabilité parentale du fait des enfants mineurs, édictée par l'article 1384, alinéa 4 du Code civil, pouvait autrefois être envisagée comme une garantie d'indemnisation. On considérait que l'engagement de la responsabilité des parents répondait à une logique de garantie de solvabilité pour la victime⁵²⁴, puisqu'ils n'intervenaient qu'en tant que débiteurs d'indemnisation de second rang, à raison de l'insolvabilité du mineur. Mais tel n'est plus le cas aujourd'hui. Depuis l'arrêt *Fullenwarth* rendu par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 9 mai 1984⁵²⁵, confirmé par la suite⁵²⁶, la responsabilité des parents du fait de leurs enfants mineurs n'est plus subordonnée, ni à une faute, ni à l'engagement de la responsabilité du mineur. Un simple fait causal de l'enfant suffit à entraîner sa mise en jeu. La responsabilité des parents du fait de leurs enfants présente donc un caractère direct *a priori* incompatible avec la qualification de garantie d'indemnisation⁵²⁷. Le régime de cette responsabilité du fait d'autrui est plutôt bâti, à tort ou à raison, autour de la notion de risque créé par la présence d'un enfant mineur dans la sphère d'autorité des parents. Les parents ne font que répondre des conséquences de leur lien d'autorité au lieu de renforcer les chances de la victime d'obtenir une indemnisation du préjudice subi.

A en croire le droit positif, donc, la responsabilité parentale ne constituerait pas une garantie d'indemnisation. Il est tout aussi impossible de la ranger parmi les garanties

c'est-à-dire une obligation principale qu'elle vient garantir à l'image d'un cautionnement de dette future et éventuelle ».

⁵²⁴ M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Obligations, contrats, sûretés réelles*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1949, n° 1107. V., toutefois, P.-D. OLLIER, *La responsabilité civile des père et mère, étude critique de son régime légal*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1961, n° 211 et s. L'auteur a établi, à partir d'une analyse de la jurisprudence, une ligne de partage selon que le mineur était âgé de plus de seize ans. Au delà de cette limite, la responsabilité lui semblait plutôt fondée sur une présomption de faute.

⁵²⁵ Cass. AP, 9 mai 1984, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4 ; *JCP* 1984, II, 20255, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; *D.* 1984, jur. p. 525, concl. J. CABANNES, note F. CHABAS ; *RTD civ.* 1984, p. 508, obs. J. HUET ; *JCP* 1985, I, 3189, obs. G. VINEY.

⁵²⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, *Levert*, *Bull.* II, n° 96 ; *JCP* 2001, II, 10613, note J. MOULY ; *ibid.*, I, 124, n° 20 et s., obs. G. VINEY ; *D.* 2001, p. 2851, rapp. P. GUERDER, note O. TOURNAFOND ; *D.* 2002, somm. p. 1315, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 2001, p. 1275, obs. E. SAVAUX ; *Resp. civ. assur.* 2001, p. 601, obs. P. JOURDAIN ; Cass. AP, 13 décembre 2002, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 4 ; *D.* 2003, p. 231 et 591, note P. JOURDAIN ; *JCP* 2003, II, 10010, note A. HERVIS-LELONG ; *Gaz. Pal.* 7-8 mars 2003, p. 52, note F. CHABAS ; V. également, concernant les causes d'exonération des parents : Cass. civ. 2^{ème}, 19 février 1997, *Bertrand*, *Bull.* II, n° 56 ; *D.* 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *JCP* 1997, II, 22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY ; *D.* 1997, somm. p. 290, obs. D. MAZEAUD : « seule la force majeure ou la faute de la victime pouvait exonérer le père de la responsabilité de plein droit encourue du fait des dommages causés par son fils mineur habitant avec lui ».

⁵²⁷ En ce sens, J. MOULY, « Peut-il exister une véritable responsabilité civile du fait d'autrui ? », art. préc., n° 17 ; M. POUMAREDE, « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », art. préc., spéc. p. 858 ; P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », *Etudes à la mémoire de Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 67 et s., spéc. p. 71 et p. 77.

d'assurance, en dépit des arguments présentés par certains auteurs⁵²⁸, car il est difficile de rapprocher la situation du parent responsable, qui ne fait qu'assumer les conséquences du dommage survenu dans sa sphère d'autorité, de celle de l'assureur ou du fonds de garantie, par définition étranger aux circonstances du dommage et qui s'est engagé à garantir un risque donné. La différence de situation est révélatrice de la distinction entre responsabilité et garantie. Seule cette dernière opère transfert du risque.

Pourtant, on ne saurait se résigner à exclure la responsabilité parentale de la catégorie des garanties d'indemnisation. L'exclusion de l'exigence d'un fait dommageable à la charge de l'enfant est critiquée à juste titre⁵²⁹. De nombreux arguments s'y opposent en effet. Non seulement les parents répondent d'un fait de l'enfant qui, s'il avait été commis par eux-mêmes, n'aurait pas engagé leur responsabilité, mais ils sont tenus sans que ni eux-mêmes, ni l'enfant auteur du dommage n'ait commis la moindre faute, Cela paraît à la fois incohérent⁵³⁰ et très excessif⁵³¹.

En conséquence, on ne saurait approuver l'orientation suivie par les juges s'agissant de la responsabilité parentale. L'exigence d'un fait fautif à la charge de l'enfant devrait subsister, si bien que la responsabilité des parents devrait s'ajouter et non se substituer à celle de l'auteur direct du dommage. Responsabilité indirecte ayant pour effet l'augmentation des chances de réparation du dommage éprouvé par la victime, la responsabilité parentale présente les caractéristiques d'une garantie d'indemnisation.

⁵²⁸ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 2 : *quasi-contrats, responsabilité délictuelle*, 12^{ème} éd., Sirey, 2007, n° 200 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, n° 125, *in fine*. Ces auteurs nient la qualification de garantie d'indemnisation, mais semblent considérer que les parents sont garants des dommages causés par leurs enfants. Un tel raisonnement paraît toutefois confondre risque et garantie : le parent assume les conséquences de la survenance d'un dommage dans sa sphère d'autorité. V., pour une critique de cette conception, J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui, ruptures et continuités*, préf. Ph. LE TOURNEAU, PUAM, 2001, n° 147. Consacrés à la responsabilité des commettants, ces développements peuvent aisément être transposés à celle des parents.

⁵²⁹ J. MOULY, note préc. sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001 ; O. TOURNAFOND, note préc. sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001 ; E. SAVAUX, obs. préc. sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001 ; P. JOURDAIN, note préc. sous Cass. AP, 13 décembre 2002.

⁵³⁰ O. TOURNAFOND, note préc. sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001 ; Ph. BRUN, « L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », *Resp. civ. assur.*, hors-série, novembre 2000, p. 10. Les parents doivent également indemniser la victime alors qu'aucune responsabilité n'aurait été encourue si l'auteur était un jeune majeur.

⁵³¹ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 7435 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. II, *Le fait juridique*, *op. cit.*, n° 197-1. Les auteurs soulignent que l'instauration d'un système de réparation automatique relève du législateur, lequel peut mettre en place un fonds de garantie en vue de l'indemnisation de certains dommages. Mais les juges ne sauraient se substituer à lui. On peut, du reste, se demander si les parents sont les plus à même de prendre en charge les conséquences des actes normaux de leurs enfants.

123. Responsabilité des commettants du fait de leurs préposés. La responsabilité du commettant du fait de ses préposés, édictée par l'article 1384, alinéa 5 du Code civil, a longtemps trouvé son fondement dans la garantie de la solvabilité du préposé, auteur du dommage dans le cadre de ses fonctions⁵³². C'est uniquement parce que le préposé ne pouvait raisonnablement se voir confier seul la tâche d'indemniser la victime que le commettant était appelé à le faire. Mais comme la responsabilité parentale, ce régime de responsabilité a connu un tournant important, de nature à faire douter de la qualification de garantie. La Cour de cassation reconnaît en effet une certaine immunité au préposé auteur du dommage depuis l'arrêt *Costedoat* du 25 février 2000⁵³³. Il est aisé d'en conclure que la responsabilité du commettant revêt un caractère direct et que le commettant, loin de prémunir la victime contre l'insolvabilité du préposé et de procurer une garantie d'indemnisation à la victime, ne fait que répondre de ses propres actes, c'est-à-dire de la création d'une activité de nature à engendrer certains dommages. On se trouve alors en présence d'une responsabilité de substitution⁵³⁴, d'une responsabilité pour risque et non d'une garantie⁵³⁵.

Une telle conclusion serait pourtant prématurée. En premier lieu, la nouvelle règle, dont il n'est pas certain que la portée soit encore tout à fait définie, connaît plusieurs dérogations⁵³⁶. Ainsi, le commettant voit sa responsabilité engagée à la suite d'un primo responsable chaque fois que le préposé est privé d'immunité. Une telle situation ne sera évidemment pas la plus fréquente, dès lors que la responsabilité du commettant est exclue en

⁵³² V. notamment R. RODIERE, *La responsabilité civile*, A. Rousseau, 1952, n° 1473 : l'auteur compare la situation du commettant à celle d'une caution.

⁵³³ Cass. AP, 25 février 2000, *Costedoat*, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 2 ; *JCP* 2000, II, 10295, concl. R. KESSOUS, note M. BILLIAU ; *ibid.*, I, 2141, n° 16 et s., obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 2000, p. 582, obs. P. JOURDAIN ; *D.* 2000, p. 673, note Ph. BRUN ; *Gaz. Pal.* 23-24 août 2000, note F. RINALDI.

⁵³⁴ J. MOULY, « Peut-il exister une véritable responsabilité du fait d'autrui ? », art. préc., n° 22.

⁵³⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 791-1 et 813 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 2 : *quasi-contrats, responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 208 ; Ph. BRUN, « L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », art. préc., spéc. n° 31.

⁵³⁶ V. notamment sur la nature de l'infraction commise : Cass. AP, 14 décembre 2001, *Cousin*, *JCP* 2002, II, 10026, note M. BILLIAU, et I, 124, n° 22 et s., obs. G. VINEY ; *D.* 2002, p. 1230, note J. JULIEN ; *RTD civ.* 2002, p. 109, obs. P. JOURDAIN, en matière d'infraction pénale intentionnelle ; Cass. crim, 7 avril 2004, *Bull. crim.* n° 94 ; Cass. soc, 21 juin 2006, *Bull.* V, n° 223 ; *D.* 2006, p. 2831, note S. MINE ; *JCP* 2006, II, 10166, note F. PETIT ; *Resp. civ. assur.* 2006, comm. n° 235, obs. Ch. RADE, en matière d'infraction intentionnelle non condamnée pénalement ; Cass. civ. 2^{ème}, 21 septembre 2004, *Bull.* II, n° 402 ; *Resp. civ. assur.* 2005, comm. n° 276, obs. H. GROUDEL, en matière de faute intentionnelle ; Cass. crim., 28 mars 2006, *Bull. crim.* n° 91 ; *JCP* 2006, II, 10188, note J. MOULY ; *RTD civ.* 2007, p. 135, obs. P. JOURDAIN, en l'absence d'infraction ou de faute intentionnelle. Dans chacune de ces hypothèses, la responsabilité du préposé reste susceptible d'être engagée : Cass. civ. 2^{ème}, 21 février 2008, *D.* 2008, p. 2125, note J.-B. LAYDU ; *JCP* 2008, I, 186, n° 5, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. Par ailleurs, la Cour de cassation considère que l'agent général d'assurance ne bénéficie pas de l'immunité personnelle : v. Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 2002, *Bull.* I, n° 299 ; *D.* 2003, p. 510, concl. J. SAINTE-ROSE.

présence d'un abus de fonction de la part du préposé. Pour qu'elle puisse produire un effet de garantie, il faudrait que le préposé ait agi hors du cadre de sa mission, conformément à la jurisprudence *Costedoat*, sans avoir pour autant commis d'abus de fonction. Plusieurs arrêts nous montrent déjà que la situation est susceptible de se présenter⁵³⁷, si bien que la responsabilité demeure dans une certaine mesure liée à la présence d'un responsable de premier rang.

Mais surtout, la Cour de cassation a toujours maintenu l'exigence d'une faute du préposé dans l'établissement de la responsabilité du commettant. Allant plus loin encore, elle a récemment précisé que l'immunité profitant au préposé laissait subsister la responsabilité pesant sur lui⁵³⁸. La jurisprudence *Costedoat* n'a donc pas pour effet, semble-t-il, d'exonérer le préposé de sa responsabilité, mais seulement de paralyser le droit d'action de la victime, puis le recours du commettant. Cette solution revêt une importance théorique considérable. Elle signifie que la responsabilité du commettant reste subordonnée à celle du préposé, même si celui-ci se trouve à l'abri des poursuites. Il est, dès lors, difficile de soutenir que la responsabilité du commettant est directe. Engagée à la suite de celle du préposé, elle a pour fonction l'indemnisation de la victime, grâce à l'octroi à son profit d'un second patrimoine sur lequel se faire payer, à la suite de l'insuffisance des poursuites contre l'auteur du dommage. Il convient donc de conclure à la qualification de garantie d'indemnisation concernant ce régime de responsabilité, et non de simple responsabilité pour risque⁵³⁹.

124. Responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Les mêmes solutions semblent devoir être adoptées en matière de responsabilité contractuelle du fait d'autrui, qui fut très tôt qualifiée de garantie⁵⁴⁰. Sorte de pendant contractuel de la responsabilité fondée sur l'article 1384, alinéa 5 du Code civil, elle requiert l'existence d'un primo responsable de la même façon que celle-ci, même si la responsabilité est appréciée différemment⁵⁴¹. Sa fonction de garantie d'indemnisation apparaît donc similaire. La victime de l'inexécution dispose

⁵³⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 812-2.

⁵³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2007, *Bull. civ.* I, n° 270 ; *D.* 2007, p. 2908, note S. PORCHY-SIMON ; *JCP* 2007, II, 10162, note S. HOCQUET-BERG ; *JCP* 2008, I, 125, n° 8, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

⁵³⁹ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *préc.*, spéc. p. 308.

⁵⁴⁰ B. PETIT, *op. cit.* L'auteur distingue cependant selon qu'une faute a été commise ou non.

⁵⁴¹ S'agissant de l'exécution d'un contrat, la responsabilité s'apprécie à l'aune de la distinction entre obligations de moyens et de résultat. V., à cet égard, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 831.

d'actions contre deux débiteurs d'indemnisation, ce qui lui confère une sécurité supplémentaire⁵⁴².

125. Responsabilité des personnes morales du fait de leurs organes et dirigeants. La responsabilité d'une personne morale, quant à elle, se combine parfois avec celle, personnelle, de ses dirigeants. La présence d'une faute personnelle du dirigeant ouvre en effet à la victime la possibilité de s'adresser, selon son choix, à l'organe auteur du dommage ou à la personne morale⁵⁴³. La victime bénéficie alors d'un phénomène de garantie en raison de l'élargissement de son gage à un deuxième patrimoine. Certes, il ne fait aujourd'hui aucun doute que la responsabilité de la personne morale à raison des agissements de ses organes dirigeants présente un caractère direct, comme en atteste la position de la Cour de cassation. Les juges dispensent la victime de prouver une faute du dirigeant et d'engager sa responsabilité préalable. Ils imputent directement la faute et la responsabilité à la personne morale⁵⁴⁴. Ceci dit, l'évolution jurisprudentielle, restée pour l'heure inachevée, donne lieu à des solutions assez comparables à celles qui régissent la responsabilité personnelle du préposé. Celle de l'organe dirigeant ne semble exclue qu'à raison d'une faute séparable de ses fonctions⁵⁴⁵, de sorte que la victime bénéficie parfois d'une option. Il est alors possible de considérer que la garantie procurée à la victime porte sur l'obligation de réparation de l'organe. Il s'agit bien d'une garantie d'indemnisation.

126. Principe général de responsabilité du fait d'autrui. Enfin, le régime de responsabilité du fait d'autrui, dégagé par la Cour de cassation à partir de l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil depuis un arrêt du 29 mars 1991⁵⁴⁶, suscite certaines incertitudes. Aujourd'hui, on ne sait si une faute de l'auteur du dommage est nécessaire à l'engagement de la responsabilité fondée sur le contrôle du mode de vie. Le mimétisme entre ce régime de responsabilité et celui bâti à

⁵⁴² V. toutefois, B. PETIT, *op. cit.*, n° 283 : l'auteur considère que la garantie du fait d'autrui, exclusive de toute faute, est directe car l'obligation du débiteur ne vient pas s'ajouter ni se substituer à la dette d'autrui. Il est cependant permis de douter de l'absence de responsabilité préalable de l'auteur du dommage. On ne voit pas de quelle façon il devrait être exonéré de sa responsabilité, dès lors qu'il a contribué directement au dommage éprouvé par la victime. De plus, la circonstance que la responsabilité contractuelle soit directe devrait faire obstacle à la qualification de garantie, puisque le débiteur ne fait que répondre de son inexécution.

⁵⁴³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 855 et s.

⁵⁴⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 854.

⁵⁴⁵ Cass. com., 20 mai 2003, *Bull. civ. IV*, n° 84 ; *D.* 2003, p. 1502, note A. LIENHARD ; *ibid.*, p. 2623, note B. DONDERO ; *RTD civ.* 2003, p. 509, obs. P. JOURDAIN ; *Bull. Joly* 2003, p. 786, obs. H. LE NABASQUE ; *JCP* 2003, I, 101, n° 21, obs. G. VINEY.

⁵⁴⁶ Cass. AP, 29 mars 1991, *Consorts Blicq*, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 1 ; *JCP* 1991, II, 21673, concl. D.-H. DONTENWILLE, note J. GHESTIN ; *D.* 1991, p. 324, note Ch. LARROUMET ; *ibid.*, somm. p. 324, n° 17, obs. J.-L. AUBERT ; *ibid.*, chron. p. 157, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. assur.* 1991, chron. n° 9, par H. GROUDEL ; *RTD civ.* 1991, p. 541, obs. P. JOURDAIN.

partir de l'article 1384, alinéa 4 de ce même code envers les parents, dont il constitue le prolongement⁵⁴⁷, plaide en faveur de son caractère direct. Mais la jurisprudence ne semble pas s'orienter dans cette direction. La Cour de cassation a eu en effet l'occasion de préciser que la responsabilité des associations sportives, fondée sur l'article 1384, alinéa 1^{er}, repose nécessairement sur une faute du sportif⁵⁴⁸. Une généralisation de ce principe est nécessaire à la préservation d'une certaine unité dans l'interprétation de l'article 1384, alinéa 1 du Code civil⁵⁴⁹. Ainsi, on peut penser que ce régime de responsabilité du fait d'autrui appartient à la catégorie des garanties d'indemnisation⁵⁵⁰.

Plusieurs responsabilités du fait d'autrui occupent donc une fonction de garantie dans la mesure où elles prémunissent les victimes d'une inefficacité de l'action contre l'auteur du dommage. Si, tout comme les garanties du droit commun des contrats, elles présentent encore un lien avec une obligation contractuelle, d'autres garanties, dites d'assurance, couvrent un risque indépendant d'une telle obligation préalable.

C) La couverture du risque indépendant d'une obligation.

127. Réparation directe d'un dommage. Contrairement aux précédentes garanties, qui couvraient systématiquement un risque relatif à une obligation, certaines autres peuvent ne présenter aucun lien avec un rapport d'obligation préexistant. Il est certes possible que l'intérêt préservé par la garantie d'assurance soit contractuel, mais cette circonstance est indifférente, la garantie pouvant exister dans l'hypothèse inverse. Le but de la garantie d'assurance est donc la réparation de dommages jugés si graves qu'ils méritent l'établissement d'un mécanisme quasi-automatique d'indemnisation. Tel est le cas des différents fonds de garantie mis en place par la loi (2). Mais la technique la plus utilisée pour obtenir la réparation directe d'un dommage demeure l'assurance (1).

⁵⁴⁷ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 789.

⁵⁴⁸ Cass. AP, 29 juin 2007, JCP 2007, II, 10150, note J.-M. MARMAYOU ; JCP E 2007, p. 2198, note Ch. RADE ; adde M. MEKKI, « La responsabilité délictuelle des clubs sportifs du fait de leurs adhérents: les jeux sont faits... rien ne va plus ! », *RLDC* octobre 2007, p. 17 ; J. FRANÇOIS, « Fait générateur de la responsabilité du fait d'autrui : confirmation ou évolution ? », *D.* 2007, p. 2408 ; S. HOCQUET-BERG, « Essai transformé pour la responsabilité indirecte pour faute d'autrui », *Resp. civ. assur.* 2007, étude n° 17.

⁵⁴⁹ Une telle unité devrait, de l'avis général, s'étendre à la responsabilité parentale, ce qui nécessiterait l'abandon de la jurisprudence *Levert*.

⁵⁵⁰ V., en faveur de cette qualification, S. HOCQUET-BERG, « Essai transformé pour la responsabilité indirecte pour faute d'autrui », art. préc., spéc. n° 12 s.

1) L'assurance.

128. Assurance de dommage et de responsabilité. L'assurance est de prime abord un parfait exemple de garantie de dommage. Son but est en effet d'indemniser la victime d'un sinistre présentant un caractère incertain au moment de la conclusion du contrat. Une obligation préexistante ne trouve donc normalement pas sa place dans ce mécanisme.

Ainsi, l'assureur de dommages prend à sa charge l'indemnisation de l'assuré sur la seule foi de la démonstration du sinistre couvert durant la période définie au contrat. La charge du risque garanti est alors transférée de l'assuré à l'assureur. De même, l'assureur de responsabilité joue un rôle de garant d'un dommage. A la différence du cas de figure précédent, il ne couvre cependant pas la survenance d'un dommage quelconque à un bien ou une personne, mais la mise en jeu de la responsabilité de l'assuré. C'est alors l'assureur, et non plus l'assuré, qui supportera la charge financière de l'engagement de la responsabilité. Même si l'une protège la victime et l'autre le responsable d'un dommage⁵⁵¹, les assurances de dommage et de responsabilité emploient des mécanismes comparables mis au service d'intérêts différents. Il s'agira parfois de la valeur d'un bien ou de l'intégrité corporelle, auquel cas il s'agira d'une assurance de dommage, ou parfois du patrimoine de l'assuré, mis en péril par l'engagement de sa responsabilité. Mais en toute hypothèse, l'assureur agira directement dans un objectif de préservation de l'intérêt assuré, sans qu'une obligation préexistante ne vienne nécessairement interférer dans le processus de mise en œuvre de la garantie.

129. Action directe de la victime. L'assurance de responsabilité présente toutefois une particularité qui engendre des incertitudes sur sa véritable qualification. En effet, elle ne bénéficie pas uniquement à l'assuré, mais également à la victime, par le biais de l'action directe qui lui est reconnue par la jurisprudence. L'assuré peut ainsi solliciter une indemnisation auprès de l'assureur du responsable, sans même qu'il ne soit nécessaire de mettre en cause l'auteur du dommage. Cette action lui offre une sécurité accrue, puisque la victime a la possibilité de s'adresser à l'un ou l'autre de ses débiteurs d'indemnisation, particulièrement à l'assureur qui présente de meilleurs gages de solvabilité, sans même que la

⁵⁵¹ D'où les débats relatifs à leur efficacité comparée dans le traitement du dommage subi par la victime : v. C. RUSSO, *op. cit.* ; M. ROBINEAU, *op. cit.*

mise en cause de l'assuré ne soit nécessaire⁵⁵². Partant de ce constat, on peut alors penser que la garantie due par l'assureur de responsabilité est investie d'un double rôle puisqu'elle couvre deux événements différents. Quand il indemnise l'assuré à raison de sa dette de responsabilité, l'assureur garantit uniquement le risque, déjà réalisé, de lésion des intérêts pécuniaires du responsable. Au contraire, lorsqu'il dédommage la victime dans le cadre de l'action directe, il prend à sa charge les éventuelles difficultés rencontrées pour le recouvrement de la créance en même temps qu'il indemnise la victime du dommage. Il lui incombe, dans les rares hypothèses où il dispose d'une action récursoire contre l'assuré⁵⁵³, de prendre en charge d'éventuelles difficultés d'exécution. Dans ce cas, son obligation pourrait être qualifiée de garantie.

Cette vision des choses est pourtant niée par un auteur qui, sans remettre en cause le rôle de garant joué par l'assureur envers l'assuré responsable, l'estime uniquement tenu par surcroît envers la victime, à raison de sa propre dette envers l'assuré. Pour cela, il observe d'abord que l'assureur n'est pas un garant bénéficiant d'un recours au stade de la contribution à la dette⁵⁵⁴. Ensuite la qualification de garant prêterait également à discussion au stade de l'obligation à la dette, car la victime, au titre de l'action directe, ne disposerait pas d'un droit autonome et pourrait se voir opposer tant les exceptions tirées du contrat d'assurance que celles issues du droit de la responsabilité civile.

Mais ces critiques paraissent injustifiées. Tout d'abord, il importe peu que le garant dispose ou non d'un recours contre un tiers. La notion de garantie, définie de façon fonctionnelle, doit être appréciée uniquement à l'aune de la situation de la victime. Il convient seulement d'observer si ses chances sont accrues d'obtenir une réparation ou un rétablissement de ses droits en cas de survenance d'un événement incertain. Si tel est le cas, on se trouve en présence d'une garantie. Il est ensuite possible que le garant bénéficie d'un recours contre un tiers, mais cette circonstance est étrangère à la notion de garantie. De même, l'opposabilité des exceptions ne détermine en rien la qualification de garantie, mais

⁵⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, *Bull. civ.* I, n° 274 ; *JCP* 2001, II, 10456, note G. VINEY ; *RGDA* 2000, p. 581, obs. J. KULLMANN ; *Rev. dr. immo.* 2000, p. 363, obs. G. DURRY.

⁵⁵³ L. MAYAUX, « L'assureur est-il un garant ? », *Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D. C. LAMBERT*, Dalloz, 2002, p. 281, n° 11 et s. ; n° 16 et s.

⁵⁵⁴ L. MAYAUX, « L'assureur est-il un garant ? », art. préc., n° 16 et s. L'auteur reconnaît le rôle de garant « par défaut » lorsque, accidentellement, l'assureur dispose d'un recours contributoire contre son assuré. Mais c'est pour critiquer la légitimité de cette garantie, qui malmènerait les règles de l'action directe ou encore de la répétition de l'indu. Les arguments ne manquent pas de pertinence, mais ils ne font pas obstacle à la qualification de garantie d'exécution, à partir du moment où une telle action est reconnue.

uniquement l'efficacité et le degré d'accessoriété de la garantie. L'assureur de responsabilité doit être qualifié de garant, que l'on se place dans ses rapports avec l'assuré ou avec la victime⁵⁵⁵.

Toutefois, l'assurance constitue autant, dans cette hypothèse, une garantie d'assurance qu'une garantie d'exécution. C'est alors, en effet, le risque de défaillance ou d'insolvabilité de l'auteur du dommage que vient couvrir l'assureur. Tout comme les mécanismes de responsabilité du fait d'autrui qualifiés de garanties, l'assurance directe ne peut fonctionner qu'en présence d'un primo responsable, même si la Cour de cassation admet l'exercice de l'action directe contre l'assureur en l'absence de mise en cause de l'assuré⁵⁵⁶. Cette dernière solution reflète une volonté des juges de détacher d'une obligation préexistante l'action directe de la victime contre l'assureur. Mais l'engagement d'une responsabilité préalable demeure nécessaire, ce qui suffit à considérer cette action comme une garantie d'exécution. L'action directe est aussi investie d'une certaine autonomie lorsque le responsable bénéficie d'une immunité en application de l'article L. 121-12 du Code des assurances⁵⁵⁷. Mais la situation est alors semblable à celle qui résulte de l'immunité du préposé : la responsabilité n'est pas effacée, seulement paralysée.

A l'exception de l'assurance directe et de quelques autres mécanismes proches des garanties de paiement, l'assurance doit cependant être classée parmi les garanties couvrant un risque indépendant d'une inexécution. Il en est de même des fonds de garantie mis à la disposition de certaines catégories de victimes.

2) Les fonds de garantie.

130. Garantie contre les infractions. Les fonds de garantie et d'indemnisation financés par la collectivité se multiplient depuis quelques décennies. Leur technique, fondée sur l'imputation du risque à un débiteur d'indemnisation, s'apparente à celle de l'assurance. Leur fonction de garantie est indéniable, leur objectif avoué étant l'indemnisation de certains dommages particuliers. Des différences apparaissent certes dans le degré d'accessoriété de la garantie ainsi procurée aux victimes. Certains des fonds interviennent en l'absence

⁵⁵⁵ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 356 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité », art. préc. ; S. PRIGENT, « Engagement pour autrui et assurance », art. préc., p. 597 ; C. RUSSO, *op. cit.*, n° 63 et s.

⁵⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, préc.

⁵⁵⁷ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 694 ; et, sur ces immunités, n° 607 et s.

d'obligation préexistante, tandis que d'autres voient leur saisine subordonnée à l'existence d'un tel rapport préalable. Certains répondent à une exigence de subsidiarité par rapport à l'obligation principale, sans que cette règle ne présente un caractère général. En conséquence, on pourra parler, tantôt de garantie d'indemnisation, tantôt de garantie d'assurance. Mais tous les fonds ont pour point commun la prise en charge de certains dommages qui retiennent particulièrement l'attention de la communauté.

C'est d'abord le cas du Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions⁵⁵⁸ et du Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme⁵⁵⁹. Tous deux interviennent à la suite d'une infraction, si bien qu'ils apparaissent comme des débiteurs d'indemnisation de second rang. Leur fonction de garantie ne prête pas à discussion, la Cour de cassation y faisant même explicitement référence concernant le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme⁵⁶⁰. L'absence de subsidiarité dans l'intervention du Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions⁵⁶¹ ne remet pas en cause le fait qu'une obligation de premier rang soit nécessaire à sa saisine, car l'accessoire n'est pas synonyme de subsidiarité⁵⁶². En conséquence, ces fonds peuvent être classés parmi les garanties d'indemnisation, même si la technique adoptée, reposant sur la collectivisation du risque, se rapproche davantage de l'assurance.

131. Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage. Concernant ensuite les dommages subis indépendamment d'une infraction pénale, le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommage joue un rôle de garantie d'exécution d'une obligation lorsque le responsable est inconnu, dépourvu d'assurance ou que son assureur est insolvable. La garantie agit au second degré, puisque la victime peut successivement s'adresser à l'auteur du dommage ou son assureur, puis au fonds de garantie⁵⁶³. Là encore, est mise à la disposition de la victime une action supplémentaire en vue d'une indemnisation plus effective, même si son exercice est subsidiaire. La présence d'un débiteur de premier rang est nécessairement requise, même si le Fonds peut indemniser la victime en l'absence d'identification du responsable : la démonstration préalable d'une responsabilité de premier rang n'en demeure

⁵⁵⁸ Article 706-3 du Code de procédure pénale.

⁵⁵⁹ Article L. 126-1 du Code des assurances.

⁵⁶⁰ Cass. civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, *Bull. civ.* II, n° 265 ; *D.* 2005, p. 1192, obs. P. COURBE : « (...) cette loi est destinée à assurer une indemnisation fondée sur la solidarité nationale, au moyen d'un système de garantie du risque social de la délinquance (...) ».

⁵⁶¹ Article 706-3 du Code de procédure pénale ; *adde*, Cass. civ. 2^{ème}, 23 juin 1993, *Bull. civ.* II, n° 224 ; Cass. civ. 2^{ème}, 6 novembre 1996, *Bull. civ.* II, n° 243

⁵⁶² V., sur la notion d'accessoire, *infra*, n° 246 et s.

⁵⁶³ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 2565.

pas moins une condition de la saisine⁵⁶⁴. Comme les précédentes, cette garantie, qui s'apparente à celle que donnent les responsables du fait d'autrui, ressort sans doute davantage des garanties d'indemnisation que des garanties d'assurance, même si le recours à la collectivité la rapproche de cette dernière catégorie.

132. Office national d'indemnisation des accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales. La mission de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, affections iatrogènes et infections nosocomiales (ONIAM) présente en revanche plusieurs facettes. Ce fonds peut être tenu d'une obligation de réparation aux côtés d'un responsable de premier rang, lorsqu'il intervient comme substitut à l'assureur⁵⁶⁵ ou vise à indemniser des victimes contaminées par le HIV à la suite d'une transfusion sanguine⁵⁶⁶. Dans ces cas, la victime conserve la possibilité de mettre en œuvre la responsabilité de l'auteur du dommage ou l'assurance suivant les règles du droit commun, et dispose donc de plusieurs voies de droit distinctes pour obtenir le rétablissement de ses intérêts protégés⁵⁶⁷. Mais l'ONIAM assure aussi à la victime d'un aléa thérapeutique une indemnisation indépendante de toute responsabilité médicale⁵⁶⁸, pour peu que les conditions de sa mise en jeu soient réunies. Il peut donc, selon les circonstances, procurer une garantie d'indemnisation ou une garantie d'assurance.

133. Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. Enfin, le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante est tenu d'une obligation principale de réparation du dommage subi⁵⁶⁹, de sorte qu'il apparaît engagé au titre d'une garantie directe de dommage. Le caractère principal de l'intervention du fonds permet de conclure à la qualification de garantie d'assurance, indépendante de l'exécution d'une obligation préexistante. Toutefois, il est tout à fait possible qu'une responsabilité soit engagée parallèlement à sa saisine⁵⁷⁰. Dans ces circonstances, la qualification de garantie d'indemnisation paraît plus exacte. Comme

⁵⁶⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1992, *RGAT* 1992, p. 307, note J. LANDEL.

⁵⁶⁵ Tel est notamment le cas lorsque la responsabilité d'un professionnel, d'un établissement, service ou organisme de santé est engagée mais qu'il y a silence ou refus explicite de la part de l'assureur de faire une offre, ou lorsque le responsable des dommages n'est pas assuré. L'intervention de l'ONIAM répond alors toutefois à un principe de subsidiarité.

⁵⁶⁶ Art. L. 3122-1 et s. du Code de la santé publique.

⁵⁶⁷ L'articulation des différentes actions de la victime n'a pas été sans poser certaines difficultés : v., sur cette question, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 8509 et s. ; A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, LGDJ, 2003, n° 6-19 et s.

⁵⁶⁸ Art. L. 1142-1 et s. du Code de la santé publique.

⁵⁶⁹ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 8490.

⁵⁷⁰ V. alors, sur les rapports des deux actions de la victime, Ch. GUETTIER, « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *Resp. civ. assur.* 2002, chron. n° 19 et 22, spéc. p. 6 et s.

l'ONIAM, le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante peut assurer la couverture de risques différents, de sorte que l'hésitation reste permise sur son classement au sein des garanties.

134. Conclusion de la Section 2. La définition fonctionnelle de la garantie repose sur le critère de la couverture d'un risque. La garantie n'est en réalité qu'un moyen, pour un individu soumis à une incertitude, de se prémunir d'un certain événement dommageable, en transférant les conséquences sur un tiers par dérogation au droit commun. Ainsi, le garant ne supporte pas les conséquences de ses actes, mais est simplement engagé à apporter une sécurité au bénéficiaire de la garantie. Si elle permet d'unifier la notion de garantie, cette conception demeure malgré tout très large, si bien que des subdivisions doivent être opérées.

Le critère le plus pertinent pour ce faire demeure celui de l'intérêt protégé par la garantie. Il est en effet possible de considérer que de l'objet de la garantie, c'est-à-dire du risque pris en charge, dépend une partie du régime de cette garantie. Se distinguent les garanties visant à l'exécution d'une obligation, celles visant à l'effet utile d'un droit du créancier et celles qui, au lieu de dépendre d'une obligation préexistante, tendent simplement à la réparation d'un quelconque dommage. Chacune de ces catégories, qui se distinguent par un trait commun, comprend elle-même des mécanismes variés. Il en est surtout ainsi des garanties de paiement, qui peuvent faire naître une quelconque obligation à la charge d'un tiers, ou un droit réel sur un bien du débiteur ou d'un tiers, ou encore se contenter de sauvegarder la capacité de paiement du débiteur. De même, les garanties d'exécution et d'indemnisation peuvent porter sur un dommage contractuel, c'est-à-dire l'ineffectivité d'un droit réel transféré par contrat, ou extracontractuel. Enfin, les garanties d'assurance peuvent couvrir une multiplicité de risques. Si les catégories ainsi présentées se recoupent parfois, elles demeurent les plus aptes à rendre compte de la diversité des mécanismes mis en œuvre et des intérêts protégés.

135. Conclusion du Chapitre 2. Le critère fonctionnel de définition de la garantie apparaît finalement comme le seul apte à appréhender la garantie dans sa diversité et, en même temps, à lui fournir un contenu précis. Définie comme un mécanisme de couverture d'un risque, c'est-à-dire d'une incertitude affectant la survenance ultérieure d'un dommage, la garantie n'est enfermée dans aucune limite inhérente à une technique précise du droit des obligations ou des biens, mais constitue une catégorie générique pouvant revêtir plusieurs réalités

différentes. Dès lors que l'on admet la couverture d'une multiplicité d'intérêts différents, ayant pour seul point commun de présenter une importance particulière aux yeux du droit positif, la garantie trouve une véritable cohésion. La diversité des intérêts protégés rend malgré tout nécessaire une classification des garanties selon le critère du risque couvert. Même si la frontière entre les différentes familles n'est pas toujours aisée à tracer, la démarche permet tout à la fois de conférer une unité à la notion de garantie, tout en prenant en compte les spécificités de chaque technique particulière affectée à cette fonction.

Toutefois, la diversité de garanties n'est pas sans susciter des interrogations. Il serait en effet assez vain de déterminer le contenu de la notion de garantie si aucune conséquence juridique n'en découlait. Il est donc nécessaire, au delà du tronc commun formé par la fonction de protection du bénéficiaire, de rechercher un régime primaire commun à l'ensemble des garanties, ou tout du moins à certaines catégories. Pour ce faire, il est nécessaire de s'interroger sur les conséquences de la finalité de la garantie sur sa structure. La nécessité d'une incertitude, postulée par la notion de couverture du risque, implique une singularité de la structure temporelle de la garantie, articulée autour de la réalisation du risque.

136. Conclusion du Titre 1. Des deux approches possibles de la notion de garantie, l'une conceptuelle, l'autre fonctionnelle, la seconde doit être retenue. La première, en effet, n'est pas viable, faute de poser des critères suffisamment généraux pour embrasser l'ensemble des mécanismes généralement qualifiés de garanties. Si certains se rapprochent nettement des notions de responsabilité, d'erreur ou de cause, ces fondements proposés de la garantie demeurent insuffisants car ils s'en distinguent et n'en proposent surtout qu'une vision parcellaire insusceptible de mener à une définition générale. Quant aux propositions visant à ériger la garantie en obligation autonome, elles ne demeurent pas non plus à l'abri de la critique.

La démarche fonctionnelle proposée en droit des sûretés et des assurances est plus satisfaisante car, fondée sur la finalité de la garantie, elle permet de faire entrer dans sa définition l'ensemble des mécanismes considérés comme tels. Malgré sa relative imprécision, elle doit donc être retenue. Plus précisément, c'est la fonction de couverture d'un risque, c'est-à-dire d'une incertitude, qui caractérise la garantie. Dès lors, de nombreuses techniques peuvent être qualifiées de garantie. Il en est ainsi de l'ensemble des procédés facilitant les chances d'un créancier d'obtenir le paiement d'une créance, mais aussi des garanties destinées à assurer l'effet utile d'un contrat portant sur un bien ou de la réparation de certains

dommages. La notion de garantie comprend donc les sûretés et les mécanismes qui leur sont assimilables, les garanties légales et conventionnelles du droit des contrats, les responsabilités du fait d'autrui, l'assurance et les fonds de garantie et d'indemnisation établis par la loi.

Cette fonction de garantie n'est pas dépourvue de conséquences. Elle a en effet pour conséquence une identité de structure et d'inscription dans le temps de la garantie.

TITRE 2

UNITE TEMPORELLE DE LA GARANTIE.

137. Influence du temps sur les obligations du garant. Nous avons observé que l'unique méthode apte à conférer une certaine unité à la notion de garantie repose sur l'adoption d'un critère fonctionnel. C'est uniquement parce qu'elle transfère au garant un risque affectant, soit l'exécution d'une obligation, soit plus généralement un droit subjectif quelconque du créancier, qu'une institution peut être qualifiée de garantie. Mais cette simple constatation ne suffit à donner à la garantie un contenu suffisamment solide⁵⁷¹. Il faut vérifier si l'approche fonctionnelle emporte des conséquences précises sur le régime des garanties.

Or tel semble assurément être le cas. Le critère de la couverture d'un risque, que nous nous proposons d'adopter, se révèle fertile en conséquences, puisqu'il permet de mettre en évidence l'influence du facteur temporel au cours de l'existence de la garantie. De par sa fonction, la garantie est nécessairement soumise à l'écoulement du temps. Plusieurs phases se succèdent logiquement. Le garant s'engage d'abord à prendre en charge les conséquences du risque au cas où il se réaliserait. Cet engagement, couplé à un certain nombre d'obligations accessoires destinées à augmenter son effectivité, assure d'ores et déjà une certaine sécurité au bénéficiaire. Mais c'est lorsque survient l'évènement redouté que la protection prend forme et que le garant devra restaurer, d'une façon ou d'une autre, les intérêts lésés. Ainsi, la garantie ne saurait produire les mêmes conséquences selon le stade auquel on se situe. La protection du bénéficiaire est susceptible de degrés selon le moment où elle est envisagée. Il est alors impossible de ne pas songer à la distinction, d'ores et déjà consacrée en matière de cautionnement et d'assurance, entre obligation de couverture et obligation de règlement.

Il semble d'abord possible de percevoir une unité temporelle pendant la phase d'exécution de la garantie, autour de cette distinction fondamentale. Quelle que soit la

⁵⁷¹ De manière générale, il a été démontré qu'une institution ne peut valablement être définie par son seul objectif, et qu'il convient, pour définir une notion, de dégager un minimum de cohérence dans son mécanisme : v. sur ce point R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. LE BALLE, Sirey, 1953. Il est d'autant plus étonnant que les auteurs ne définissent la garantie, pour l'opposer à la sûreté, qu'au regard de son objectif de protection du créancier.

garantie envisagée, elle comporterait une obligation de règlement, qui répare les intérêts du bénéficiaire, ainsi qu'une obligation de couverture, présente dès la conclusion de la garantie. Si les termes d'obligation de couverture et d'obligation de règlement prêtent à discussion, la structure même de la garantie n'en demeure pas moins articulée de manière à remplir sa fonction de couverture du risque. Néanmoins, il est nécessaire de vérifier si toutes les garanties répondent à ce schéma d'inscription dans le temps. Une unité temporelle dépend de l'existence d'un corpus de règles communes à l'ensemble des garanties. Elle doit alors se retrouver au travers des règles régissant leur date de naissance, ainsi que leur extinction. Seront donc abordées successivement, dans les développements suivants, la structure temporelle dualiste de la garantie, à travers la présence au sein des garanties de l'opposition entre couverture et règlement (Chapitre 1), puis les limites dans le temps de ces deux étapes de la garantie (Chapitre 2), ces deux points participant d'une même problématique d'unité dans le temps de la notion de garantie.

Chapitre 1

Structure temporelle de la garantie.

138. Dualité de phases de la garantie. La garantie, destinée à couvrir un risque affectant un créancier ou plus généralement une personne juridique, répond à une structure particulière. C'est en effet la survenance du risque, c'est-à-dire de la lésion de l'intérêt protégé, qui va déterminer son sort. Comme la garantie a pour objet de couvrir une incertitude portant sur un évènement futur, elle existe alors même qu'il ne s'est pas réalisé. Mais elle ne se matérialise qu'une fois le dommage actuel, car c'est en principe à compter de cet instant qu'elle développe tous ses effets. Ce système à double détente ne peut que rappeler la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement, mise en évidence en matière de cautionnement de dettes futures et d'assurance. Il reste à déterminer si la célèbre construction doctrinale peut être généralisée, au-delà de ce périmètre, à l'ensemble des garanties, et à quelles conditions elle peut l'être. Autrement dit, il faut vérifier si elle est consubstantielle à la notion de garantie. Telle est la démarche entreprise par un certain nombre d'auteurs. Une réponse positive à la première de ces questions, en effet, permettrait d'expliquer le rôle particulier joué par l'écoulement du temps dans le mécanisme de garantie. Elle aiderait notamment à comprendre leur processus de création et d'extinction.

L'étude des différentes propositions doctrinales en ce sens révèle leur caractère incomplet et insuffisant (Section 1). Il est alors nécessaire, tout en les adoptant pour l'essentiel, de les amender de façon à mettre en évidence une certaine unité de structure temporelle au sein des garanties (Section 2).

Section 1 : Exposé de la conception dualiste de la garantie.

La structure temporelle des différentes garanties semble *a priori* proche de celle, dualiste, de l'obligation de la caution de dettes futures ou de l'assureur, deux cas particuliers de garantie pour lesquels se trouve d'ores et déjà consacrée la distinction de l'obligation de couverture et de l'obligation de règlement. Il convient en premier lieu d'expliquer les bases de cette théorie et de montrer son rôle dans le droit positif actuel. A ce titre, si les enseignements de Christian MOULY semblent bien assimilés par le droit positif en matière de cautionnement

et d'assurance (§1), la transposition de la théorie dualiste à d'autres garanties demeure pour l'heure embryonnaire (§2).

§1 : La distinction des obligations de couverture et de règlement.

C'est en 1979, grâce à la thèse de Christian MOULY⁵⁷², qu'une vision dualiste de certaines garanties a commencé à s'imposer. Sa vision tranche singulièrement avec les solutions retenues auparavant. L'auteur a en effet avancé une conception renouvelée de l'inscription dans le temps du cautionnement, dont les ramifications s'étendent jusqu'au droit des assurances, en raison du parallèle tracé entre la garantie offerte par la caution de dettes futures et celle offerte par l'assureur. Christian MOULY s'est attaché à montrer que le cautionnement de dettes futures répondait à une structure originale qui permettait d'expliquer son inscription dans le temps de façon plus satisfaisante que les solutions communément admises jusque là (A). Très rapidement, la distinction entre obligations de couverture et de règlement s'est avérée si fertile en conséquences que les juges l'ont consacrée explicitement et qu'elle n'est plus guère contestée aujourd'hui, ni par la doctrine, ni par la jurisprudence.

A) Exposé de la distinction des obligations de couverture et de règlement.

139. Dualité d'obligations de la caution de dettes futures. La distinction des obligations de couverture et de règlement est somme toute assez récente : elle est l'œuvre de Christian MOULY, dont les enseignements furent exposés pour la première fois dans sa thèse relative aux causes d'extinction du cautionnement⁵⁷³. Elle fut ensuite largement reprise. Le raisonnement présenté par l'auteur repose sur une distinction entre les cautionnements de dettes présentes et de dettes futures. Même si leur but et leur technique se rejoignent dans une large mesure, ils se différencient par leur inscription dans le temps. C'est le cautionnement de dettes futures qui, de ce point de vue, présente l'originalité la plus marquée. Christian MOULY cherche notamment à expliquer pourquoi le terme extinctif ne toucherait que certains éléments d'un tel cautionnement sans exercer d'influence sur d'autres. Les explications présentées auparavant, fondées sur le postulat d'une obligation unique de la caution, tendaient à montrer que cette obligation ne naissait qu'une fois la dette principale venue au jour, de sorte que le cautionnement de dettes futures ne constituait en réalité qu'une promesse de

⁵⁷² Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, *op. cit.*

⁵⁷³ Ch. MOULY, *op. cit.*, spéc. n° 255.

cautionnement⁵⁷⁴. Elles demeureraient impuissantes à rendre compte du mécanisme du cautionnement de dettes futures⁵⁷⁵. La garantie procurée par le cautionnement, en effet, ne naît pas au même moment que les obligations principales, mais court au contraire dès la conclusion du cautionnement, comme en attestent notamment les obligations accessoires mises à la charge des parties à ce moment. Il fallait donc se replier sur une explication différente, reposant sur une dualité d'obligations. La distinction avancée par Christian MOULY oppose alors ce qu'il appelle l'obligation de couverture et l'obligation de règlement de la caution. Elle entraîne un certain nombre de conséquences importantes.

En premier lieu, l'obligation de couverture lie la caution dès son engagement, peu important que les dettes principales soient nées ou non à cet instant. Son rôle se dédouble : elle vise à prémunir le créancier contre le risque de non-paiement, mais aussi à préciser quelles dettes devront être couvertes par la caution⁵⁷⁶. L'obligation de couverture est donc liée à la garantie du risque couru par le créancier, ainsi qu'à la déterminabilité des obligations de la caution. Même si le montant exact de son engagement reste inconnu à la naissance du cautionnement, l'obligation de couverture permet de calculer la portée de l'obligation de la caution en désignant dans le temps les dettes futures susceptibles d'être cautionnées. L'obligation de couverture souscrite par le garant, en même temps qu'une garantie de satisfaction du créancier, est donc l'expression dans le temps du cautionnement de dettes futures, l'élément qui permet de lui donner une véritable consistance dès sa conclusion. Sa particularité, outre qu'elle porte sur un service, c'est-à-dire la sécurité offerte au créancier, est de s'étaler dans le temps.

L'obligation de règlement, quant à elle, présente une facture plus classique. A l'inverse de l'obligation de couverture, elle naît simultanément à la dette principale cautionnée et son exécution est instantanée⁵⁷⁷, même si elle peut être retardée par la stipulation d'un terme. Elle porte sur une chose, généralement une somme d'argent, et non sur la prestation d'un service. Cet aspect de l'obligation de caution n'est pas propre au cautionnement de dettes futures, mais figure dans tout cautionnement à la défaillance du

⁵⁷⁴ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Contrats civils*, 2^{ème} partie, 2^{ème} éd., LGDJ, 1954, n° 1516 ; J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à la formation successive des droits*, A. Rousseau, 1955, n° 71.

⁵⁷⁵ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 253.

⁵⁷⁶ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 255 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, spéc. n° 205.

⁵⁷⁷ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 261 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, spéc. n° 101, *in fine*.

débiteur. Elle n'est affectée d'aucune particularité notable. Simplement, elle revêt un caractère éventuel dans l'hypothèse de dettes futures.

L'analyse montre que, loin de constituer une promesse de cautionnement, le cautionnement de dettes futures naît dès sa conclusion et génère une obligation de couverture à la charge de la caution, ainsi que certaines obligations accessoires.

140. Conséquences de la théorie dualiste sur l'extinction du cautionnement de dettes futures. Outre la question de la naissance de l'obligation de la caution, l'analyse dualiste de l'obligation de caution de dettes futures fournit une explication du processus d'extinction de ce type de cautionnement. Elle implique en effet une dissociation⁵⁷⁸. Dans la mesure où l'obligation de règlement ne présente aucune particularité notable, elle s'éteint à raison des mêmes causes que n'importe quelle obligation à exécution instantanée⁵⁷⁹. L'obligation de couverture, quant à elle, est conclue *intuitu personae* entre la caution et le créancier, et surtout son objectif réside, non seulement dans la garantie offerte au créancier, mais aussi dans la détermination des obligations incombant à la caution. Deux conséquences en découlent. En premier lieu, seuls le terme et la résiliation sont susceptibles de mettre fin à la couverture⁵⁸⁰. Ensuite, certaines causes d'extinction du cautionnement ne touchent en réalité que l'obligation de couverture, c'est-à-dire qu'elles mettent fin à la période pendant laquelle de nouvelles dettes naissent à la charge de la caution. Elles laissent subsister les obligations de règlement déjà nées à la charge de la caution⁵⁸¹. Le décalage ainsi créé explique que le terme extinctif affectant le cautionnement de dettes futures ne mette pas un terme à l'ensemble des obligations de la caution, tout comme sa résiliation ou le décès de la caution : seules les dettes futures ne sont alors plus couvertes. Les dettes présentes, quant à elles, restent dues jusqu'à ce qu'intervienne une cause d'extinction plus spécifique.

Ainsi présentée, la théorie dualiste du cautionnement présente donc deux intérêts majeurs : avancer la date de naissance des obligations de la caution au jour de son engagement, puisque ce jour ne marque pas, dans le cadre d'un cautionnement de dettes futures, la formation d'une promesse de cautionnement, mais la naissance de l'obligation de

⁵⁷⁸ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 507 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 361 et s.

⁵⁷⁹ Seule son extinction par voie accessoire peut présenter une certaine originalité : notamment lorsque l'obligation principale est frappée de nullité : dans ce cas, l'obligation accessoire de la caution sera également annulée en l'absence du support nécessaire de l'obligation principale. Mais cela ne résulte que du caractère accessoire du cautionnement et non d'une particularité de l'obligation de règlement en elle-même.

⁵⁸⁰ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 205.

⁵⁸¹ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 219.

couverture de la caution. D'autre part, certaines obligations de règlement peuvent survivre à différents évènements susceptibles de mettre fin à l'obligation de couverture, dans la mesure où elles sont apparues durant la période de couverture.

141. Comparaison du cautionnement de dettes futures et de l'assurance. La dualité d'obligations, mise en évidence par Christian MOULY, permet de comprendre la spécificité du cautionnement de dettes futures, particulièrement son inscription dans le temps, tout en mettant l'accent sur sa fonction de garantie. Au-delà de ces constatations, elle paraît tout à fait apte à être transposée à d'autres mécanismes, qui partagent avec le cautionnement la qualification de garantie. L'auteur lui-même s'engage dans cette démarche en opérant une comparaison entre le cautionnement de dettes futures et l'assurance⁵⁸². Le point central du raisonnement réside dans la notion d'intérêt assuré, c'est-à-dire la valeur économique protégée par le mécanisme de l'assurance. En matière d'assurance de dommages, cet intérêt n'est pas le bien assuré, mais le lien entre ce bien et le bénéficiaire de l'assurance⁵⁸³. Un parallèle avec le cautionnement de dettes futures peut alors être tracé en considérant, comme le fait l'auteur, que l'intérêt cautionné est le lien unissant le créancier à sa créance principale⁵⁸⁴. L'inexécution de cette créance par le débiteur a pour conséquence sa dépréciation, et donc la dévaluation de l'intérêt cautionné. Le cautionnement offre alors une garantie identique à celle procurée par l'assureur de dommage : il protège la valeur économique représentée par la créance contre une telle dépréciation. La comparaison ne s'arrête pas à ce constat : la structure de l'obligation de la caution de dettes futures présente une parenté indéniable avec celle de l'assureur. On peut, dans l'une et l'autre de ces hypothèses, discerner deux obligations distinctes comprises au sein de l'opération globale : les obligations de couverture et de règlement. Cette structure dualiste de l'obligation trouve à s'appliquer en raison de l'étalement dans le temps de la couverture du risque par le garant. L'assureur est tenu d'indemniser le bénéficiaire dans le cas où le sinistre se produirait dans une période donnée⁵⁸⁵. Il est donc tout à fait possible de considérer que l'obligation de couverture s'étend sur la période de temps durant laquelle doit survenir le sinistre, et que l'obligation de règlement est due par l'assureur une fois l'éventualité de ce risque réalisée.

⁵⁸² Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 259 ; *adde* N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc.

⁵⁸³ M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 181.

⁵⁸⁴ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 259.

⁵⁸⁵ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 745.

Les différentes propositions élaborées par Christian MOULY ne sont pas restées sans lendemain en droit positif.

B) Réception en droit positif de la distinction des obligations de couverture et de règlement.

142. Consécration doctrinale de la théorie dualiste. L'analyse de Christian MOULY a rapidement exercé une influence importante sur le droit positif. Loin d'être cantonnée dans une optique purement théorique, en effet, la proposition doctrinale avait pour objectif d'expliquer les solutions en vigueur, notamment en matière de naissance et d'extinction du cautionnement. Du reste, elle fait aujourd'hui l'objet d'une quasi-unanimité en doctrine. Tous les auteurs recourent à des degrés divers à la distinction des obligations de couverture et de règlement afin d'expliquer la naissance et l'extinction des obligations de la caution de dettes futures, ainsi que le fonctionnement général de ce type de cautionnement⁵⁸⁶. Peu nombreux sont ceux qui évoquent encore l'idée de promesse de cautionnement pour décrire le cautionnement de dettes futures⁵⁸⁷.

143. Consécration jurisprudentielle de la théorie dualiste. La jurisprudence abonde en ce sens. Elle considère que l'obligation de caution est d'ores et déjà née dès la conclusion du contrat, avant même que n'apparaissent les dettes principales couvertes⁵⁸⁸. Cela montre bien que le cautionnement de dettes futures ne peut être analysé comme une promesse de cautionnement, contrairement à ce que considérait la doctrine antérieure à Christian MOULY. Cette solution jurisprudentielle implique nécessairement la reconnaissance de la distinction des obligations de couverture et de règlement, seule capable de rendre compte de l'originalité de l'inscription dans le temps du cautionnement de dettes futures. De même, les juges ont

⁵⁸⁶ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, spéc. n° 101 et s., parmi de nombreuses références à la théorie dualiste ; D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 227 et s. ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 240 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 110 concernant la structure du cautionnement de dettes futures et n° 246 et s. concernant les conséquences sur l'extinction du cautionnement ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 82 et s. ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 606 et s. ; P. ANCEL, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 97 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, 7^{ème} éd., par F. PICOD, Montchrestien, 1999, n° 21-1 ; D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 433 et 446 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 261 et s. ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 241 et s. ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc.

⁵⁸⁷ V. toutefois J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 122. Mais l'auteur ne recourt pas à la notion de promesse de cautionnement ; il estime simplement que l'obligation de la caution de dettes futures est affectée d'une condition suspensive.

⁵⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 152 ; *JCP* 1992, II, 101, note R. LE GUIDEC ; *RTD civ.* 1992, p. 442, note F. LUCET et B. VAREILLE : « Le jour auquel naît la créance à l'égard de la caution est la date à laquelle elle s'engage ». En conséquence, l'engagement de la caution n'est en principe pas nul pour indétermination de son objet lorsqu'il porte sur des dettes à naître : Cass. com, 22 février 1994, *Bull.* IV, n° 68 ; *Defrénois* 1994, p. 1170, obs. L. AYNES.

maintes fois décidé du maintien de certaines obligations de la caution alors même que son engagement avait pris fin. Ils considèrent que l'extinction de l'obligation de couverture de la caution a laissé survivre les obligations de règlement déjà nées à cette date. Tel est le cas lorsque la caution a résilié son engagement à l'égard du créancier⁵⁸⁹ ou qu'un terme extinctif a mis fin au contrat⁵⁹⁰. Les juges se prononcent également en faveur de la transmission de certaines de ses dettes aux héritiers de la caution après son décès⁵⁹¹. Enfin, la caution reste tenue des seules dettes nées avant la disparition de la personne morale du débiteur par fusion-absorption, à l'exclusion des dettes nées après cet événement⁵⁹². Le même raisonnement a longtemps été appliqué à la fusion-absorption touchant le créancier⁵⁹³.

Incompréhensibles suivant la vision classique selon laquelle le cautionnement donne naissance à une obligation unique, ces solutions s'intègrent harmonieusement dans un système reposant sur une dualité d'obligations de la caution de dettes futures. A l'inverse des obligations de règlement, qui ne sont en principe pas affectées par l'évolution de la qualité des parties, l'obligation de couverture est revêtue d'un *intuitus personae* particulièrement marqué, qui commande de prendre en considération la personne de la caution et ses rapports avec le débiteur principal, voire avec le créancier dans certaines hypothèses. Elle pourrait donc

⁵⁸⁹ Cass. com., 16 octobre 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 237 ; Cass. com., 11 mai 1993, *Bull. civ.* IV, n° 178 ; *D.* 1993, somm. p. 314, obs. L. AYNES ; *JCP* 1994, II, 22188, note Ph. DELEBECQUE ; *Rev. dr. banc. bourse* 1993, p. 255, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 2002, *Bull. civ.* I, n° 303 ; *Rev. dr. banc. fin.* 2003, comm. n° 68, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 27 février 2007, inédit, pourvoi n° 06-13102.

⁵⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, *D.* 2001, AJ, p. 2298.

⁵⁹¹ Cass. com., 29 juin 1982, *Ernault*, *D.* 1983, p. 360, note Ch. MOULY ; *JCP* 1984, II, 20148, note P. BOUTEILLER ; *Gaz. Pal.* 1982, 2, 583, note S. PIEDELIEVRE ; *RTD. civ.* 1983, p. 354, obs. Ph. RÉMY ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1986, *Bull. civ.* I, n° 147 ; *JCP* 1986, II, 20666, concl. GULPHE ; *Defrénois* 1987, p. 81, note A. PIEDELIEVRE ; Cass. com., 13 janvier 1987, *D.* 1987, somm., p. 453, obs. L. AYNES ; *JCP* 1988, II, 20954, note E. DE LA MARNIERE ; *JCP E* 1987, II, 15054, note M. BEHAR-TOUCHAIS.

⁵⁹² Cass. com., 8 novembre 2005, *Bull. civ.* IV, n° 219 ; *JCP* 2005, II, 10170, 1^{ère} espèce, note D. HOUTCIEFF ; *D.* 2005, p. 2875, note A. LIENHARD ; *JCP E* 2006, n° 1000, note D. LEGEAIS ; *RDC* 2006, p. 467, note D. HOUTCIEFF ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 février 2000, inédit ; Cass. com., 20 janvier 1987, *JCP* 1987, II, 20844, note M. GERMAIN ; Cass. com., 23 mars 1999, *JCP E* 1999, p. 1012, note A. COURET ; Cass. com., 21 janvier 2003, *Bull. civ.* IV, n° 9.

⁵⁹³ Cass. com., 22 janvier 1985, *Bull. civ.* IV, n° 30 ; *JCP* 1986, II, 20591, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 20 janvier 1987, *Bull. civ.* IV, n° 20 ; *D.* 1987, somm. p. 453, obs. L. AYNES ; *JCP* 1987, II, 20844, note M. GERMAIN ; *Rev. soc.* 1987, p. 397, note O. BARRET ; *Rev. dr. banc.* 1988, p. 28, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 janvier 1999, *JCP* 1999, I, 162, n° 10, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSIN ; *Banque et dr.* juil.-août 1999, p. 36, 1^{ère} espèce, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Rev. dr. banc. bourse* 1999, p. 77, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. com., 17 juillet 2001, *Bull. civ.* IV, n° 139 ; *D.* 2001, p. 2414, note A. LIENHARD ; *JCP* 2001, I, 356, n° 7, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. dr. banc. fin.* 2001, comm. n° 185, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2001, p. 959, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com., 4 juin 2002, *JCP* 2003, I, 124, n° 8, obs. Ph. SIMLER ; *RTD com.* 2003, p. 114, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET. Un arrêt semble revenir sur cette solution, mais demeure sujet à interprétation : il est fort possible que les juges se soient uniquement prononcés sur le problème de la date de naissance des créances, sans pour autant considérer que la disparition de la personne du créancier par fusion-absorption laisse poursuivre de plein droit l'obligation de couverture de la caution au profit de la nouvelle personne morale créée par l'opération : Cass. com., 8 novembre 2005, *JCP* 2005, II, 10170, 2^{ème} espèce, note D. HOUTCIEFF ; *JCP éd. E.* 2006, p. 1000, note D. LEGEAIS.

prendre fin à la suite de différents événements touchant la personne de la caution ou ses relations avec le débiteur. Autrement dit, l'obligation de couverture délimite les obligations du garant : seules les dettes nées au cours de la période dite de couverture sont couvertes par la caution. La thèse de Christian MOULY est donc bel et bien consacrée par la jurisprudence, comme en attestent de nombreux arrêts, dont certains se réfèrent expressément, si besoin était, à la terminologie d'obligation de couverture ou de règlement⁵⁹⁴.

144. Exception à la consécration de la théorie dualiste. Une solution paraît pourtant s'éloigner de cette conception du cautionnement de dettes futures. La Cour de cassation, en effet, n'a jamais admis que le dirigeant et l'époux, cautions des dettes respectives de la société qu'il dirige ou de son conjoint, soient libérés de plein droit de leurs engagements en cas de perte de contrôle de la société débitrice ou de divorce⁵⁹⁵. Or, le raisonnement présenté par Christian MOULY aurait dû conduire à la solution inverse : selon le créateur de la distinction des obligations de couverture et de règlement, le fort *intuitus personae* caractérisant l'obligation de couverture commande d'y mettre fin lorsque le lien étroit entre le débiteur et le garant vient à disparaître. La disparition de la couverture résulterait d'un terme implicite⁵⁹⁶. Tel semble être le cas dans ces deux hypothèses. Pourtant, les juges ont explicitement affirmé l'exigence d'un accord exprès des parties pour mettre un terme à la couverture⁵⁹⁷. La solution est gênante : elle montre que les juges ont omis de tirer toutes les conséquences de l'analyse dualiste du cautionnement⁵⁹⁸. Or, à partir du moment où l'on remet en cause le caractère *intuitu personae* de l'obligation de couverture, c'est l'ensemble du système bâti autour de ce postulat qui se trouve affaibli. Cependant, l'accueil en droit positif des propositions de Christian MOULY n'en demeure pas moins enthousiaste et le refus de libération de la caution à

⁵⁹⁴ V. par exemple Cass. com., 16 janvier 1990 ; *JCP E* 1990, I, 20300 ; Cass. com., 10 décembre 2002, *Rev. dr. banc. fin.* 2003, comm. n° 66, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2003, p. 352, obs. M. C.

⁵⁹⁵ Concernant les dirigeants de société et associés : Cass. com., 8 novembre 1972, *Lempereur*, *Bull. civ. IV*, n° 278 ; *D.* 1973, p. 753, 1^{ère} espèce, note Ph. MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 1973, I, p. 143 ; *RTD com.* 1973, p. 294, note R. HOUIN ; Cass. com., 17 décembre 1974, *Bull. civ.*, IV, n° 330 ; Cass. com., 16 février 1977, *JCP* 1979, II, 19154, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 17 juillet 1978, *Bull. civ. IV*, n° 200 ; Cass. com., 16 octobre 1978, *Bull. civ. IV*, n° 226 ; Cass. civ. 1, 4 juillet 1979, *Bull. civ. I*, n° 200 ; Cass. com., 14 novembre 1980, *Bull. civ. IV*, n° 371 ; *JCP* 1980, II, 19577, note M. REMOND-GOUILLOUD ; Cass. com., 3 novembre 1988, *Bull. civ. IV*, n° 283, *D.* 1989, p. 185, 1^{ère} espèce, note L. AYNES ; Cass. com., 6 décembre 1988, *Bull. civ. IV*, n° 334 ; *D.* 1989, p. 185 2^{ème} espèce, note L. AYNES ; Cass. com., 30 mai 1989, *Bull. civ. IV*, n° 166 ; Cass. com., 24 avril 1990, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *D.* 1991, p. 177, note P. MORVAN ; Cass. com., 15 octobre 1991, *Bull. civ. IV*, n° 285 ; Cass. com., 15 octobre 2002, *RJDA* 2003, n° 190 ; concernant les époux Cass. com., 24 juin 1969, *JCP* 1970, II, 16221, note R. PRIEUR ; Cass. com., 19 janvier 1981, *Bull. civ. IV*, n° 32.

⁵⁹⁶ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 270 et 345 ; Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 45 ; Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^{ème} éd., Litec, 2000, n° 287.

⁵⁹⁷ V. dernièrement, parmi de nombreux autres exemples, Cass. com., 15 octobre 2002, préc.

⁵⁹⁸ Ch. MOULY, note préc. sous Cass. com., 29 juin 1982 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 352.

raison de sa perte d'une qualité essentielle n'est généralement envisagé que comme une anomalie jurisprudentielle ne prêtant pas à conséquence.

145. Consécration de la théorie dualiste en droit des assurances. De la même façon, la dissociation des obligations de couverture et de règlement est assez communément admise en droit des assurances⁵⁹⁹, à tel point qu'elle figure clairement au sein du Code des assurances⁶⁰⁰.

Logiquement, le régime du contrat d'assurance épouse celui du cautionnement de dettes futures. Il ne fait aucun doute que l'obligation de l'assureur prend naissance dès la conclusion du contrat⁶⁰¹, sans que personne ne songe à parler de promesse de contrat d'assurance. On observe les mêmes similitudes concernant l'extinction des obligations de l'assureur : la période durant laquelle court le contrat correspond à la couverture, car elle détermine l'étendue dans le temps des obligations de l'assureur. L'obligation de règlement, c'est-à-dire l'obligation à exécution instantanée de l'assureur d'indemniser le bénéficiaire de l'assurance, n'est due quant à elle que si le sinistre intervient au cours de l'obligation de couverture. Mais si tel est le cas, le terme et la résiliation du contrat ne peuvent en principe influencer sur son existence⁶⁰².

Ce schéma reprend trait pour trait celui du cautionnement de dettes futures dans la conception majoritaire actuelle. La seule différence significative réside dans la possibilité reconnue dans une certaine mesure aux parties au contrat d'assurance de moduler les effets de la garantie dans le temps. Ainsi est accordé un rôle, dans le cadre de l'assurance de responsabilité, à la date de réclamation de la victime⁶⁰³, qui vient ajouter une condition

⁵⁹⁹ J. BIGOT, *op. cit.*, n° 52 ; J. KULLMANN, « Incertitudes sur incertitude dans le contrat d'assurance », art. préc., spéc. p. 179.

⁶⁰⁰ Les dispositions relatives à l'obligation de couverture de l'assureur figurent aux articles L. 113-1 et s., celles qui régissent l'obligation de règlement se trouvant quant à elles aux articles L. 113-5 et s.

⁶⁰¹ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 222 ; M. PICARD et A. BRESSON, *op. cit.*, n° 51 et s. ; J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 678 et s. ; H. GROUDEL, *op. cit.*, p. 101 ; F. CHAPUISAT, *Le droit des assurances*, PUF, Que sais-je, 1995, p. 77. La seule difficulté, selon la doctrine, concerne la preuve de l'engagement des parties. D'autre part, il est toujours loisible à celles-ci de retarder ou d'avancer la prise d'effet du contrat, en application de l'art. L. 112-4 du Code des assurances, mais cela ne modifie en rien les données du problème : la prise d'effet du contrat restera concomitante à la date de naissance de la garantie.

⁶⁰² J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 745. V. en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 13 juin 1995, *Bull. civ.* I, n° 254 : la Cour pose que « les prestations liées à la réalisation d'un sinistre survenu pendant la période de validité d'une police d'assurance de groupe ne peuvent être remises en cause par la résiliation ultérieure de cette police ». On voit mal pourquoi cette solution devrait être limitée aux assurances de groupe.

⁶⁰³ Les clauses *claims made*, insérées dans les contrats d'assurance de responsabilité, subordonnent la mise en œuvre de la garantie au dépôt d'une réclamation par la victime durant la période de couverture. Sur cette question, qui a fait l'objet d'une évolution jurisprudentielle et législative mouvementée, v. parmi d'innombrables références : Y. LAMBERT-FAIVRE, « La durée de la garantie dans les assurances de responsabilité : fondement et portée de la nullité des clauses « réclamation de la victime » », *D.* 1992, chron. p. 13 ; G. VINEY, « La clause dite de réclamation de la victime en assurance de responsabilité », *JCP* 1994, I, 3778 ; H. GROUDEL, « Propos divers au sujet de la garantie dans le temps », *Resp. civ. assur.* 1994, chron. 18 ; R. RAFFI, « Réflexions sur le rôle du

supplémentaire à la mise en œuvre de la garantie, quand bien même le sinistre serait advenu durant la période de couverture. De même, la clause de reprise du passé permet de prendre en considération le risque déjà survenu au moment de la conclusion du contrat d'assurance⁶⁰⁴.

On perçoit donc l'importance de la théorie dualiste de l'obligation de la caution et de l'assureur. Il est tentant de transposer ces solutions à d'autres garanties. C'est la démarche à laquelle se sont attachés certains auteurs, désireux de dégager une obligation autonome de garantie, caractérisée par une dualité entre obligation de couverture et obligation de garantie.

§2 : Tentatives d'extension de la conception dualiste de la garantie.

146. L'obligation dualiste de garantie. Dans le sillage des thèses de Christian MOULY, la doctrine a cherché à généraliser la distinction entre les obligations de couverture et de règlement. Pour cela, plusieurs auteurs ont bâti le concept d'obligation de garantie ou de garantir. La garantie, dans cette conception, reçoit une qualification obligationnelle. Sa particularité est de combiner deux phases définies à partir des obligations de couverture et de règlement, sur le modèle du cautionnement de dettes futures et de l'assurance. C'est principalement la notion d'obligation personnelle qui est sollicitée, de façon à construire une théorie générale de l'obligation de garantie, applicable aux garanties du droit des contrats, aux sûretés personnelles et à l'assurance (A). Ces tentatives sont complétées par un recours à la notion d'obligation réelle, qui permet d'apporter un éclairage différent des garanties du droit des contrats et d'étendre l'obligation de garantie aux sûretés réelles (B).

A) La notion d'obligation personnelle de garantie.

La dichotomie entre obligation de couverture et obligation de règlement se trouve au centre de deux garanties particulières dans l'actuel droit positif : le cautionnement, lorsqu'il porte sur des dettes futures, et l'assurance en toute hypothèse, puisqu'elle ne peut couvrir

temps en assurance de responsabilité », *D.* 1998, chron. p. 245 ; J. BIGOT, « Assurances de RC professionnelle, la légalisation des clauses « réclamations » », *JCP* 2003, Act. 537 ; G. COURTIEU, « Assurance de responsabilité, durée de la garantie : la nouvelle donne », *Resp. civ. assur.* 2003, chron. 30 ; G. DURRY, « Du nouveau à propos de la clause « réclamation de la victime » », *Risques* n° 54, juin 2003, p. 103 ; H. GROUDEL, « De la difficulté d'élaborer une règle de droit, à propos de la garantie dans le temps en assurance de responsabilité », *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 161.

⁶⁰⁴ V. sur cette question Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 646-2. Cette possibilité est, néanmoins, étroitement encadrée. Encore faut-il, pour la mettre en œuvre, que l'assuré ait ignoré le sinistre. Le risque présente donc toujours un lien avec le futur au moment de la conclusion du contrat.

qu'un risque futur. Il faut toutefois se demander si une telle structure, qui repose sur le concept d'obligation personnelle, ne pourrait pas représenter une caractéristique commune à l'ensemble des garanties. La question a retenu l'attention de certains auteurs lancés dans une tentative d'élargissement et de généralisation des propositions de Christian MOULY.

Les propositions doctrinales se sont développées autour de la notion d'obligation de garantie qui, selon ses promoteurs, reposerait sur les bases de la dualité entre obligation de couverture et obligation de règlement. Elle serait caractérisée par deux traits : sa finalité de protection d'un intérêt garanti et sa structure dualiste représentative de son inscription dans le temps. Les tentatives se situent dans la droite ligne des écrits de Christian MOULY, qui insistait sur ces deux éléments pour expliquer le régime spécifique du cautionnement de dettes futures. Par la théorie de l'obligation de garantie, les auteurs tentent de démontrer que la garantie présente la nature d'une obligation répondant à une structure dualiste, à l'instar de l'obligation de la caution de dettes futures.

147. Théories dualistes de la garantie en droit des contrats. Les premières propositions en ce sens préexistent pourtant aux écrits de Christian MOULY. Elles proviennent des auteurs à l'origine de la théorie de l'obligation de garantie en droit des contrats et de la construction immobilière. Selon eux, la garantie présente une nature obligationnelle, par opposition à la vision traditionnelle de ce concept, purement sanctionnatrice. Loin de se réduire à une obligation de réparation, la garantie dans le droit des contrats comporte toute une série de devoirs pour le créancier, qui tendent en vérité vers un seul but : augmenter ses chances de retirer un effet utile d'un contrat translatif de propriété ou de jouissance. Dans leur vision de la garantie, le garant est tenu d'obligations positives qui ont pour fin de favoriser la satisfaction du créancier. A défaut, il est sanctionné.

Ainsi, selon M. GROSS, trois obligations incombent au débiteur avant la réalisation du risque, c'est-à-dire la révélation du vice occulte ou de l'éviction. La première de ces obligations positives rattachées à la garantie consiste pour lui à renseigner son cocontractant sur la situation de la chose, à l'informer des vices ou charges pesant sur cette chose, si tout du moins ils n'apparaissent pas clairement, et plus généralement de tout ce qui serait susceptible de porter atteinte à ses droits de propriété ou de jouissance⁶⁰⁵, ainsi que sur les conditions d'utilisation de la chose⁶⁰⁶. Ensuite, le garant est tenu d'une obligation de prévision dès

⁶⁰⁵ B. GROSS, *op. cit.*, n° 212 et s.

⁶⁰⁶ B. GROSS, *op. cit.*, n° 217 et s.

l'époque des pourparlers menant à l'élaboration du contrat. Ce devoir, qui pèse notamment sur les contractants professionnels et sur les bailleurs, consiste à prendre toutes mesures afin de ne pas compromettre la bonne fin de l'opération⁶⁰⁷. Enfin, le garant doit s'acquitter d'une obligation de défense, qui contrairement aux deux obligations précédentes apparaît uniquement une fois la délivrance effectuée. Elle l'engage à défendre en justice le créancier garanti en cas de trouble de droit émanant d'un tiers⁶⁰⁸, par la voie procédurale de l'appel en garantie en cas d'éviction ou par l'intermédiaire de réparations sur la chose affectée d'un défaut. Les obligations positives du garant sont également évoquées par M. SOINNE en matière de construction immobilière, de façon certes moins détaillée⁶⁰⁹.

Le parallèle avec la théorie dualiste de la garantie est évident, même si les termes et les notions d'obligation de couverture et de règlement n'apparaissent pas expressément. Les obligations positives souscrites par le garant, de par l'effet de la loi ou de la convention des parties, ne sont que des illustrations de l'idée selon laquelle le débiteur de la garantie doit préserver l'intérêt garanti durant une certaine période en utilisant un certain nombre de procédés. C'est donc l'obligation de couverture qui se cache derrière les obligations positives de garantie. La mise en place d'une période durant laquelle le garant doit préserver les intérêts du bénéficiaire correspond à l'idée d'obligation de couverture dégagée par Christian MOULY. La seule différence vient de ce que la doctrine relative au droit commun des contrats confère un contenu plus précis au concept d'obligation de garantie. Au lieu de se borner à mentionner l'objectif de protection d'un intérêt du créancier, elle énumère plusieurs obligations concrètes destinées à atteindre ce but. Mais ces propositions, qui ne concernent que le droit des contrats, demeurent limitées quant à leur champ d'application.

148. Théorie dualiste du cautionnement de dettes présentes. Postérieurement, les auteurs ont davantage porté leur attention sur le contrat de cautionnement. Une redéfinition de la distinction entre obligations de couverture et de règlement est notamment proposée par M. THERY. Sans remettre radicalement en cause les travaux de Christian MOULY, l'auteur s'interroge sur les relations entre les obligations de couverture et de règlement⁶¹⁰. Il note à juste titre que le cautionnement de dettes présentes fait, tout autant que celui qui porte sur des dettes futures, naître une garantie accessoire à une obligation principale au profit de son

⁶⁰⁷ B. GROSS, *op. cit.*, n° 219 et s.

⁶⁰⁸ B. GROSS, *op. cit.*, n° 227 et s.

⁶⁰⁹ B. SOINNE, *op. cit.*, n° 166.

⁶¹⁰ Ph. THERY, *op. cit.*, n° 89.

bénéficiaire. Certains des traits distinctifs, relevés par Christian MOULY, de l'obligation de couverture, se retrouvent dans le cautionnement de dettes présentes⁶¹¹. M. THERY en déduit que la distinction entre les cautionnements de dettes présentes et de dettes futures doit être relativisée, l'obligation de couverture figurant également dans la première de ces catégories. Les éléments de couverture et de règlement seraient dissociés dans le seul cautionnement de dettes futures, tandis qu'ils resteraient liés dans l'hypothèse d'un cautionnement de dettes présentes. L'auteur, qui ouvre la porte à une transposition de la structure dualiste à d'autres garanties telles que l'hypothèque ou le gage de dettes futures, est donc amené à considérer que l'élément primordial du cautionnement est l'obligation de couverture, c'est-à-dire la garantie procurée au créancier, et à minimiser le rôle de l'obligation de règlement⁶¹².

149. L'obligation de « garantir ». D'autres auteurs n'ont pas hésité à s'engager plus loin et plus explicitement dans le sens d'une généralisation de la distinction des obligations de couverture et de règlement. Ainsi, M. KANAYAMA, auteur japonais qui a porté une attention particulière à cette question, se place résolument dans le sillage de la pensée de Christian MOULY et engage une réflexion destinée à replacer la distinction des obligations de couverture et de règlement dans un contexte plus général⁶¹³. Pour cela, il dégage une catégorie de contrats dits de garantie, dont les exemples les plus significatifs sont les conventions de garantie, le cautionnement de compte courant et l'assurance. Tous ont pour objet commun une obligation de « garantir » qui « s'analyse comme l'expression de la volonté du débiteur d'assurer le non-paiement ou le dommage éventuellement causé »⁶¹⁴, et trouverait sa place auprès de la trilogie habituelle des obligations de faire, de ne pas faire et de donner.

L'obligation de « garantir », définie de la sorte, est perçue comme un prolongement de l'obligation de couverture dégagee par Christian MOULY. Elle se traduit concrètement par des prestations de service dues par l'assureur ou la caution, telles que la perception de primes par

⁶¹¹ Ph. THERY, *op. cit.*, *eod. loc.* : l'auteur évoque notamment le bénéfice de discussion, prévu par l'article 2314 du Code civil, qui n'est pas moins invocable par la caution de dettes présentes que par celle assurant la couverture de dettes futures. De même, l'obligation de couverture pourrait être rémunérée de la même façon dans les deux types de cautionnement. Enfin et surtout, certaines solutions jurisprudentielles admettraient la dualité d'obligations dans des cautionnements de dettes présentes, particulièrement en cas de changement de débiteur principal : Cass. com., 12 octobre 1993, *Bull. civ.* IV, n° 333 ; Cass. com., 21 novembre 1995, *Bull. civ.* IV, n° 267 ; *adde*, D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 433 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 227 : « Tout cautionnement donne en réalité naissance à deux obligations ».

⁶¹² P. THERY, *op. cit.*, *eod. loc.* : « Ne peut-on pas soutenir, après tout, que l'obligation de couverture est seule essentielle, le règlement n'en étant que l'exécution ».

⁶¹³ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc.

⁶¹⁴ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 377 et s.

l'assureur ou d'une rémunération par certaines cautions, même si elle existe indépendamment d'elles en tant qu'obligation indépendante de la *summa divisio* entre obligations de faire, de ne pas faire et de donner⁶¹⁵. Loin de constituer un simple avatar de l'obligation de couverture, l'obligation de garantir réalise une synthèse entre les obligations de couverture et de règlement. Il s'agit d'une obligation unique, mais composée de deux facettes distinctes et complémentaires, et susceptible de porter sur une somme d'argent ou d'avoir pour objet une autre prestation quelconque. Il est alors aisé de concevoir que des contrats aient pour objet principal une obligation de « garantir » telle que définie par l'auteur. Les sûretés personnelles relèvent de cette catégorie, ainsi que ce que l'auteur nomme le contrat d'assistance, et les garanties légales et conventionnelles.

Le parallèle entre ce concept d'obligation de « garantir » et celui d'obligation de garantie, dégagé notamment par M. GROSS, s'impose avec évidence. M. KANAYAMA y fait d'ailleurs référence. Comme il le remarque, la garantie légale ou conventionnelle souscrite par le vendeur présente un mécanisme à double détente, comparable à celui de la garantie offerte par la caution ou l'assureur : le garant offre sa couverture du risque durant une certaine période après la livraison de la chose, couverture qui peut donner lieu à différentes prestations de sa part, puis il devra exécuter une obligation de règlement si le risque, c'est-à-dire l'apparition du vice caché ou de l'éviction, vient à se réaliser⁶¹⁶. Toutefois, le raisonnement innove en ce qu'il relie explicitement les garanties légales et conventionnelles du droit des contrats avec la structure dualiste mise en évidence auparavant en matière de cautionnement de dettes futures et d'assurance.

M. KANAYAMA, à l'issue de ce raisonnement, définit l'obligation de « garantir » comme celle, « normalement classée comme accessoire, qui naît de certains contrats à la charge d'une des parties et qui renforce la position de l'autre lorsqu'en cours d'exécution celle-ci n'obtient pas les satisfactions qu'elle était en droit d'attendre »⁶¹⁷. Si la référence au caractère accessoire de la garantie peut être discutée⁶¹⁸, la définition n'en demeure pas moins méritoire et rend compte assez fidèlement du mécanisme de la garantie. L'auteur perçoit le caractère finaliste très marqué de la garantie. Mais l'apport principal de cette démonstration est sans nul doute la dichotomie au sein de l'obligation de garantir, entre la phase de

⁶¹⁵ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 383 et s.

⁶¹⁶ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 391.

⁶¹⁷ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 392.

⁶¹⁸ V. , sur la notion d'accessoire et son application à la garantie, *infra*, n° 246 et s.

couverture, née du contrat, et celle de règlement, due lorsque le risque d'insatisfaction du créancier se concrétise.

150. L'obligation de *praestare*. Cette analyse est reprise avec certaines nuances par Mme Geneviève PIGNARRE qui, dans un article consacré à l'obligation de *praestare*, connue du droit romain avant de tomber dans un certain oubli, évoque l'obligation de couverture de la caution ou de l'assureur⁶¹⁹. Elle estime qu'il ne s'agit en vérité que d'une illustration de l'obligation de *praestare*, coordonnée à l'obligation de règlement qui n'est autre, quant à elle, qu'une obligation de donner. L'obligation de *praestare*, selon la définition avancée par Mme PIGNARRE, est une obligation de mise à disposition d'une chose⁶²⁰. Elle recouvre notamment les obligations qui consistent à garantir un bien ou un droit. L'obligation de couverture entre bel et bien dans ce moule car, comme le considérait Christian MOULY, elle a pour but la préservation de l'intérêt cautionné ou assuré, selon les cas. La mise à disposition, pierre angulaire de l'obligation de *praestare*, n'est autre ici que la préservation de l'intérêt garanti⁶²¹, c'est-à-dire une obligation présente, complémentaire à l'obligation future de règlement. Ainsi, l'analyse s'inscrit dans le mouvement dualiste de la garantie, sous réserve de quelques variations terminologiques.

151. Principes communs aux théories dualistes de la garantie. Si l'on en croit les partisans de la théorie de l'obligation de garantie, l'engagement du garant ouvre donc une période durant laquelle il peut être sollicité par le bénéficiaire. La garantie est déjà effective à ce moment, mais c'est uniquement lorsque le bénéficiaire y recourt qu'elle déploie l'ensemble de ses effets⁶²². Ce schéma se retrouve dans le cautionnement de dettes futures, mais aussi en général, semble-t-il, dans bien d'autres garanties. Le parallèle avec l'assurance s'impose, dans la mesure où le risque couvert par l'assureur est un élément nécessaire à la conclusion du contrat. Le même constat doit être établi en matière de garanties légales en droit des contrats. Il est nécessaire, pour que les garanties légales soient mises en jeu, que le vice, l'éviction et le dommage apparaissent aux yeux du bénéficiaire de la garantie postérieurement à la conclusion de la garantie et au transfert de propriété. Enfin, certaines garanties personnelles

⁶¹⁹ G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD. civ.* 2001, p. 41 et s., spéc. n° 16 et s.

⁶²⁰ G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », art. préc., n° 7 ; comp., A. SERIAUX, *Contrats civils*, PUF, 2001, n° 29 : l'auteur laisse une place à l'obligation de *praestare* au sein de la classification des obligations. Mais le contenu de cette obligation diffère par rapport à la vision de Mme PIGNARRE.

⁶²¹ G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », art. préc., n° 17.

⁶²² G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », art. préc., *eod. loc.* ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., spéc. p. 390, Ph. THERY, *op. cit.*, n° 89.

assimilables au cautionnement, telles que la lettre d'intention, la promesse de porte-fort, le constitut ou la délégation imparfaite, voire la solidarité parfaite ou imparfaite et l'indivisibilité, répondent logiquement à la même structure dès lors qu'elles couvrent une incertitude⁶²³.

Dans chacune de ces hypothèses, l'exécution de la garantie peut être décomposée en deux phases. Dès sa conclusion, elle emporte certains effets avant même que le risque ne soit réalisé. Le garant, engagé dans les liens obligatoires, offre au bénéficiaire de la garantie une sécurité consistant en une préservation de l'intérêt garanti. Puis la garantie génère d'autres effets, plus complets et énergiques que les précédents, une fois que l'intérêt protégé est lésé, c'est-à-dire que le dommage est effectivement réalisé. L'obligation instantanée de règlement prend naissance et le créancier dispose de la possibilité de mettre en œuvre la garantie. Il peut le faire plus ou moins facilement, à des moments différents, à titre provisoire ou définitif selon la garantie considérée, mais ces contingences n'influent ni sur le mécanisme général ni sur la structure de la garantie.

L'obligation de garantie, selon cette conception, s'entend d'une obligation personnelle, c'est-à-dire d'un lien de droit entre le garant et le bénéficiaire. Mais son originalité est perceptible à travers son irréductibilité aux catégories classiques du droit des obligations. Il ne s'agit, ni d'une obligation de donner, ni d'une obligation de faire ou de ne pas faire, mais d'une obligation d'un type nouveau. On remarque pourtant le champ d'application assez limité de ces doctrines, puisqu'elles ne touchent que les garanties du droit des contrats, l'assurance et certaines sûretés personnelles. La notion d'obligation réelle permet d'étendre le domaine de l'obligation de garantie.

B) La notion d'obligation réelle de garantie.

152. Conception étroite de l'obligation réelle de garantie. La notion d'obligation réelle, utilisée principalement pour décrire la situation du propriétaire d'un bien grevé d'une servitude ou d'un usufruit⁶²⁴, est également sollicitée en vue de construire une définition de

⁶²³ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., spéc. p. 390 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 800 (« La conclusion de toute garantie personnelle donne naissance à une obligation de couverture à la charge du garant, qui confère des droits au créancier bénéficiaire ») ; plus évasifs : M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 102 : la notion de couverture « se trouve au centre de plusieurs types de contrats ». V. également, concernant le constitut, F. JACOB, *op. cit.*, n° 241 et s.

⁶²⁴ V. de façon générale sur cette notion d'obligation réelle, dite aussi *propter rem* : L. MICHON, *Des obligations propter rem dans le code civil*, thèse Nancy, 1891 ; M. DE JUGLART, *Obligations réelles et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937 ; H. ABERKANE, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de*

l'obligation de garantie. Deux variantes doivent, à cet égard, être distinguées⁶²⁵, l'une assez minimaliste, l'autre plus ambitieuse.

Un premier courant doctrinal considère d'abord les garanties légales dans le droit commun des contrats comme des obligations réelles, cette catégorie recouvrant tant les créances que les dettes transmises avec un bien. M. SCAPEL énonce ainsi que l'obligation de garantie est alors une obligation, réelle selon lui, transmise activement en même temps que la qualité de propriétaire d'une chose⁶²⁶. Cette position repose toutefois sur une conception particulière de l'obligation réelle. La nature juridique de celle-ci a, il est vrai, suscité une controverse entre différents courants de pensée. A l'inverse d'auteurs favorables à une autonomie de l'obligation réelle⁶²⁷, M. SCAPEL considère qu'il s'agit d'un type particulier d'obligation personnelle, accessoire à un droit de propriété ou à un droit réel principal, et l'envisage dans un aspect actif comme passif. L'auteur présente ainsi les garanties du droit des contrats comme une obligation réelle imparfaite, c'est-à-dire celle qui est « structurée autour d'un simple lien d'accessoire à principal et se caractérise par un *intuitus rei unilatéral*⁶²⁸ ». Autrement dit, l'une des parties au rapport d'obligation est tenue d'une dette ou est titulaire d'une créance fondée sur un droit réel dont il dispose sur un bien, tandis que l'autre partie est tenue personnellement.

153. Application de l'obligation réelle de garantie en droit des contrats. L'auteur constate que les actions en garantie des vices cachés et d'éviction, dans les différents contrats où elles figurent, répondent à ces caractéristiques⁶²⁹. Elles mettent en œuvre, en effet, des droits attachés à la propriété de la chose, comme le confirment leur caractère accessoire et leur transmission *propter rem*. Cette solution n'a pas été remise en cause par la mise en place d'une garantie de conformité au profit des acquéreurs consommateurs, en dépit des craintes exprimées par M. SCAPEL⁶³⁰ : la garantie des vices cachés n'a finalement pas été absorbée par

créance et des droits réels, essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français, préf. M. FREJAVILLE, LGDJ, 1957 ; J. HANSENNE, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz Litec, 1983, p. 325 et s. ; J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. JOURDAIN, PUAM, 2002.

⁶²⁵ V., sur l'ambiguïté de la notion d'obligation réelle, Ph. SIMLER, « *Eppur, si muove !* Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP* 2006, I, 172, n° 3 et s.

⁶²⁶ J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 344 et s.

⁶²⁷ M. DE JUGLART, *op. cit.* ; H. ABERKANE, *op. cit.* ; J. HANSENNE, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », art. préc.

⁶²⁸ J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 341.

⁶²⁹ J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 349 et s.

⁶³⁰ J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 389 et s.

l'action plus large de garantie de conformité, fondée sur la qualité de consommateur de la victime et non sur sa qualité de propriétaire de la chose. Elle n'a donc pas changé de nature⁶³¹.

Cette conception de l'obligation réelle n'ajoute pas énormément aux théories précédentes, dont elle partage le champ d'application. Elle se contente d'apporter une explication différente des garanties du droit des contrats. D'autres auteurs confèrent à l'obligation réelle une dimension élargie.

154. Conception large de l'obligation réelle de garantie. M. SCAPEL, nous l'avons vu, envisage l'obligation réelle comme une obligation personnelle constituée à titre d'accessoire d'un droit réel principal, ce qui l'amène à nier la qualification d'obligation réelle dans des situations telles que la détention par un tiers d'un immeuble hypothéqué ou le cautionnement réel⁶³². D'autres auteurs, au contraire, la définissent assez largement comme l'envers de tout droit réel portant sur la chose d'autrui⁶³³. Cela leur permet de découvrir d'autres manifestations de l'obligation réelle dans les garanties qui reposent sur l'affectation à une dette d'un droit réel. Une partie de la doctrine considère ainsi que la caution réelle, c'est-à-dire le tiers qui a affecté un ou plusieurs de ses biens au paiement d'une dette principale, est tenue d'une obligation réelle⁶³⁴, au même titre que le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué. C'est en sa qualité de propriétaire de la chose grevée que la caution réelle est tenue car la garantie est attachée au seul bien, sans que la personne du garant n'entre en considération.

155. Application de la théorie de l'obligation réelle de garantie au cautionnement réel.

Le doute a pu planer sur la véritable nature du cautionnement réel, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Trois conceptions doctrinales en ont été présentées. On peut d'abord, selon une vision personnaliste de cette figure juridique, estimer qu'elle ne constitue qu'une catégorie

⁶³¹ La garantie de conformité mise en place par l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005 n'en demeure pas moins étrangère au mécanisme de l'obligation réelle imparfaite, si l'on suit ce raisonnement : sa finalité principale est à n'en pas douter la protection des consommateurs. L'article L. 211-3 du Code de la consommation impose ainsi, pour l'application des nouvelles dispositions, la présence d'un acheteur consommateur.

⁶³² J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 57 : « (...) la caution réelle comme le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué apparaissent tenus *intra rem* et non *propter rem*. La fonction de garantie propre aux droits réels accessoires est antithétique de la qualification d'obligation réelle ». L'auteur reprend ainsi les conclusions de BONNECASE.

⁶³³ S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960 ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. II, *Les biens, droits réels principaux*, 5^{ème} éd., Economica, 2006, n° 48 et s. ; n° 439 et s. ; J. HANSENNE, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », art. préc. ; J. FRANÇOIS, « L'obligation de la caution réelle », *Defrénois* 2002, p. 1208, n° 15 ; plus nuancés, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008, n° 298 et s.

⁶³⁴ J. FRANÇOIS, « L'obligation de la caution réelle », art. préc., n° 15 et s. ; *adde*, du même auteur, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 92 ; V. BONNET, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 février 2000, *D.* 2000, p. 829 ; R. LIBCHABER, obs. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *Defrénois* 2006, p. 586. V. également F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2006, n° 775, note 2.

spécifique de cautionnement, de sorte que la caution réelle souscrit également une obligation personnelle à hauteur de la valeur du bien affecté en garantie⁶³⁵. Logiquement, la caution réelle ne souscrit pas d'obligation réelle, car elle est tenue de la valeur de la chose et non à raison de la chose elle-même. Cette analyse permet de montrer la similitude entre la situation de la caution personnelle et celle de la caution réelle. A chaque fois, on se trouve en présence d'une garantie de la dette d'autrui. La particularité du cautionnement réel tiendrait uniquement à la limitation du gage du créancier à la valeur d'un bien particulier du patrimoine du garant.

On peut également, suivant une conception plus traditionnelle⁶³⁶, considérer que le cautionnement réel est une sûreté réelle à part entière, peu important le fait qu'elle soit consentie par un tiers⁶³⁷. L'engagement réel n'est pas doublé d'un engagement personnel du garant, ce qui ouvre la porte à la reconnaissance d'une obligation réelle à la charge du garant. Celui-ci n'est tenu qu'à raison de sa qualité de titulaire d'un droit réel.

Enfin, une dernière analyse opère une conciliation entre les deux précédentes : le cautionnement réel n'engendre aucune obligation personnelle, mais n'en demeure pas moins un cautionnement en raison de la similitude entre la situation de la caution personnelle et celle de la caution réelle. Il en résulte que certaines règles du cautionnement personnel devraient lui être appliquées⁶³⁸.

156. Position de la jurisprudence. La jurisprudence a longtemps paru tout aussi incertaine sur cette question. C'est d'abord la conception traditionnelle, dite réaliste du cautionnement réel, qui a prévalu au sein de la première chambre civile de la Cour de cassation⁶³⁹, mais la

⁶³⁵ P. CROCQ, obs. sous Cass. com., 27 octobre 1998, *RTD civ.* 1999, p. 152 ; et obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, *RTD civ.* 2002, p. 546. Plus nuancés : J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996, n° 594 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 388. V. également, pour un rapprochement du cautionnement personnel et du cautionnement réel, F. GRUA, « Le cautionnement réel », *JCP* 1984, I, 3167.

⁶³⁶ Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. VI, 7^{ème} éd., par A. PONSARD et N. DEJEAN DE LA BATIE, Librairies techniques, 1975, n° 240 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Contrats civils*, 2^{ème} partie, *op. cit.*, n° 1537.

⁶³⁷ L. AYNES, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, *D.* 2002, p. 3337 ; note sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *D.* 2006, p. 733 ; R. LIBCHABER, obs. préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005.

⁶³⁸ Ph. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement - aussi - un cautionnement », *JCP* 2001, I, 367 ; Ph. DUPICHOT, obs. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *Dr. et patr.* février 2006, p. 128 et s.

⁶³⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 2000, *Bull. civ.* I, n°33 ; *D.* 2000, AJ, p. 143, obs. J. FADDOLU ; *D.* 2001, somm. p. 694, obs. L. AYNES ; *RTD civ.* 2000, p. 366, obs. P. CROCQ, *Defrénois* 2000, p. 831, obs. S. PIEDELIEVRE ; *Rev. dr. banc. fin.* 2000, comm. n° 59, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et dr.* mai-juin 2000, p. 40, obs. F. JACOB ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 février 2000, *Bull. civ.* I, n° 69 ; *D.* 2000, p. 829, note V. BONNET ; *D.* 2001, somm. p. 694, obs.

chambre commerciale retenait plutôt la conception personnaliste⁶⁴⁰. La première chambre civile a ensuite opéré un revirement fort remarqué dans plusieurs arrêts concernant l'application de l'ancien article 1415 du Code civil⁶⁴¹, en estimant que l'engagement réel de la caution réelle était doublé d'un engagement personnel à concurrence de la valeur du bien grevé. Très critiquée⁶⁴², la conception mixte du cautionnement réel, consacrée par la Cour, faisait obstacle à l'existence d'une obligation réelle, dans la mesure où la garantie n'était plus due à raison de la qualité de propriétaire de la chose, mais bel et bien de la personne du garant, comme le montrait la présence d'un engagement personnel de sa part.

Mais la Cour de cassation est finalement revenue sur cette solution en consacrant nettement la conception réaliste du cautionnement réel⁶⁴³. Elle considère aujourd'hui que cette figure est une simple sûreté réelle portant sur un ou plusieurs biens d'un tiers, au point même de ne plus utiliser le terme « cautionnement réel ». Si elle condamne l'existence d'une obligation personnelle de couverture à la charge de la caution réelle, cette solution permet plus facilement de conclure à l'existence d'une obligation réelle dans ce mécanisme, au sens où l'entendent les auteurs favorables à une vision large de l'obligation réelle. L'obligation de garantie souscrite se détache de la personne du garant pour suivre le bien.

Dès lors que l'on considère le cautionnement réel comme une sûreté réelle dépourvue d'engagement personnel, les solutions qui le gouvernent ont vocation, dans la mesure de leur compatibilité avec des règles spéciales, à être quasiment étendues à l'ensemble des sûretés réelles. Au fond, la seule spécificité du cautionnement réel par rapport au gage, au

L. AYNES ; *JCP* 2000, I, 257, n° 1, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 2000, p. 366, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2000, p. 426, obs. M. CABRILLAC ; *Rev. dr. banc. fin.* 2000, comm. n° 60, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et dr.* mai-juin 2000, p. 40, obs. F. JACOB.

⁶⁴⁰ Cass. com, 27 octobre 1998, *Bull. civ.* IV, n° 260 ; *D.* 1999, somm. p. 187, obs. A. HONORAT ; *JCP* 1999, I, 103, n° 10, obs. M. CABRILLAC ; *ibid.*, I, 116, n° 1, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 1999, p. 152, obs. P. CROCQ ; *Rev. dr. immo.* 1999, p. 295, obs. Ph. THERY ; *RTD com.* 1999, p. 499, obs. A. MARTIN-SERF ; *Banque et dr.* mai-juin 1999, p. 44, obs. F. JACOB ; Cass. com. 11 juin 2002, 2 arrêts, *RTD civ.* 2002, p. 128, obs. P. CROCQ.

⁶⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, *Bull. civ.* I, n° 127, *D.* 2002, p. 1780, note Ch. BARBEROT ; *D.* 2002, somm. p. 3337, obs. L. AYNES ; *JCP* 2002, II, 10109, concl. C. PETIT ; note S. PIEDELIEVRE ; *RTD civ.* 2002, p. 546, obs. P. CROCQ ; *Rev. dr. banc. fin.* 2002, comm. n° 129, obs. D. LEGEAIS ; *Deffrénois* 2002, p. 1322, obs. G. CHAMPENOIS ; *Deffrénois* 2003, p. 413, obs. Ph. THERY ; *Banque et dr.* novembre-décembre 2002, p. 46, obs. F. JACOB.

⁶⁴² V. les auteurs cités *supra*, n° 155, qui qualifient le cautionnement réel de sûreté réelle ou de cautionnement dépourvu d'engagement personnel.

⁶⁴³ Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *JCP* 2005, II, 10183, note Ph. SIMLER ; *Deffrénois* 2006, p. 586, obs. R. LIBCHABER ; *D.* 2006, p. 729, concl. J. SAINTE-ROSE, note L. AYNES ; *RLDC* février 2006, p. 25, obs. M. MIGNOT ; *JCP E* 2006, 1056, note S. PIEDELIEVRE ; *Dr. et patr.* février 2006, p. 128 et s., obs. Ph. DUPICHOT ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 février 2006, *JCP* 2006, p. 2699, note S. HOVASSE ; Cass. com., 21 février 2006 et Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 2006, *D.* 2006, p. 1543, note V. BONNET.

nantissement ou à l'hypothèque réside dans la personne du garant. Sa nature juridique est celle de la sûreté réelle correspondante, constituée par un tiers. La notion de cautionnement réel, loin d'apparaître nommément dans les textes, a d'ailleurs été construite à partir de textes spéciaux autorisant la constitution d'un gage, d'une hypothèque ou d'une antichrèse par un tiers⁶⁴⁴. Au regard de la notion d'obligation réelle, peu importe que la sûreté porte au départ sur un bien d'un tiers ou du débiteur lui-même. La situation de la caution réelle est identique à celle du tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué ou d'une chose gagée⁶⁴⁵. A partir du moment où la chose affectée en garantie de la dette est aliénée, on observe un éclatement entre l'obligation personnelle du débiteur et celle, réelle, liée au droit réel sur la chose, de l'acquéreur. Si l'on estime que le cautionnement réel comprend une obligation réelle, rien n'interdit alors que cette obligation soit présente au sein des autres sûretés réelles, à condition qu'elles soient accompagnées d'un droit de suite⁶⁴⁶.

Même si les auteurs favorables à l'assimilation de l'obligation de garantie à l'obligation réelle ne font pas allusion à la dualité entre obligation de couverture et de règlement, la théorie ne s'en révèle pas moins riche en conséquences. Son point commun avec les conceptions précédentes réside en effet dans la nature obligationnelle de la garantie. Elle a donc pour effet d'élargir le champ d'application de l'obligation de garantie. Celle-ci pourrait s'entendre, non seulement d'une obligation personnelle, mais aussi d'une obligation réelle de garantie, ce qui pourrait permettre de l'appliquer aux sûretés réelles, comme l'envisage notamment M. THERY.

157. Conclusion de la Section 1. L'adoption d'une conception fonctionnelle de la garantie a pour corollaire la reconnaissance de sa structure dualiste. En effet, dès lors qu'on la définit comme la couverture d'un risque, c'est-à-dire d'un événement incertain, il est nécessaire de distinguer deux périodes de temps durant lesquelles elle produit des effets différents. Cette

⁶⁴⁴ Aujourd'hui encore, l'art. 2334 du Code civil en dispose explicitement ainsi en matière de gage, et aucun texte ne s'y oppose concernant les autres sûretés réelles.

⁶⁴⁵ J. FRANÇOIS, « L'obligation de la caution réelle », art. préc., n° 17 et s. L'idée n'est pas nouvelle : v. déjà, en ce sens, Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. III, 7^{ème} éd., par P. ESMEIN, Librairies techniques, 1968, n° 237, note 1 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. IV, 8^{ème} éd., par N. DEJEAN DE LA BATIE, Librairies techniques, 1989, n° 240, note 41 ; M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, *Sûretés réelles*, 2^{ème} partie, 2^{ème} éd., par E. BECQUE, LGDJ, 1953, n° 415 ; L. MICHON, *Des obligations propter rem dans le code civil*, thèse Nancy, 1891.

⁶⁴⁶ J. FRANÇOIS, « L'obligation de la caution réelle », art. préc., n° 17 et s. ; V. BONNET, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 février 2000. V. toutefois, en opposition du rapprochement entre cautionnement réel et obligation réelle, F. GRUA, « Le cautionnement réel », art. préc., n° 25.

affirmation est corroborée par l'analyse habituellement retenue en matière de cautionnement de dettes futures et d'assurance, élaborée par Christian MOULY.

L'analyse doit, pour être validée, présenter une portée générale, c'est-à-dire gouverner l'ensemble des garanties. Il est donc nécessaire d'étendre la théorie dualiste au-delà du cautionnement de dettes futures et de l'assurance, en généralisant l'opposition entre obligation de couverture et obligation de règlement. La doctrine a d'abord, dans ce but, établi le concept d'obligation de garantie, réunion d'une obligation de couverture, c'est-à-dire de la protection offerte par le garant, et d'une obligation de règlement, qui est la prestation due par lui en cas de survenance de l'événement incertain. Elle a ensuite entrepris d'élargir le domaine de la conception obligationnelle de la garantie à des mécanismes tels que les sûretés réelles, en s'appuyant sur le concept d'obligation réelle. Ainsi, il faudrait considérer que la garantie est une obligation dualiste de nature, soit personnelle, soit réelle.

Si ces conceptions ouvrent la porte à la reconnaissance d'une unité structurelle de la garantie, leur valeur doit encore être appréciée. Deux questions, à cet égard, doivent être distinguées. Si la théorie dualiste de la garantie apparaît digne d'approbation, son adoption est subordonnée à l'abandon des concepts d'obligation de garantie ou d'obligation de couverture.

Section 2 : Aménagement de la conception dualiste de la garantie.

158. Bilan contrasté des théories dualistes. La théorie dualiste de la garantie repose sur des arguments assez forts. Elle sied à merveille à la structure de la garantie, organisée autour de la prévision puis de la réalisation d'un risque. Elle ne semble toutefois pas en mesure d'être adoptée en l'état, car elle postule un double caractère dualiste et obligationnel de la garantie. Or si le premier de ces aspects prête difficilement à discussion, tel n'est pas le cas du second. En réalité, c'est le recours au concept d'obligation de couverture qui est critiquable (§1). Car une fois expurgée de la référence à l'obligation de garantie ou l'obligation de couverture, la structure dualiste inhérente à toute garantie peut être plus aisément mise en évidence (§2).

§1 : L'inexactitude de la conception obligationnelle de la garantie.

Les théories dualistes de la garantie la montrent comme la combinaison de deux éléments, lesquels présentent une nature obligationnelle. Pour vérifier l'exactitude de ces assertions, la démarche la plus cohérente revient à examiner tour à tour ces deux composantes de la garantie, c'est-à-dire l'obligation de couverture et l'obligation de règlement. Si

l'exécution de l'obligation s'effectue principalement par le mécanisme de l'obligation, ce principe est pourtant contestable dans un certain nombre d'hypothèses (A). Plus nettement encore, le concept d'obligation de couverture se heurte à des obstacles de premier plan (B).

A) L'insuffisance du concept d'obligation de règlement.

159. Garanties faisant naître une obligation de règlement. La qualification d'obligation de règlement, en premier lieu, ne prête généralement guère à discussion. Cette phase d'exécution ne présente en effet qu'une originalité très limitée. Le garant doit exécuter une prestation de nature à réparer la violation de l'intérêt protégé. Dans la majorité des garanties, il le fait en exécutant une obligation personnelle selon les règles du droit commun. Tel est le cas en présence d'une garantie personnelle de paiement : la caution et plus généralement tous ceux qui offrent un patrimoine supplémentaire au créancier pour obtenir le paiement d'une créance sont tenus d'une obligation de payer instantanée, dépourvue de véritable originalité⁶⁴⁷. Il en est de même, au titre des garanties d'exécution et d'indemnisation, des responsables du fait d'autrui, ainsi que des personnes sur lesquelles pèsent les différentes garanties légales ou conventionnelles, qu'il s'agisse du vendeur⁶⁴⁸, du bailleur⁶⁴⁹ ou du constructeur⁶⁵⁰. Une obligation d'indemniser le bénéficiaire de la garantie ou, éventuellement, de lui apporter une

⁶⁴⁷ Le garant peut certes être tenu d'une obligation de faire autre que de payer une somme d'argent, d'une obligation de ne pas faire ou de donner. Mais dans tous les cas, la prestation accomplie ne présente aucune particularité au regard du droit commun, seule la fonction de protection du créancier et le lien d'accessoire plus ou moins prononcé témoignant de la qualification de garantie. De ce point de vue, on ne dénote aucune différence entre le cautionnement et les autres garanties personnelles qui lui servent de substitut.

⁶⁴⁸ Les deux actions accordées à l'acheteur par l'article 1644 du Code civil débouchent, soit sur une obligation de somme d'argent, soit sur une obligation de faire consistant à réparer ou remplacer le bien. La garantie d'éviction permet à l'acquéreur, selon l'article 1630 du Code civil, de demander une « résiliation » qui engendre une obligation de paiement. La garantie de conformité établie par l'ordonnance du 17 février 2005 établit des sanctions comparables, puisque les art. L. 211-9 s. du Code de la consommation prévoient un choix entre la réparation ou le remplacement du bien puis, à titre subsidiaire, entre des sanctions proches de celles attachées aux actions réhibitoire et estimatoire. A ce titre, le vendeur est tenu de simples obligations de faire.

⁶⁴⁹ On déduit des articles 1725 et s. du Code civil que la garantie d'éviction donne lieu à une réduction du prix à raison des troubles de droit, à indemnisation en cas de trouble de fait émanant du bailleur. Les sanctions attachées à la garantie des vices cachés ne sont pas précisées par l'article 1721 du Code civil, mais il semble que les effets de la garantie du vendeur puissent être transposés : v. J. HUET, *op. cit.*, n° 21171.

⁶⁵⁰ La garantie de parfait achèvement « s'analyse en une réparation en nature des dommages apparents ou révélés rapidement après la réception », selon les termes employés par Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, *op. cit.*, n° 91. Quant aux garanties biennale et décennale, l'emploi par l'article 1792 du Code civil du terme responsabilité invite à appliquer les sanctions de droit commun de la responsabilité contractuelle.

satisfaction équivalente est mise à leur charge. Enfin, les garanties fournies par l'assureur⁶⁵¹ et les fonds de garantie⁶⁵² font naître une obligation de payer une somme d'argent.

160. Garanties dépourvues d'obligation de règlement. La situation est différente lorsque l'on s'intéresse aux sûretés réelles. L'obligation de règlement présente alors une tournure particulière, puisque le bénéficiaire de la garantie obtient indirectement satisfaction par la vente forcée du bien affecté en garantie⁶⁵³, son attribution judiciaire⁶⁵⁴, ou même à présent par un pacte commissaire⁶⁵⁵ ou la conservation en propriété de la chose affectée en garantie⁶⁵⁶. Dans chacune de ces hypothèses, le garant se contente de rester purement passif, ce qui laisse à penser que la garantie réelle fait davantage naître un droit au profit du créancier qu'une obligation du garant.

Plus nettement encore, la compensation ne donne pas lieu à proprement parler à l'exécution d'une obligation, mais constitue uniquement un mécanisme indépendant de la volonté et du comportement des parties, et qui joue automatiquement lorsque les conditions en sont réunies⁶⁵⁷. On n'identifie aucune obligation, ni personnelle, ni réelle, à la charge du

⁶⁵¹ L'assureur est tenu du paiement d'une indemnité, et plus largement de diverses prestations relevant de la catégorie des obligations de faire. V. sur ces questions : Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 503 et s.

⁶⁵² Les dommages indemnisés par de tels fonds peuvent difficilement être réparés autrement que par l'octroi à la victime d'une certaine somme d'argent, surtout lorsqu'il s'agit de dommages corporels.

⁶⁵³ Article 2346 du Code civil concernant le gage ; article 2458 concernant l'hypothèque, pour laquelle le législateur renvoie aux règles de droit commun de la saisie immobilière. Il est admis que ces règles gouvernent l'ensemble des sûretés réelles.

⁶⁵⁴ L'article 2347 du Code civil pose une règle générale en ce sens concernant le gage ; l'article 2355 alinéa 5 y renvoie en matière de nantissement. La même faculté est prévue par l'article 2458 au profit du créancier hypothécaire et, par renvoi, l'article 2388 alinéa 2 au profit de l'antichrésiste.

⁶⁵⁵ Autrefois prohibée dans le cadre du gage, cette faculté des parties a été introduite à l'article 2348 du Code civil par l'ordonnance du 23 mars 2006. Cette solution se retrouve dans les différents gages spéciaux, notamment portant sur les véhicules automobiles, comme en dispose l'article 2353 du Code civil. En bénéficient également les créanciers hypothécaires et antichrésistes (art. 2459 et, par renvoi, 2388 alinéa 2 du Code civil).

⁶⁵⁶ Les articles 2371 du Code civil et L. 624-9 du Code de commerce prévoient ainsi que le titulaire d'une clause de réserve de propriété peut demander la restitution du bien en cas de non-paiement à l'échéance et le revendiquer en cas de procédure collective du débiteur. L'article 2029 nous enseigne que le patrimoine fiduciaire revient au constituant lors de la réalisation du but poursuivi, si bien que la propriété peut être conservée par le créancier tant qu'il n'est pas entièrement désintéressé. Il en est de même en matière de cession de créance par bordereau (Cass. com., 22 novembre 2005, *D.* 2005, p. 3081, obs. X. DELPECH ; *RTD com.* 2006, p. 169, obs. D. LEGEAIS ; *Deffrénois* 2006, p. 601, obs. E. SAVAUX ; *D.* 2006, p. 2855, obs. P. CROCQ ; *D.* 2007, p. 760, obs. D. R. MARTIN ; *Banque et dr.* mars 2006, p. 67, obs. Th. BONNEAU ; *Dr. et patr.* septembre 2006, p. 80, obs. J.-P. MATTOU et A. PRÜM ; *JCP E* 2006, n°1569, obs. M. CABRILLAC). La situation est quelque peu différente en matière de crédit-bail car la reprise par le crédit-bailleur de la disposition de la chose n'équivaut pas exactement à la réalisation de la sûreté. Mais si le crédit-bailleur demeure créancier des loyers impayés, la propriété est en réalité destinée à lui procurer une satisfaction équivalente en cas de défaillance de son cocontractant. V. sur cette question M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 587.

⁶⁵⁷ Il est vrai que la compensation constitue un double paiement simplifié et qu'elle ne jouera qu'à condition d'être invoquée par l'une ou l'autre des parties, en dépit des termes de l'article 1290 du Code civil. Mais elle opère de plein droit, c'est-à-dire indépendamment de leur volonté, dès lors qu'elle est effectivement invoquée.

garant, dans la mesure où aucune prestation, attachée à sa personne ou à sa qualité de propriétaire d'un bien, ne doit être effectuée par lui. Par conséquent, si les garanties comportent une obligation de règlement lorsque le garant a souscrit un engagement personnel envers le bénéficiaire, une telle obligation apparaît beaucoup moins clairement lorsqu'un droit de préférence ou un droit sur la valeur d'une chose est offert au créancier. Même si une phase d'exécution apparaît dans toute garantie, elle ne prend pas nécessairement la forme d'une obligation.

Les arguments s'opposant à la conception obligationnelle de la garantie sont plus solides encore lorsque l'on s'intéresse à l'obligation de couverture, deuxième composante de l'obligation de garantie et la plus importante en raison de sa spécificité au regard du droit commun.

B) L'insuffisance du concept d'obligation de couverture.

161. Incertitudes relatives au contenu de l'obligation de couverture. L'obligation de couverture laisse plus de place encore au doute que l'obligation de règlement. Elle constitue pourtant l'élément primordial de l'obligation de garantie, puisque c'est sa présence qui pousse les auteurs à réserver une place particulière à l'obligation de garantie au sein de la *summa divisio* des obligations. Mais si elle constitue la pièce maîtresse de la notion d'obligation de garantie, son contenu reste véritablement à définir. A cet égard, ni les théories reposant sur la notion d'obligation personnelle (1), ni celles s'appuyant sur l'obligation réelle (2), ne sont en mesure de procurer une réponse.

1) L'insuffisance du concept d'obligation personnelle de couverture.

Pour montrer l'insuffisance des théories fondées sur l'obligation personnelle de couverture, la démarche la plus cohérente consiste à partir de l'exemple du cautionnement de dettes futures, qui constitue son champ d'application privilégié et quasiment incontesté, pour ensuite étendre la réflexion aux différentes garanties de paiement (a), d'exécution et d'indemnisation (b), et enfin d'assurance (c).

Aucune obligation ne peut être relevée à la charge du débiteur, puisque le paiement par compensation, automatique, s'impose à lui.

a) L'absence d'obligation personnelle de couverture dans les garanties de paiement.

162. L'obligation de couverture dans le cautionnement de dettes futures. Le domaine de prédilection de l'obligation de couverture dans les garanties de paiement est le cautionnement de dettes futures. Même si son existence est admise dans une large mesure en droit positif, l'obligation de couverture de la caution suscite certaines difficultés pointées du doigt par quelques auteurs. Pour exister, une obligation nécessite l'adoption par le débiteur d'un certain comportement⁶⁵⁸. Or, on discerne mal en quoi il consiste dans le cadre de la garantie.

C'est la raison pour laquelle M. Pascal ANCEL, qui souscrit pour l'essentiel aux propositions de Christian MOULY, a émis des réserves sur cette notion⁶⁵⁹. S'il s'accorde avec l'éminent auteur pour dire que le cautionnement répond à une structure dualiste, s'il ne soulève aucune objection sur sa vision de l'obligation de règlement, il conteste en revanche la nature obligationnelle de la phase de couverture. Selon lui, la caution, durant cette période de couverture, ne serait tenue d'aucune obligation spécifique. La dénomination de l'obligation de couverture procéderait d'une confusion entre le contenu obligationnel du contrat, qui comprend l'ensemble des obligations mises à la charge des contractants, et la simple force obligatoire du contrat, qui lie les parties de façon automatique et fixe un cadre plus général à l'ensemble de leurs relations⁶⁶⁰. Ce qu'on appelle l'obligation de couverture ne serait pas une obligation à proprement parler, mais uniquement une expression de la force obligatoire du contrat de cautionnement. Sa caractéristique principale provient de sa fonction de délimitation de l'obligation de la caution⁶⁶¹. Des critiques similaires s'élèvent en matière d'assurance⁶⁶².

⁶⁵⁸ J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, PUF, 2004, n° 925 ; R. SACCO, « A la recherche de l'origine de l'obligation », *Archives de philosophie du droit*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 33 : « L'obligation comporte le devoir d'exécuter une prestation pour satisfaire un intérêt personnel économique du créancier » ; A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005, n° 236.

⁶⁵⁹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 41. Au fil de cet important article, l'auteur donne de nombreux exemples de mécanismes qualifiés à tort selon lui d'obligation, alors qu'il s'agit uniquement de l'expression de la force obligatoire du contrat. La distinction entre force obligatoire et contenu obligationnel du contrat a été depuis lors largement adoptée. Comp., Ph. STOFFEL-MUNCK, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, *D.* 2007, p. 2839 et s. ; A.-S. LUCAS-PUGET, *op. cit.*, qui distingue objet du contrat et objet de l'obligation.

⁶⁶⁰ V. également J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005, n° 7 : les auteurs distinguent les obligations et les dettes. L'assureur et la caution de dettes futures seraient, selon eux, tenus d'une obligation mais non d'une dette avant la réalisation du risque. Cette conception repose sur une définition particulière de la créance, qui ne serait que l'effet de l'obligation. Variation terminologique mise à part, la distinction conduit au même résultat que l'analyse de M. ANCEL : le garant n'est tenu d'aucune prestation avant la survenance de l'évènement dommageable.

⁶⁶¹ P. ANCEL, *Droit des sûretés*, préc., p. 53 ; art. préc., spéc. n° 41. V. également en ce sens, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2^{ème} éd., 2004, n° 122 et, plus implicitement, Ph. JESTAZ, « Qu'est-ce qu'un résultat en droit ? », *Etudes offertes au Professeur Ph. MALINVAUD*, Litec, 2007, p. 293 et s., spéc. p. 300 et s.

Elles reposent sur l'idée qu'une obligation consiste nécessairement en une action ou une attitude, positive ou négative, du débiteur⁶⁶³. Or aucun comportement n'est exigé du garant dans le cadre de l'obligation de couverture, hormis l'exigence de ne pas compromettre la bonne exécution de l'opération⁶⁶⁴.

Divers arguments sont avancés en réponse à ces critiques. Il est ainsi affirmé que l'obligation de couverture serait révélée par la rémunération parfois accordée à la caution à raison du service rendu au débiteur principal⁶⁶⁵ ou par les primes d'assurance⁶⁶⁶. Elle seule permettrait d'expliquer la possibilité, ouverte au créancier dès la conclusion du cautionnement, d'exercer des mesures conservatoires sur le patrimoine de la caution. Elle serait, en outre, destinée à « préserver la valeur économique des créances que le bénéficiaire du cautionnement détient contre le débiteur »⁶⁶⁷.

Mais une telle argumentation emporte difficilement la conviction. Rien ne permet d'affirmer que la rémunération du garant représente la contrepartie d'une hypothétique obligation de couverture. Le raisonnement est entaché d'une contradiction puisque cette rémunération peut tout aussi bien être accordée dans le cadre d'un cautionnement de dettes présentes⁶⁶⁸, c'est-à-dire dans une situation où, selon Christian MOULY et la grande majorité de la doctrine, n'intervient pas le concept d'obligation de couverture. Par ailleurs, il est certain que la caution rend un service au débiteur principal en garantissant sa dette. Telle est même la cause du cautionnement. Mais cela ne signifie en rien qu'une obligation de garantie pèse sur la caution. La sécurité offerte au créancier résulte du contrat lui-même, et la rémunération accordée à la caution n'est que la contrepartie du service qu'elle rend en concluant le contrat et en ouvrant la possibilité d'être appelée en cas de défaillance du débiteur.

⁶⁶² V. NICOLAS, *op. cit.*, n° 160 et s.

⁶⁶³ V. NICOLAS, *op. cit.*, *eod. loc.* : « S'engager envers une personne signifie que l'on va lui donner, lui faire ou ne pas lui faire quelque chose. La prestation de l'assureur ne saurait consister en un espoir donné à l'assuré. »

⁶⁶⁴ Cette idée apparaît particulièrement dans le domaine du droit des contrats : les obligations de renseignement, de prévision et de défense mises en évidence par la doctrine ne sont autres que des obligations de ne pas compromettre l'exécution de l'obligation principale, ce qui n'apporte au fond rien de plus que la force obligatoire des contrats. V. également, concernant l'obligation de loyauté dans les contrats, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 39.

⁶⁶⁵ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 102.

⁶⁶⁶ G. BRIERE DE L'ISLE, *op. cit.*, p. 142 ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., spéc. p. 384.

⁶⁶⁷ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 101 ; Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 259.

⁶⁶⁸ Ph. THERY, *op. cit.*, n° 89.

L'argument tiré de la préservation de l'intérêt cautionné ne démontre rien de plus. Même si l'idée est exacte, on comprend encore mal sa relation avec la prétendue nature obligationnelle de la couverture. Tout mécanisme de garantie a pour fonction de préserver un intérêt contre la survenance d'un dommage potentiel, mais cela ne postule en rien l'existence d'une obligation en ce sens à la charge du garant. Il est vrai que la caution peut, dans ces circonstances, être amenée à « respecter une conduite propre à faire naître la confiance »⁶⁶⁹. Mais peut-on vraiment affirmer que l'obligation de couverture consiste en cela ? Cette règle ne voit nullement son application limitée au cautionnement de dettes futures, ni même aux garanties, car elle doit guider le comportement de tout contractant⁶⁷⁰. Le vocable d'obligation paraît alors assez inapproprié, car on ne retrouve guère dans ce devoir tout ce qui caractérise l'obligation⁶⁷¹. Cette distinction entre force obligatoire et obligations apparaît d'ailleurs depuis peu en jurisprudence⁶⁷². Si l'on suit cette piste, l'obligation de couverture de la caution appartiendrait à cette seconde catégorie, et serait donc exclue du contenu obligatoire du contrat. Quand bien même il s'agirait d'une obligation, elle n'aurait rien de spécifique à la notion de garantie et n'en constituerait pas un trait distinctif.

Le fait que le créancier puisse prendre des mesures conservatoires sur le patrimoine de la caution⁶⁷³ n'est pas plus significatif, dans la mesure où, selon la jurisprudence, le créancier dispose d'un principe certain de créance contre la caution dès le moment de la conclusion du

⁶⁶⁹ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 101.

⁶⁷⁰ L'exigence d'adopter ce comportement renvoie, au fond, à des devoirs généraux de bonne foi, de loyauté, ou encore de cohérence, tous présents au sein de la jurisprudence ou de la doctrine actuelles. V., notamment, Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, préf. R. BOUT, LGDJ, 2000, spéc. p. 147 sur l'obligation de bonne foi ; D. HOUTCIEFF, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, *JCP* 2007, II, 10154.

⁶⁷¹ V. Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, *D.* 2007, p. 2839, spéc. n° 3, concernant l'obligation de bonne foi et l'obligation de sécurité, lesquelles « n'ont pas d'objet concrètement prédéterminé, ne se payent pas et sont plus généralement peu susceptibles d'être analysées au travers du régime juridique propre aux obligations (modalités, transfert, suspension, extinction, etc.) » ; *adde*, du même auteur, *L'abus dans le contrat*, *op. cit.*, n° 147 et s. Comp., L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Archives de philosophie du droit*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 195 et s., spéc. p. 198 ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357 et s., spéc. p. 382 et s., qui évoque ce point dans le cadre d'un « principe de fraternité contractuelle ». Ces observations pourraient parfaitement s'appliquer à l'obligation de couverture, envisagée comme celle qui impose au créancier d'adopter un comportement de nature à inspirer la confiance.

⁶⁷² Cass. com., 10 juillet 2007, *D.* 2007, p. 2844, note P.-Y. GAUTIER ; *ibid.*, p. 2839, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *Defrénois* 2007, p. 1454, obs. E. SAVAUX ; *JCP* 2007, II, 10154, note D. HOUTCIEFF ; *JCP E* 2007, p. 2394, note D. MAINGUY et J.-L. RESPAUD ; *RDC* 2007, p. 1110, obs. D. MAZEAUD ; *ibid.*, p. 1107, obs. L. AYNES ; *Contrats conc. conso.* 2007, comm. n° 294, obs. L. LEVENEUR ; *Dr. soc.* 2007, comm. n° 180, note H. HOVASSE. Une distinction est établie par les juges entre les obligations résultant du contrat et les simples prérogatives contractuelles, à propos d'une garantie de passif. La conséquence ici attachée à cette distinction est l'office du juge. Celui-ci peut uniquement sanctionner l'usage déloyal d'une prérogative contractuelle, mais non porter atteinte à la substance même des droits et obligations.

⁶⁷³ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 101.

contrat de cautionnement⁶⁷⁴, unique condition requise de la créance pour recourir à de telles mesures⁶⁷⁵. Cette circonstance ne permet donc pas de conclure à l'existence d'une obligation de couverture. Au fond, la sécurité conférée au bénéficiaire de la garantie par l'obligation de couverture existe dès lors que les parties sont engagées dans les liens contractuels, en raison de la force obligatoire du contrat. A partir de ce moment, les parties sont tenues d'agir de façon à optimiser les chances de réalisation de cet objectif contractuel. La sécurité du bénéficiaire provient mécaniquement du contrat, sans que l'attitude des parties ne puisse la remettre en cause⁶⁷⁶. Quant aux obligations qui interviennent au cours de la période de couverture, elles n'ont rien de spécifique à la notion de garantie, mais procèdent uniquement d'un souci de meilleure coopération entre les parties.

163. L'obligation de couverture dans le cautionnement de dettes présentes. Même si l'on redéfinit son domaine comme le préconise M. THERY, l'obligation de couverture demeure assez mystérieuse. Eclairante et justifiée à certains égards, l'analyse n'en est pas moins entachée des mêmes lacunes que celle de Christian MOULY. L'auteur met en évidence une certaine identité entre le cautionnement de dettes présentes et de dettes futures, qui remplissent tous deux une fonction de garantie, alors que Christian MOULY opérât une distinction tranchée entre ces deux mécanismes. Effectivement, le but poursuivi par les deux types de cautionnement est parfaitement identique, à tel point que l'opposition paraît assez artificielle.

Mais M. THERY tire de ce constat des conséquences discutables sur la nature de l'engagement de la caution. Dans la mesure où la caution de dettes présentes procure au créancier une garantie identique à celle résultant d'un cautionnement de dettes futures, il faudrait considérer, dit-il, que l'obligation de couverture pèse aussi sur elle⁶⁷⁷. Il est en effet concevable d'étendre au cautionnement de dettes présentes la structure dualiste qui caractérise, de l'avis général, le cautionnement de dettes futures. Mais à aucun moment M. THERY ne définit exactement l'obligation de couverture. S'il laisse entendre qu'elle doit

⁶⁷⁴ Cela permet aux juges de recevoir l'action paulienne dès lors que le cautionnement a été conclu avant l'acte d'appauvrissement. V., en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 1984, *Bull. civ.* I, n° 16 ; *D.* 1984, p. 437, note Ph. MALAURIE ; *RTD civ.* 1984, p. 719, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 13 janvier 1993, *Bull. civ.*, I, n° 5 ; *JCP* 1993, II, 22027, note J. GHESTIN ; Cass. com., 12 juillet 1994, *Bull. civ.* IV, n° 260.

⁶⁷⁵ Article 67, alinéa 1 de la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 et article 210, alinéa 1 du décret n° 92-755 du 31 juillet 1992.

⁶⁷⁶ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., p. 797 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, op. cit., n° 122.

⁶⁷⁷ Ph. THERY, op. cit., n° 89.

être assimilée à une obligation de garantie, puisqu'elle est associée à l'objet du cautionnement, une détermination précise de son contenu fait défaut. Seules quelques manifestations de son existence sont mises en avant, telles que la rémunération de la caution ou le bénéfice de subrogation qui lui est accordé lorsque le créancier abuse de la protection accordée par la garantie⁶⁷⁸. Aucune de ces considérations n'apparaît décisive. Si elles mettent en évidence le fait que les parties sont déjà liées avant la survenance du risque, qu'il peut exister une contrepartie à la sécurité octroyée au créancier dès ce moment, et que cette sécurité est donc effective, elles ne démontrent toutefois pas l'existence d'une obligation de couverture. Cette dernière n'est envisagée qu'au regard du seul critère de la protection du créancier, ce qui est insuffisant à lui conférer un véritable contenu.

Outre que cette position conduit à complexifier l'articulation entre les deux phases de la garantie, qui seraient tantôt confondues, tantôt séparées, elle est révélatrice du trouble soulevé par la notion d'obligation de couverture : comment lui attribuer la place centrale de la structure du cautionnement si elle n'est même pas définie ? Couverture et règlement ont une finalité commune de protection de l'intérêt garanti, mais l'obligation de règlement est dotée d'un contenu bien balisé à défaut d'être original. Elle constitue la manifestation la plus évidente de la garantie procurée au créancier, tandis que le contenu de l'obligation de couverture demeure incertain. Tout au plus y décèle-t-on, pour reprendre une expression judicieuse, une « obligation de respect »⁶⁷⁹, laquelle ne constitue que la traduction de la force obligatoire du contrat.

Ainsi, il convient de se rallier à l'opinion de M. ANCEL. On ne contestera certes pas l'idée, largement mise en avant par les promoteurs de l'obligation de couverture, selon laquelle la combinaison de la couverture et du règlement vise à protéger un intérêt, et qu'il s'agit là de l'objet de la garantie en général⁶⁸⁰. Mais pour parvenir à une telle conclusion, on ne perçoit pas clairement pourquoi il serait nécessaire de se référer à une quelconque obligation de « conserver l'intérêt garanti »⁶⁸¹. Il suffit d'affirmer que la garantie a pour but la

⁶⁷⁸ Ph. THERY, *op. cit.*, *eod. loc.*

⁶⁷⁹ J. HANSENNE, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », art. préc., spéc. p. 331. L'auteur qualifie de la sorte les obligations imposées, par exemple, au propriétaire d'un fonds servant ou à un nu-propriétaire de ne rien faire pour nuire au propriétaire du fonds dominant ou à l'usufruitier. Loin de se limiter à l'étude des rapports entre titulaires de droits personnels et de droits réels, il établit ensuite une comparaison avec une personne responsable de son fait personnel, qui n'est tenue que d'un devoir général de prudence et de diligence avant que son fait ne cause un dommage et que sa responsabilité ne puisse être engagée.

⁶⁸⁰ G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », art. préc., n° 17, p. 60.

⁶⁸¹ G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », art. préc., n° 17, p. 61.

préservation de cet intérêt par un mécanisme de couverture d'un risque, qui se concrétise, dans la plupart de ces garanties, par l'exécution d'une obligation de règlement. Il est donc possible de considérer, avec M. FRANÇOIS, que « la caution n'est jamais tenue que d'une unique obligation – au sens propre du terme : celle que l'on qualifie d'obligation de règlement »⁶⁸².

164. L'obligation de couverture dans les garanties personnelles de paiement. Si l'existence d'une obligation de couverture n'est pas démontrée dans le cautionnement de dettes futures, champ d'étude privilégié de la théorie dualiste de la garantie, sa présence ne peut logiquement pas être considérée comme inhérente à la notion de garantie. Une brève étude des différentes garanties de paiement suffit à confirmer ce constat. Ce qui vaut pour le cautionnement se vérifie également concernant la plupart des garanties personnelles de paiement procurant un avantage au créancier par l'adjonction d'un patrimoine supplémentaire sur lequel il pourra faire valoir ses droits. On pense ici à la délégation imparfaite⁶⁸³, la solidarité et l'indivisibilité⁶⁸⁴ ou encore au constitut⁶⁸⁵, dont la structure est identique à celle du cautionnement. On peine là aussi à voir en quoi consisterait une obligation de couverture du garant. L'existence d'un lien entre le créancier et le garant ne fait certes aucun doute. Avant la réalisation du risque, le garant est bel et bien lié de façon définitive par le contrat, mais n'a pas à proprement parler souscrit d'obligation de garantie. Les garanties autonomes ne peuvent comporter d'obligation de couverture pour les mêmes raisons, mais aussi parce que la dette du garant est déterminée en elle-même, ainsi que l'ont observé certains⁶⁸⁶.

165. L'obligation de couverture dans les sûretés réelles. Les sûretés réelles, qui augmentent les chances de satisfaction du créancier en lui conférant un droit réel sur un ou plusieurs biens, ne contiennent aucune obligation de couverture. Tant que l'inexécution n'est

⁶⁸² J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 122.

⁶⁸³ *Contra* N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 390.

⁶⁸⁴ *Contra* N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., *eod. loc.*

⁶⁸⁵ *Contra* F. JACOB, *op. cit.*, n° 243 et s. ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 391.

⁶⁸⁶ M. GRIMALDI et Ph. DUPICHOT, « Durée et sûretés », *RDC* 2004, p. 95 et s., n° 11 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 343 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », *RTD com.* 1980, p. 1, spéc. p. 17 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, 7^{ème} éd., par F. PICOD, Montchrestien, 1999, n° 53-14 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 235 ; J.-J. DAIGRE, « Les substituts au cautionnement : de la lettre à la garantie. La revanche de la liberté », *JCP E* 1992, *Cahiers dr. entr.* 6-92, p. 4. *Contra*, M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 264 ; A. PRÜM, *Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie*, préf. B. TEYSSIE, Litec, 1994, n° 146 et s.

pas consommée, le garant n'est lié par aucune obligation autre que l'obligation principale⁶⁸⁷. C'est au contraire le créancier qui dispose d'un droit réel accessoire ou principal sur le bien affecté en garantie de la créance. Une fois l'inexécution de l'obligation principale avérée, le créancier peut mettre en œuvre ce droit réel de façon à se payer sur la valeur du bien.

166. L'obligation de couverture dans les garanties indirectes de paiement. Les garanties visant indirectement l'exécution d'une obligation, qui tendent à protéger la solvabilité du débiteur, semblent bien, quant à elles, mettre à la charge du garant une obligation de ne pas faire, plus précisément de ne pas compromettre sa capacité d'exécution de l'obligation principale⁶⁸⁸. La couverture correspond à l'obligation de ne pas faire souscrite par le garant. La méconnaissance de cette obligation, lorsqu'elle occasionne un préjudice au créancier, entraîne la responsabilité contractuelle du garant, si bien que l'obligation de règlement n'est autre que l'obligation de réparation de ce préjudice. Il s'agit donc d'un rare cas où obligations de couverture et de règlement apparaissent clairement au sein d'une garantie de paiement.

167. L'obligation de couverture dans les garanties indemnitaires. De même, les lettres d'intention semblent réunir les deux facettes de l'obligation de garantie⁶⁸⁹. Leur souscripteur s'engage en effet à adopter un certain comportement de nature à favoriser le paiement de la dette garantie. Selon qu'il est débiteur d'une obligation de moyens ou de résultat, il doit tout mettre en œuvre de façon à ce que le débiteur puisse payer ou, plus radicalement, parvenir à ce résultat, sans quoi sa responsabilité contractuelle est engagée. On constate bel et bien l'existence d'obligations de faire, d'intensité variable, dotées d'un contenu effectif⁶⁹⁰. Si, ensuite, le créancier n'obtient pas satisfaction, il conserve la possibilité de se retourner vers le confortant ou le promettant, à condition que l'obligation de faire souscrite par lui soit restée

⁶⁸⁷ Des obligations peuvent au contraire apparaître à la charge du créancier. C'est par exemple le cas de l'obligation de conservation du bien dont est tenu le créancier gagiste en vertu de l'article 2344 du Code civil.

⁶⁸⁸ V., sur cette question, M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.* ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 628 et s. Les sûretés négatives instaurent généralement des obligations de ne pas faire à la charge du garant, plus précisément de ne pas effectuer d'actes sur un ou plusieurs de ses biens, ou encore de ne pas modifier la structure de son patrimoine.

⁶⁸⁹ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 391 ; *contra*, J. DEVEZE, « Aux frontières du cautionnement : lettre d'intention et garantie indépendante », art. préc.

⁶⁹⁰ Même si les formules employées par les lettres d'intention sont volontairement très vagues, elles ont pour point commun d'imposer un certain comportement au confortant. Cela pourra passer, par exemple, par un soutien financier d'une société filiale, une augmentation de capital... Seules les lettres constitutives d'un engagement moral ne font pas naître d'obligation comportementale, de même que celles imposant au souscripteur de se substituer au débiteur. Dans ce dernier cas, une requalification en cautionnement est en effet encourue, si bien que le problème précédent réapparaît.

inexécutée. Aux obligations prévues par le contrat s'ajoute donc une obligation de règlement de somme d'argent, destinée à sanctionner l'inexécution.

Mais la qualification d'obligation de couverture ne s'applique en réalité qu'à une catégorie très spécifique de garanties de paiement, celles qui tendent à une restauration indirecte des intérêts du créancier par l'engagement de la responsabilité contractuelle du garant. Et encore ce constat demeure-t-il insuffisant car le porte-fort, autre garantie indemnitaire reposant sur la responsabilité contractuelle, ne comporte aucune véritable obligation de couverture⁶⁹¹, tout comme le cautionnement auquel il est parfois assimilé par les juges⁶⁹².

Ce constat montre bien l'inaptitude du concept d'obligation de couverture à regrouper autour de lui la notion de garantie. Il est tout aussi valable en matière de garanties d'exécution.

b) L'absence d'obligation personnelle de couverture dans les garanties d'indemnisation.

168. L'obligation de couverture en droit des contrats. S'agissant des garanties destinées à restaurer l'effectivité de la jouissance d'un bien, acquise par contrat, nul ne doute que le garant soit tenu d'une obligation dite de règlement une fois que le risque est réalisé. Le contenu de la prestation du garant varie selon les hypothèses et pourra dépendre du choix du bénéficiaire de la garantie, tout comme le résultat des actions qui lui sont ouvertes, mais sa nature obligationnelle ne fait aucun doute, que l'on se place dans le cadre des actions ouvertes à la suite d'un vice caché, d'une éviction, d'un défaut de conformité d'une chose fournie ou d'un défaut de construction. En revanche, avant la survenance du risque redouté, on peut s'interroger sur la nature des obligations qui incombent au garant. Cela exige d'examiner les obligations positives mises à la charge des garants par la doctrine favorable à la théorie de l'obligation de garantie.

169. L'obligation de renseignement. La première obligation positive rattachée à la garantie est l'obligation de renseignement incombant au vendeur. Le vendeur est bien tenu d'informer son cocontractant tout au long du processus contractuel, et un défaut de renseignement peut

⁶⁹¹ *Contra*, N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 390.

⁶⁹² Cass. com., 13 décembre 2005, *Bull. civ.* IV, n° 256 ; *JCP E* 2006, n° 1342, note P. GROSSER ; *Defrénois* 2006, p. 414, obs. E. SAVAUX ; *Contrats conc. conso.* 2006, n° 63, obs. L. LEVENEUR ; *Banque et dr.* mars 2006, p. 60, obs. N. RONTCHEVSKY ; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 18 décembre 2007, *Banque et dr.* mars 2008, p. 43, obs. N. RONTCHEVSKY.

bien se trouver à l'origine de la survenance d'un vice caché. Garantie et défaut de renseignement peuvent donc coïncider, puisque l'obligation d'information porte sur l'ensemble des indications utiles à l'usage de la chose⁶⁹³. Ainsi se trouveraient réunies les conditions d'un concours entre l'action en garantie et l'action en résolution ou en responsabilité tirée du défaut d'information, si bien que le devoir d'information constituerait un élément de la garantie et que l'adage *specialia generalibus derogant* viendrait à s'appliquer⁶⁹⁴. La jurisprudence, en présence d'un vice occulte consécutif à l'inobservation d'une obligation du vendeur, applique d'ailleurs parfois l'action en garantie⁶⁹⁵, ce qui semble valider le raisonnement.

Pourtant, la démarche ne convainc pas. Même si le vice caché résulte parfois d'un défaut d'information, on ne saurait en déduire que l'obligation de renseignement participe de la garantie, en l'absence de concordance parfaite entre leur champ d'application respectif. Or il apparaît que l'obligation de renseignement déborde largement du domaine de la garantie⁶⁹⁶. Tout d'abord, si le vendeur professionnel est strictement tenu de renseigner son cocontractant, on considère que le vendeur occasionnel, non professionnel, n'est redevable que d'un simple devoir de loyauté ou de bonne foi⁶⁹⁷. Pourtant, l'un et l'autre sont tenus de la garantie des vices cachés, l'unique différence tenant à la présomption de connaissance du vice. D'autre part, au-delà même de l'exemple de la vente, l'obligation de renseignement peut généralement peser sur tout contractant, sans qu'aucune distinction ne doive être opérée selon la nature du contrat. Le caractère translatif du contrat demeure notamment indifférent. Si toute garantie contenue dans un contrat semble pouvoir être assortie d'une obligation de renseignement, l'inverse ne saurait donc être soutenu.

Cette différence de domaine ne fait que refléter une différence de nature. En vérité, l'obligation de renseignement semble plus consubstantielle au contrat en général qu'à la garantie. Si la garantie vise à préserver les intérêts d'une partie en présence d'un aléa venant modifier l'équilibre du contrat, l'obligation de renseignement ne répond pas à cette

⁶⁹³ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 216.

⁶⁹⁴ En faveur d'une telle solution : P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », art. préc., spéc. p. 832.

⁶⁹⁵ V. par exemple Cass. com, 6 mars 1990, *Bull. civ.* IV, n° 75.

⁶⁹⁶ Il n'est qu'à constater les liens étroits unissant l'obligation d'information et le dol, condition de droit commun de formation des contrats. Cela montre, d'une part que les contrats affectés d'une garantie ne sont pas les seuls à comporter une telle obligation, d'autre part qu'elle préexiste au contrat. V., pour une étude générale sur le sujet, M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992.

⁶⁹⁷ F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 219.

qualification. Il s'agit plutôt d'un élément destiné à fixer un cadre dans les relations entre les parties au contrat, comme en atteste son origine précontractuelle. Son but premier n'est pas d'assurer l'efficacité du contrat, même si elle peut occasionnellement parvenir à ce résultat, mais d'optimiser les relations entre les parties, d'instaurer un dialogue entre elles⁶⁹⁸, de façon à ce que le processus contractuel se déroule en toute transparence, et de la façon la plus satisfaisante possible. Cela explique que cette obligation se soit principalement développée dans des situations d'inégalité entre contractants, notamment entre professionnels et consommateurs, de façon à rééquilibrer une relation marquée par un déséquilibre de compétences⁶⁹⁹. Présentée de cette façon, l'obligation d'information se distingue plus aisément de la garantie. Ainsi, l'obligation de renseignement ne saurait être liée à l'aspect positif de l'obligation de garantie : elle n'est pas spécifique à elle.

170. L'obligation de prévision. La deuxième obligation positive découverte par M. GROSS dans les garanties légales et conventionnelles est une obligation de prévision. Il s'agirait, selon les termes de l'auteur, d'une obligation pesant sur le vendeur, consistant à prendre toutes mesures nécessaires afin de ne pas compromettre la bonne fin de l'opération⁷⁰⁰. Mais ce devoir comportemental, loin d'être propre à la garantie des vices cachés, prend place dans tout contrat⁷⁰¹. Il renvoie en vérité à l'exigence de bonne foi mise à la charge de tout contractant⁷⁰², et qui relève principalement de la confiance mutuelle, ainsi que le suggèrent le droit comparé⁷⁰³. En effet, on ne saurait concevoir qu'une personne tenue par des liens contractuels puisse compromettre la bonne exécution de l'opération. Enoncée en des termes

⁶⁹⁸ En ce sens : Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 316 ; Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2005, n° 21.71.

⁶⁹⁹ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 512.

⁷⁰⁰ B. GROSS, *op. cit.*, n° 219 et s., et les références citées.

⁷⁰¹ G.-J. NANA, *op. cit.*, n° 194.

⁷⁰² Exigence de bonne foi dont il est démontré qu'elle ne constitue pas une obligation au sens propre du terme : v., en ce sens, P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 39 ; comp. Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. préc. sous Cass. com., 10 juillet 2007 ; L. AYNES, « L'obligation de loyauté », art. préc. ; C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », art. préc.

⁷⁰³ La bonne foi, présente dans les articles 242 et 157 du BGB allemand, y est particulièrement liée à la confiance, la fidélité et les usages admis en affaires. Or, qu'est-ce qu'une obligation de ne pas trahir la confiance du cocontractant, sinon l'objet de tout contrat ? La bonne foi s'applique d'ailleurs, non seulement à l'exécution du contrat, mais aussi à son interprétation. Il en est de même en droit chinois, en vertu des articles 5 et 6 de la Loi unique du 15 mars 1999 sur les contrats. Le principe de bonne foi est aussi érigé au dessus de l'ensemble du droit des obligations japonais par l'article 1, alinéa 2 du *Mimpô*, ce qui met en évidence son caractère spécifique par rapport à l'ensemble des obligations contractuelles. Enfin, les Principes Unidroit consacrent largement le principe de bonne foi, notamment l'article 3.10 qui permet au juge de réduire un avantage excessif. Ainsi, la bonne foi apparaît comme une directive d'interprétation gouvernant l'ensemble du contrat, indépendamment de la présence des obligations, même s'il trouve une traduction à travers certaines obligations accessoires du contrat. V. plus largement, sur l'application de la bonne foi en droit comparé et international, G. ROBIN, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *Rev. dr. aff. int.* 2005, p. 695 et s.

trop vagues, l'obligation de prévision n'apparaît en aucun cas caractéristique de la garantie et ne peut suffire à définir son contenu positif.

171. L'obligation de défense. L'obligation de défense, dernière obligation inhérente à la garantie légale ou conventionnelle en droit des contrats selon M. GROSS, est façonnée suivant le modèle de la garantie d'éviction dans la vente. Elle impose au vendeur de défendre les droits de l'acquéreur en justice dans l'hypothèse où sa jouissance de la chose est troublée par des tiers. A défaut d'exercer cette défense avec succès, le vendeur devra indemniser l'acheteur à hauteur du préjudice subi du fait de l'éviction. L'auteur étend cette obligation de défense à la garantie des vices cachés, qui revêt selon lui une nature identique à la garantie d'éviction. Ainsi, en cas de découverte d'un vice occulte une fois la livraison effectuée, le vendeur devrait réparer la chose en nature en exécutant certains travaux. L'obligation de défense serait alors extrajudiciaire, à l'inverse de l'obligation mise à la charge du vendeur dans le cadre de la garantie d'éviction. En effet, la jouissance de la chose n'est pas compromise par les prétentions juridiques de tiers, mais uniquement par des considérations de fait.

Toutefois, cette conception de l'obligation de défense apparaît excessivement large. La réparation d'un bien affligé d'un vice caché peut difficilement être comparée à une obligation de défense en justice. D'autre part, on ne conçoit guère qu'une obligation comprise dans le contrat de vente consiste à réparer cette chose dans le cas où elle serait affectée d'un vice. L'obligation dégagée par M. GROSS, de toute évidence, se situe déjà dans le cadre de la réparation, non de l'exécution du contrat à proprement parler⁷⁰⁴. Du reste, elle ne diffère en rien d'une réparation en nature effectuée consécutivement à l'engagement de la responsabilité contractuelle du vendeur, solution couramment admise en droit commun⁷⁰⁵. Loin d'offrir un contenu tangible à l'obligation de garantie, l'obligation de réparation mise à la charge du vendeur en cas de vice caché ne constitue qu'un remède de droit commun à l'inexécution du contrat. Et quand bien même nierait-on la notion de responsabilité contractuelle, en considérant que l'obligation de réparation incombant au débiteur ne constitue en réalité qu'une exécution par équivalent de la prestation prévue au contrat⁷⁰⁶, les données du

⁷⁰⁴ G.-J. NANA, *op. cit.*, n° 196.

⁷⁰⁵ V., sur cette question, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 27 et s.

⁷⁰⁶ En ce sens, v. notamment D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223 ; Ph. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures* 1996/1, p. 31 ; « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323 ; P. COEFFARD,

problème ne s'en trouveraient pas modifiées pour autant. Outre que la thèse de la négation de la responsabilité contractuelle suscite d'extrêmes réserves⁷⁰⁷, elle ne suffirait à dégager une spécificité de la réparation de la chose atteinte d'un vice occulte. La réparation du bien constituerait alors, non pas l'exécution de l'obligation de garantie, mais bel et bien l'exécution par équivalent de l'obligation de délivrance.

De quelque façon que l'on envisage le problème, la réparation du bien atteint d'un vice ne présente aucune spécificité, et demeure impuissante à fournir un contenu propre à l'obligation de garantie dans la garantie des vices cachés concernant les contrats translatifs de propriété. A l'évidence, l'obligation de défense demeure donc propre à la garantie d'éviction, à l'exclusion de la garantie des vices cachés. Plus largement, elle ne jouera aucun rôle dans nombre de garanties. Même s'il est possible d'en discerner les traits dans l'assurance de responsabilité⁷⁰⁸, elle reste étrangère aux mécanismes des sûretés, par exemple. La notion d'obligation de défense ne suffit donc à procurer à l'obligation de garantie un réel contenu.

172. L'obligation de couverture en matière de construction immobilière. Le même constat s'impose en matière de construction immobilière. L'obligation de ne pas porter atteinte à l'efficacité du contrat, avancée par M. SOINNE, ne comporte à proprement parler aucun objet spécifique à la notion de garantie⁷⁰⁹. Tout contrat suppose que les parties ne contredisent pas la portée de l'engagement et prennent les mesures nécessaires à l'efficacité de l'exécution. L'obligation de garantie relèverait alors davantage, en vérité, de la norme contractuelle en elle-même, et ne présenterait aucun objet ni aucune sanction spécifique. En même temps que son originalité, son utilité se trouverait donc sérieusement remise en question. De quelque manière que l'on envisage la question, l'obligation de garantie n'est dotée d'aucun contenu susceptible de lui offrir une place à part.

op. cit. ; Ph. LAURENT, *op. cit.*, n° 177 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 803 et s.

⁷⁰⁷ V. parmi une abondante littérature : P. JOURDAIN, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », art. préc. ; G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *Etudes offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 92 ; Ch. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *Etudes offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 543 ; E. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 271.

⁷⁰⁸ Il n'est pas rare que soient insérées dans les contrats d'assurance des clauses tendant à substituer l'assureur au responsable dans le cadre de l'action en responsabilité engagée par la victime. Mais ces clauses ne sont pas systématiques et relèvent de la liberté contractuelle. V., sur cette question, Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 655 et s.

⁷⁰⁹ J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif*, *op. cit.*, n° 168 : « Le débiteur de toute obligation est tenu de réparer le dommage né de l'inexécution de cette obligation. Il est également tenu de ne rien faire qui puisse empêcher l'exécution de l'obligation dont il est débiteur. » La présence d'une telle obligation à la charge du constructeur ne révèle donc pas en soi la présence d'une garantie.

Ainsi, aucune des obligations mises à la charge du garant dans les garanties du droit des contrats ne présente de véritable spécificité. Elles se rapportent simplement aux relations générales entre des parties à un contrat sans constituer un corpus de règles consubstantielles à la garantie. Nul ne contestera que la garantie comporte une obligation de réparation, c'est-à-dire de règlement. Cette obligation est invariablement négative, pour reprendre la terminologie utilisée par M. GROSS. Il s'agit d'une sanction, qui n'apparaît pas propre à la garantie et ne participe pas de sa définition. Le régime de la garantie semble donc toujours dominé par l'obligation de règlement mise à la charge du garant. Quant à l'obligation de couverture, elle relève en vérité de la seule force obligatoire du contrat. En conséquence, les garanties du droit des contrats ne sauraient être assimilées aux garanties de paiement du fait de l'existence d'une obligation dualiste de garantie, contrairement à ce qui a été avancé⁷¹⁰.

173. L'obligation de couverture dans les responsabilités du fait d'autrui. Les responsabilités du fait d'autrui jouant un rôle de garantie d'indemnisation ne comportent pas davantage d'obligation avant que le dommage ne se réalise. S'il est possible de considérer que la garantie existe, dans le sens où le responsable potentiel répondra toujours des dommages causés par la personne placée sous son autorité, il est difficile d'en déduire qu'il est tenu d'une obligation préalablement à l'évènement malheureux. Il faudrait pour cela considérer que toute personne placée dans cette situation est tenue d'une obligation générale et permanente. Le caractère artificiel de cette solution ne fait aucun doute, particulièrement au regard du caractère automatique plus ou moins prononcé des différents régimes de responsabilité du fait d'autrui. Il convient plutôt de parler de devoir général à la charge du responsable⁷¹¹.

On le comprend, aucune des garanties d'exécution et d'indemnisation ne met à la charge du garant une obligation de couverture avant la survenance de l'évènement dommageable. Il en est de même des garanties d'assurance.

⁷¹⁰ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 391.

⁷¹¹ R. SACCO, « A la recherche de l'origine de l'obligation », art. préc., p. 33 : « Ces devoirs qui incombent à tous, de respecter la personne et la propriété des autres, ne sont pas des obligations. Leur violation donne lieu à une responsabilité délictuelle ».

c) L'absence d'obligation personnelle de couverture dans les garanties d'assurance.

174. L'obligation de couverture de l'assureur. L'assureur de dommage est certes assujéti à une obligation de règlement en cas de survenance du dommage, mais il reste à déterminer en quoi il souscrit à proprement parler une obligation de couverture avant cet évènement. On peine à reconnaître à l'obligation de couverture un contenu autonome par rapport à l'obligation de règlement qui l'accompagne et la complète⁷¹². Même si certains indices permettent de déceler un lien entre les parties dès la conclusion du contrat d'assurance, avant même que ne se produise l'évènement redouté⁷¹³, ils ne permettent pas de déterminer avec précision le contenu des obligations du garant avant sa survenance. A cet égard, la situation de l'assureur est bien proche de celle de la caution. Le paiement des primes par l'assuré durant la période de couverture ne prouve pas l'existence corrélative d'une obligation de l'assureur. Il montre simplement que la sécurité de l'assureur a un prix, et non qu'elle résulte d'une obligation.

175. L'obligation de couverture des fonds de garantie. Concernant, enfin, les fonds de garantie, il est difficile de parler d'obligation de couverture. Ils ne sont aucunement liés à la victime, ni à l'auteur du dommage, ce en quoi leur position est finalement assez proche de celle du garant du fait d'autrui. Le créancier de l'obligation de couverture demeure donc indéterminé. En outre, l'objet de cette obligation laisse interrogatif. On ne discerne pas bien de quelle obligation est tenu le fonds de garantie avant que ne se réalise le risque. Son seul rôle est l'indemnisation, à certaines conditions, de la victime du préjudice, une fois celui-ci survenu. Auparavant, la sécurité procurée aux victimes potentielles ne résulte que de la seule existence de ces fonds. Il est même impossible, à leur sujet, de parler de devoir général, à l'inverse de ce qui se produit en matière de responsabilité du fait d'autrui⁷¹⁴.

On le voit, la théorie de l'obligation personnelle de garantie est entachée de sérieuses lacunes. Peuvent-elles être effacées par le recours au concept d'obligation réelle ? Il ne le semble pas.

⁷¹² V. NICOLAS, *op. cit.*, n° 160 et s. Le sentiment de sécurité procuré par le garant ne suffit pas à déduire à sa charge l'existence d'une obligation. *Contra*, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 50 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 102.

⁷¹³ Le plus évident de ces indices étant évidemment le paiement des primes. V., sur ce point, N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 383.

⁷¹⁴ V. *supra*, n° 173.

2) L'insuffisance du concept d'obligation réelle de couverture.

176. Conception étroite de l'obligation réelle et obligation de couverture. Il convient, pour se prononcer sur la viabilité du concept d'obligation réelle de garantie, d'examiner les différentes conceptions proposées de l'obligation réelle.

La conception étroite de l'obligation réelle, défendue notamment par M. SCAPEL, demeure insuffisante. En effet, l'auteur estime que l'obligation réelle n'est qu'une variété d'engagement personnel⁷¹⁵. La question de la détermination de son contenu reste alors entière. L'obligation réelle exige un lien entre créancier et débiteur et, surtout, une prestation, négative ou positive, de la part de ce débiteur. Les obstacles s'opposant à la reconnaissance d'une obligation personnelle de couverture ou de garantie ne perdent rien de leur poids. L'auteur, logiquement, exclut lui-même de son étude le cautionnement réel⁷¹⁶. Il est vrai qu'on ne perçoit guère, avant la mise en œuvre d'une sûreté réelle, de véritable obligation originale susceptible d'être exécutée ou inexécutée par le débiteur⁷¹⁷. L'obligation de conservation du bien grevé, seule obligation visible, est étrangère à la garantie. Elle se retrouve dans toutes sortes de contrats⁷¹⁸, sans pour autant qu'une quelconque obligation de couverture ne soit en cause, et incombe du reste au créancier et non au garant dans le cadre du gage, ainsi que le prévoit l'article 2344 du Code civil. Elle ne reflète pas l'existence d'une obligation de garantie, mais renforce seulement l'obligation de restitution inhérente à certains contrats⁷¹⁹.

De plus, l'explication fournie par cette conception de l'obligation réelle est inopérante au-delà des garanties légales et conventionnelles du droit des contrats. L'obligation réelle n'apparaît que lorsqu'une obligation est liée à la propriété d'une chose. Or, seules les garanties couvrant un risque d'inefficacité du transfert de propriété ou de jouissance d'une chose paraissent remplir ces conditions. Et même parmi ce type de garanties, M. SCAPEL exclut la nouvelle garantie de conformité de la catégorie des obligations réelles⁷²⁰.

⁷¹⁵ J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 73 et s.

⁷¹⁶ J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 57 ; *adde*, dans le même sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 388 ; J. BONNECASE, *op. cit.*, n° 193.

⁷¹⁷ L. AYNES, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005 ; S. PRIGENT, *L'engagement pour autrui*, thèse Rennes I, 2001, n° 531. La constitution d'une sûreté réelle fait naître une simple charge et non une obligation.

⁷¹⁸ Il suffit de songer à l'obligation du dépositaire, prévue par les articles 1927 et s. du Code civil.

⁷¹⁹ M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ.* 1993, p. 757 et s.

⁷²⁰ J. SCAPEL, *op. cit.*, n° 389 et s.

Le droit positif confirme l'inanité de cette théorie au-delà du périmètre du droit des contrats. La Cour de cassation ne reconnaît plus, en effet, d'engagement personnel dans le cautionnement réel⁷²¹. La solution vaut bien évidemment pour l'ensemble des sûretés réelles, catégorie à laquelle est aujourd'hui rattaché le cautionnement réel.

177. Conception large de l'obligation réelle et obligation de couverture. Une conception plus large de l'obligation réelle ne mène pas à des résultats plus probants. Même si l'on estimait qu'elle désigne la face inversée de tout droit réel⁷²², sans pour autant constituer une catégorie particulière d'obligation personnelle, son domaine serait alors limité aux seules sûretés réelles⁷²³, si bien qu'elle demeurerait impuissante à rendre compte du mécanisme des garanties personnelles et des garanties d'assurance, et serait loin d'épouser la notion d'obligation de couverture.

178. Absence d'obligation de couverture au sein de la garantie. En définitive, on perçoit mal de quelle obligation spécifique de couverture est tenu le garant. A peu près vide de contenu, elle est en réalité sous-tendue par un seul et unique but : la délimitation dans le temps de la protection offerte au bénéficiaire. Mais pour cela, est-il véritablement nécessaire d'opérer un détour par la notion d'obligation ? Il semble plutôt que cette période, durant laquelle le garant est lié au créancier sans pour autant devoir exécuter d'obligation spécifique, fasse partie du cadre non obligationnel du contrat. Le garant est tenu en vertu de la seule force obligatoire du contrat.

Ainsi, la qualification d'obligation ne parvient pas véritablement à rendre compte de l'inscription dans le temps de la garantie. On n'est guère surpris par les difficultés éprouvées pour définir de façon convaincante l'obligation de couverture, ou de garantie : il est difficile de lui assigner un véritable contenu, car la garantie est une notion finaliste, qui s'accommode mal d'un cadre plus précisément défini. Du fait de sa qualification de garantie, le cautionnement a pour principale caractéristique la protection du créancier, son paiement dans l'hypothèse où le débiteur principal se trouverait dans l'impossibilité de s'acquitter de sa dette. Mais cela ne signifie pas que la technique utilisée soit transposable aux autres garanties,

⁷²¹ Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, préc.

⁷²² S. GINOSSAR, *op. cit.* ; Ch. LARROUMET, *Droit civil, t. II, Les biens, droits réels principaux*, *op. cit.*, n° 48 et s. ; n° 439 et s. ; J. HANSENNE, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », art. préc. ; J. FRANÇOIS, « L'obligation de la caution réelle », art. préc., n° 15.

⁷²³ Encore que ce ne soit même pas le cas des privilèges : v. J. FRANÇOIS, « L'obligation de la caution réelle », art. préc., n° 17.

car la notion de garantie est articulée autour d'une finalité, pas d'une technique ou d'un contenu commun. Par conséquent, il est fort contestable d'assimiler l'obligation de couverture à une obligation de garantie. Dans un cautionnement de dettes futures, ce qu'il conviendrait d'appeler une obligation de garantie serait une obligation d'exécuter la prestation promise par le débiteur en cas de défaillance de celui-ci. Mais son unique particularité serait alors sa fonction de renforcement des chances de paiement du créancier. L'exemple montre bien que la garantie ne trouve pas sa spécificité dans sa nature obligationnelle, mais dans sa finalité.

Nécessaire, la récusation de la conception obligationnelle de la garantie ne porte pourtant pas atteinte aux bases de la théorie dualiste de la garantie. Il se pourrait même qu'elle lui confère une vigueur accrue.

§2 : L'exactitude de la conception dualiste de la garantie.

Au-delà de la qualification erronée d'obligation, il est possible de dégager une structure temporelle commune à l'ensemble des garanties. Il est nécessaire d'en étudier les lignes générales (A), avant d'en examiner plus précisément les applications au sein des différents types de garanties (B).

A) Description de la structure dualiste de la garantie.

179. Suppression des obstacles résultant de la notion d'obligation de garantie. Outre son caractère erroné, déjà démontré, la notion d'obligation de garantie présente l'inconvénient d'amener les auteurs à restreindre exagérément leur champ d'étude⁷²⁴. Il est naturel que la structure temporelle de la garantie demeure rebelle à toute systématisation si on l'encadre par le concept extrêmement réducteur d'obligation de garantie. On pourrait certes songer, pour éluder l'obstacle et sortir de l'impasse théorique, à considérer que les deux théories, fondées sur les concepts d'obligation personnelle et d'obligation réelle, sont complémentaires et couvrent l'ensemble des garanties. La reconnaissance de l'obligation réelle comme vecteur d'obligation de garantie pourrait permettre d'affirmer que la garantie serait constituée d'obligations présentant un caractère soit personnel, soit réel. De la sorte, le domaine de la

⁷²⁴ Un exemple particulièrement notable figure dans l'argumentation de M. KANAYAMA. L'auteur considère que les sûretés réelles demeurent rebelles à la notion d'obligation de garantir, en raison de la distinction des droits personnels et des droits réels, dont il se refuse à remettre en cause les fondements même. V. sur ce point, N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 393 et s.

notion d'obligation de garantie ne serait plus restreint par celle d'obligation personnelle. Mais même en conjuguant leurs efforts, les deux théories peinent à expliquer le mécanisme des garanties réelles dépourvues de droit de suite, lesquelles ne font naître aucune obligation réelle⁷²⁵ et entrent difficilement dans le moule de l'obligation personnelle. Ainsi, leur portée demeure trop restreinte pour véritablement expliquer la notion de garantie. Inexactes en raison de la référence aux notions d'obligations de couverture et de règlement, elles ne suffisent pas, en toute hypothèse, à fournir un socle commun à toute garantie.

Cet obstacle préalable disparaît à condition d'effacer le recours aux concepts d'obligation de couverture ou d'obligation de garantie. La qualification d'obligation n'est que contingente, car la garantie est une notion purement fonctionnelle. Contrairement à ce que soutenait Christian MOULY, la couverture n'est qu'un effet automatique du contrat, indépendant de l'activité des parties. On distingue certes un certain nombre d'obligations mises à la charge du garant durant cette période, avant même la réalisation du risque. Mais loin de révéler l'existence d'une obligation de couverture, elles ne constituent que des obligations accessoires dont le but est de faciliter le but du contrat ou de la garantie, ou encore des obligations étrangères au mécanisme de la garantie, et qui mettent uniquement en évidence le lien obligatoire entre les parties. Elles peuvent se résumer à une directive : ne pas faire obstacle à la mise en jeu de la garantie. Elles concourent à la protection du bénéficiaire qui est véritablement matérialisée par la phase de règlement, l'unique phase apte à rendre effective la préservation de ses intérêts. Mais tout cela ne confère aucune spécificité aux contrats de garantie. Tout contrat fait naître à la charge des parties des obligations accessoires tournées vers la réalisation de l'objectif contractuel, de l'objet du contrat⁷²⁶, sans que cette situation ne soit spécifique au garant.

Cette idée trouve plusieurs illustrations éclatantes dans le cadre du cautionnement. Ainsi, le bénéfice de subrogation, considéré comme une manifestation de l'existence d'une obligation de couverture dans le cautionnement⁷²⁷, constitue en réalité une mesure de faveur pour la caution. En se fondant sur cette règle, les juges établissent une véritable obligation pour le créancier de tenir compte des intérêts de la caution, au point de restreindre ses

⁷²⁵ J. FRANÇOIS, « L'obligation de la caution réelle », art. préc., n° 17, spéc. note 57 : l'auteur fournit l'exemple des privilèges généraux, qui constituent des sûretés réelles sans pour autant conférer de droit de suite au créancier. On se trouve dans l'impossibilité de discerner une obligation réelle dans ce mécanisme.

⁷²⁶ V., sur la définition de l'accessoire, G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1969 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*

⁷²⁷ Ph. THÉRY, *op. cit.*, n° 89.

prérogatives dans l'exercice d'une simple faculté⁷²⁸. On constate alors que le créancier, tout autant que le garant, est tenu de ne pas porter atteinte aux intérêts de son cocontractant. Nul ne songerait, pourtant, à affirmer qu'il est tenu d'une obligation de couverture. De la même façon, les différentes obligations d'information dont est tenu le créancier bénéficiaire d'un cautionnement⁷²⁹ procèdent d'une volonté de coopération et d'échange entre les parties, de façon à corriger un éventuel déséquilibre entre elles, tout comme le principe de proportionnalité aujourd'hui introduit dans le cautionnement⁷³⁰. Cette sûreté, loin de faire naître une simple obligation de couverture à la charge de la caution, met en place un réseau complexe d'obligations destinées à permettre la bonne exécution du contrat et la réalisation de son objet. Si protection du créancier il y a, c'est la force obligatoire du contrat qui la lui procure directement, sans qu'un détour par la notion d'obligation de couverture ne soit nécessaire. Cela permet d'expliquer pourquoi l'obligation de couverture ne figure que dans un faible nombre de garanties⁷³¹. Le recours à la force obligatoire de la norme renverse les obstacles auxquels se heurtait une généralisation de la notion de garantie. Toute garantie est investie dès sa conclusion du caractère obligatoire inhérent à la norme, mais ne fait pas nécessairement naître d'obligation de garantie ou de couverture.

De même, si l'on admet que la garantie est un procédé à la disposition du bénéficiaire, et susceptible d'être mis en œuvre dès la survenance du dommage, la référence à l'obligation de règlement devient superflue. Un tel raisonnement permet de contourner les limites liées à la notion d'obligation tout en donnant un contenu plus raisonnable et réaliste à la notion de

⁷²⁸ V., notamment, Cass., ch. mixte, 17 novembre 2006, *D.* 2006, p. 2907, note V. AVENA-ROBARDET. La chambre mixte admet par cet arrêt qu'une simple faculté reconnue au créancier, comme celle de ne pas rendre définitive une sûreté provisoire, devient une obligation en présence d'une caution. Dans le même sens, Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2007, *D.* 2007, p. 1572, note D. HOUTCIEFF ; comp., auparavant, Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 2002, *Bull. civ.* I, n° 133 ; Cass. com., 13 mai 2003, *Bull. civ.* IV, n° 71 ; Cass. com., 14 janvier 2004, *Rev. dr. banc. fin.* 2004, comm. n° 122 ; obs. D. LEGAIS ; *JCP* 2004, I, 188, n° 10, obs. Ph. SIMLER.

⁷²⁹ Une synthèse des différentes obligations d'information est difficile, tant pullulent les textes protecteurs de la caution. Au-delà des obligations résultant du droit commun, notamment à la formation du cautionnement, l'article L. 341-6 du Code de la consommation prévoit une information de la caution personne physique par le créancier professionnel, relativement à la dette garantie. D'autres obligations sont notamment mises à la charge du créancier établissement de crédit à l'égard de toute caution (article L. 313-22 du Code monétaire et financier) ou des personnes physiques uniquement (article L. 313-9 du Code de la consommation), ou encore de tout créancier à l'égard de la caution personne physique (article 2293 du Code civil et article 47 II de la loi du 11 février 1994). Le point commun de ces obligations d'information réside dans l'idée de coopération entre le créancier et le garant. V., sur cette exigence d'information, P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz, Litec, 1999, p. 349 et s.

⁷³⁰ Inauguré par l'article L. 313-10 du Code de la consommation au profit des personnes physiques souscrivant des crédits à la consommation ou des crédits immobiliers, le principe de proportionnalité a été généralisé par l'article L. 341-4 du Code de la consommation à l'ensemble des cautionnements conclus entre une personne physique et un établissement de crédit. Comp., Cass. com., 17 juin 1997, *Macron*, *Bull. civ.* IV, n° 188 ; Cass. com., 8 octobre 2002, *Nahoum*, *Bull. civ.* IV, n° 136.

⁷³¹ V. *supra*, n° 161 et s.

garantie. Celle-ci est caractérisée, non par une nature qui lui serait propre, mais par sa structure temporelle dualiste couplée à sa fonction de protection.

180. Suppression des obstacles tirés de la distinction des dettes présentes et futures.

L'adoption à titre général d'une conception dualiste de la garantie semble aussi, à première vue, se heurter à la distinction entre garanties de dettes présentes et futures. Seules les dernières feraient naître une dualité de phases d'exécution, tandis que les premières ne donneraient naissance qu'à une simple obligation de règlement. Cette argumentation est pourtant contestable. Un cautionnement, comme toute garantie, couvre un risque, c'est-à-dire qu'il présente un élément d'incertitude. Il ne peut donc porter sur une dette déjà exigible : le risque d'impayé couvert par la garantie de paiement n'existe plus, faute d'incertitude. L'inexécution de la dette principale est d'ores et déjà avérée. Dès lors, une distinction entre les cautionnements de dettes présentes et futures présente peu de pertinence⁷³².

Deux hypothèses sont possibles selon la vision que l'on adopte de la date de naissance des dettes principales. Si l'on estime qu'elles naissent au stade de l'exécution du contrat, il n'est alors pas nécessaire de distinguer dettes présentes et futures. Toutes les dettes couvertes sont nécessairement futures, si bien qu'on observe deux phases successives de la garantie, articulées autour de la date d'exigibilité. Si, au contraire, on considère que la naissance de la dette intervient dès la formation du contrat, les deux mêmes phases apparaissent, la première antérieure à la date d'exigibilité, la seconde postérieure, la date de naissance de la créance ne servant qu'à délimiter les obligations de la caution. Le cautionnement présente alors une identité de structure, qu'il porte sur des dettes présentes ou futures. Cette dernière distinction est alors inutile.

Au-delà de cet exemple tiré du cautionnement, toute garantie a pour vocation la couverture d'un risque, si bien qu'une véritable garantie de dette ou de dommage présent ne peut logiquement exister. Il manquerait un élément d'incertitude⁷³³. C'est seulement à l'instant où le risque de dommage se réalise que la garantie peut être mise en jeu. Ainsi, l'opposition entre dettes présentes et dettes futures ne saurait faire obstacle à l'adoption d'une conception dualiste de la garantie. En toute hypothèse, une phase de protection des intérêts du bénéficiaire précède une autre, qui tend à leur réparation, une fois le dommage réalisé.

⁷³² L'idée apparaît assez nettement dans le raisonnement de certains auteurs, qui proposent de relativiser la distinction entre cautionnement de dettes présentes et futures : v., en ce sens, P. THERY, *op. cit.*, n° 89 ; D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 432 et s. ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 227 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 606.

⁷³³ V. *supra*, n° 98 et s., sur la nécessité d'une incertitude en matière de garanties.

181. Dualité de phases d'exécution de la garantie. Rien ne s'oppose plus alors à la reconnaissance d'une dualité temporelle au sein de toute garantie. C'est le moment de réalisation du risque qui en constitue le pivot, puisqu'il marque l'apparition de l'aspect réparateur de la garantie, en relais de sa dimension préventive. En ce sens, peu importe le mécanisme mis à la disposition du bénéficiaire. Il peut s'agir d'une obligation, ou de toute autre technique. Quoi qu'il en soit, la garantie comporte une dualité de phases d'exécution organisées autour de la date de survenance du dommage. Une première phase vise à délimiter dans le temps l'obligation du garant. Elle marque également l'apparition de certains effets de la garantie, différents selon le mécanisme en jeu. Il pourra s'agir de l'établissement de certaines obligations accessoires, ou de l'affectation d'un ou plusieurs biens. Le point commun entre ces différents procédés est un objectif de conservation de l'intérêt garanti. A ce stade, le garant doit veiller à ne pas compromettre l'éventuelle mise en jeu de la garantie et, partant, de l'intérêt garanti⁷³⁴, de la même façon que le bénéficiaire doit s'abstenir d'aggraver exagérément le sort du garant⁷³⁵. En somme, la garantie est déjà née et produit des effets, mais sans pour autant fournir de satisfaction définitive au bénéficiaire ni, en conséquence, épuiser son objet⁷³⁶. Cette première phase de préservation est suivie de celle de règlement, destinée à assurer spécifiquement la réparation des intérêts atteints par la survenance du risque, et qui prend généralement la forme d'une obligation.

Il reste à examiner l'application de ces règles générales aux différentes garanties.

B) Application de la structure dualiste aux différentes garanties.

Les garanties se décomposent en trois catégories. Pour vérifier l'hypothèse selon laquelle toute garantie répond à une structure dualiste, il est donc nécessaire d'examiner successivement ces trois catégories. L'étude des garanties de paiement (1) précèdera donc celle des garanties d'inexécution (2) puis des garanties d'assurance (3).

⁷³⁴ Cette idée, qui se trouve au centre de toutes les garanties, se trouve notamment à l'origine des obligations de renseignement, de prévision et de défense dégagées par M. GROSS (v., *supra*, n° 70).

⁷³⁵ Cela explique le bénéfice de subrogation offert à la caution, ainsi que les obligations d'information mises à la charge du créancier avant même que ne se réalise le risque couvert.

⁷³⁶ V., pour une application très significative de ces préceptes, Cass. com., 22 novembre 2005, préc., en matière de cession de créances professionnelles par bordereau : cette garantie subsiste tant que toutes les dettes couvertes n'ont pas été payées.

1) Structure dualiste des garanties de paiement.

182. Structure des garanties personnelles de paiement. La structure dualiste des garanties de paiement est parfois facile à mettre en évidence. Il en est ainsi du cautionnement, qui ne peut être conclu qu'avant la réalisation du risque, c'est-à-dire la défaillance du débiteur principal. Avant cet événement, la caution procure une sécurité, qui résulte de la force obligatoire du contrat conclu avec le créancier. D'autres obligations accessoires, notamment d'information, naissent alors à la charge des parties. Une fois que se concrétise le risque d'impayé, la caution est tenue d'une obligation de règlement, qui l'amène à payer au créancier la dette principale.

Le mécanisme de la garantie autonome mérite davantage d'explications que celui, désormais familier, du cautionnement. Son introduction en droit français procède, dans une certaine mesure, d'un souci de pallier les inconvénients du cautionnement⁷³⁷, si bien que le critère de distinction entre les deux contrats est généralement trouvé dans l'objet de l'obligation du garant. A l'inverse du cautionnement, la garantie autonome donne naissance à une dette nouvelle, indifférente aux caractéristiques du rapport fondamental⁷³⁸. Ainsi présentée, elle ne saurait comporter de période de couverture, puisque l'obligation du garant est déterminée en elle-même, indépendamment de l'existence de la dette principale et de la réalisation du risque⁷³⁹.

Toutefois, la garantie autonome ne procède pas de cette logique. Ainsi que l'ont démontré plusieurs auteurs, ce contrat ne garantit qu'un dépôt de garantie, et non véritablement la dette principale⁷⁴⁰. Lorsque le bénéficiaire appelle la garantie, il ne fait en

⁷³⁷ Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP* 1990, I, 3427, n° 23 et s. ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 223.

⁷³⁸ Cass. com., 13 décembre 1994, *Magnetti*, préc. C'est l'objet de la garantie qui différencie cautionnement et garantie à première demande. La solution n'a jamais été remise en cause par la suite. V., parmi de nombreux exemples, Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 1996, *JCP* 1997, I, 3991, n° 11, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. dr. banc. bourse* 1996, p. 123, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. com., 11 mars 1997, préc. ; Cass. com., 14 juin 2000, *JCP* 2001, I, 315, n° 8, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. dr. banc. fin.* 2000, comm. n° 226, obs. J.-P. MATTOU ; Cass. com., 25 juin 2002, *D.* 2002, p. 3333, obs. L. AYNES ; *Rev. dr. banc. fin.* 2002, comm. n° 183, obs. A. CERLES ; *Banque et dr.* janvier-février 2003, p. 53, obs. A. PRÜM.

⁷³⁹ M. GRIMALDI et Ph. DUPICHOT, « Durée et sûreté », art. préc., n° 11 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 235 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par F. PICOD, *op. cit.*, n° 53-14.

⁷⁴⁰ Ch. MOULY, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne », *Mélanges en hommage à A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 267 et s. ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 343 et s. ; P. CROCQ, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », art. préc., n° 7 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*,

réalité que mettre en œuvre un substitut à ce dépôt de garantie. Ainsi envisagée, la garantie autonome se compose de trois phases. Le créancier est d'abord bénéficiaire d'une promesse de gage-espèces, qui lui ouvre la possibilité de faire appel à cette sûreté. Après l'appel de la garantie, s'il a lieu, le créancier dispose d'un droit réel accessoire sur une somme d'argent à raison de son gage, tant que plane l'incertitude sur l'exécution du contrat de base. Une fois le risque réalisé, la somme lui est définitivement acquise, ce qui équivaut à la faculté de conserver le dépôt de garantie en cas d'inexécution de l'obligation principale. Ainsi, la garantie autonome produit, tout comme le cautionnement, des effets différents avant et après la réalisation du risque. Simplement, ce risque n'est pas le même. Le cautionnement porte directement sur l'obligation principale, tandis que la garantie autonome porte sur le dépôt de garantie.

Les autres garanties personnelles ne s'écartent guère, de ce point de vue, des deux modèles de référence que sont le cautionnement et la garantie autonome⁷⁴¹. Le codébiteur solidaire ne peut être appelé qu'une fois la dette parvenue à échéance⁷⁴². Alors doit être exécutée une obligation de règlement, laquelle n'est généralement qu'une banale obligation de somme d'argent, caractérisée par sa seule fonction de garantie⁷⁴³. Il en est de même de l'action directe, à laquelle peut s'opposer le débiteur principal en l'absence d'exigibilité de l'obligation fondamentale⁷⁴⁴. Ensuite, le constitut⁷⁴⁵ et la délégation imparfaite⁷⁴⁶, figures qui

n° 449 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 377 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 483.

⁷⁴¹ V. en général, sur l'absence d'originalité par rapport aux deux pôles des sûretés personnelles, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*

⁷⁴² La solution paraît évidente : chaque codébiteur solidaire peut se prévaloir du terme commun avant l'échéance. Il s'agit d'une des exceptions « qui résultent de la nature de l'obligation », selon les termes de l'article 1208 du Code civil. V., en ce sens, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 727. V., sur la structure dualiste de l'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, P. ANCEL, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, D. 2000, p. 407 et s., spéc. p. 409.

⁷⁴³ V., en faveur d'une distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement en matière de solidarité, M. OURY-BRULE, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette : article 1216 du Code civil*, préf. C. FERRY, LGDJ, 2002, n° 340 et s.

⁷⁴⁴ En effet, les exceptions antérieures à l'immobilisation de la créance sont opposables au créancier agissant. V., en ce sens, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1195 ; M.-L. IZORCHE, *Rép. civ. Dalloz, V° Action directe*, 1994. Or, le terme affectant l'obligation principale est nécessairement une exception antérieure.

⁷⁴⁵ Les deux figures, selon le schéma tracé par M. JACOB dans sa thèse consacrée au constitut, se distinguent par leur régime juridique. Ainsi, le constitut est caractérisé par l'inopposabilité des exceptions. Mais d'un point de vue conceptuel, les deux sûretés se rejoignent. V., en ce sens, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 353 et s. ; L. AYNES, « Problèmes actuels des sûretés personnelles, Rapport français », art. préc., spéc. p. 377 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 451. On peut en conclure que la structure dualiste est transposable au constitut, conclusion à laquelle souscrit d'ailleurs volontiers M. JACOB (*op. cit.*, n° 242 et s.)

⁷⁴⁶ L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 323 : « suivant l'objet de la promesse du délégué, c'est une sûreté qui peut être assimilée à un cautionnement ou à une garantie indépendante » ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 367 et s. En conséquence, on comprend difficilement la subsistance du principe d'inopposabilité des exceptions dans la délégation incertaine, semblable au cautionnement.

ne présentent que peu de différence conceptuelle avec le cautionnement ou la garantie autonome, doivent logiquement obéir à la même structure temporelle que ces sûretés personnelles.

Le risque couvert par les garanties indemnitaires n'est pas tout à fait identique, dans la mesure où elles n'ont pas pour vocation un paiement direct au créancier, mais plutôt d'indemniser le préjudice subi par lui à la suite de l'inexécution⁷⁴⁷. Mais le raisonnement ne s'en trouve pas altéré. Il est possible de distinguer deux stades d'exécution de la garantie⁷⁴⁸. Le souscripteur de la sûreté négative, de la lettre d'intention ou de la promesse de porte-fort procure une sécurité au créancier avant, éventuellement, de l'indemniser une fois le préjudice subi. Mais cette deuxième phase ne peut intervenir qu'après la survenance de l'inexécution. Le risque est couvert, avant que le dommage ne soit réparé par le biais d'une obligation de règlement, portant généralement sur une somme d'argent. La structure de ces garanties est donc semblable à celle du cautionnement, quand bien même viendrait interférer le mécanisme de la responsabilité contractuelle.

183. Structure des garanties réelles de paiement. Les sûretés réelles, qui figurent également parmi les garanties de paiement, comportent-elles plusieurs phases d'exécution ? Lors de la constitution de la sûreté, un droit réel accessoire est créé au profit du créancier, dont les prérogatives demeurent encore encadrées. Ces sûretés grèvent le bien affecté en garantie d'un droit réel accessoire. Malgré l'absence manifeste d'obligation de couverture dans le mécanisme de la sûreté réelle, celle-ci n'est pas dénuée d'effet avant la survenance du risque d'inexécution de l'obligation principale. L'existence du droit réel accessoire met en évidence une charge pesant, non pas sur le débiteur, mais plutôt sur la chose grevée⁷⁴⁹, comme en atteste la subsistance des obligations des parties à la suite de la transmission de la propriété du bien. Peu importe que le propriétaire du bien soit ou non le débiteur de

⁷⁴⁷ Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », art. préc., n° 13 ; D. MAZEAUD, « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire : la lettre d'intention », *Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 341, n° 12.

⁷⁴⁸ Une telle dualité est d'ailleurs inhérente à la responsabilité contractuelle. Mais celle-ci ne mérite la qualification de garantie que lorsqu'elle protège un créancier en transférant la charge d'un risque qui devait à l'origine peser sur le créancier. On retrouve cette idée dans les garanties indemnitaires. V., concernant la transposition à la lettre d'intention de la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement, N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 391 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 264 ; B. DE GRANVILLIERS, *op. cit.*, n° 154, 181 et 182.

⁷⁴⁹ Le cautionnement réel illustre parfaitement cette idée : v., en ce sens, L. AYNES, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005. Le raisonnement est transposable à toutes les sûretés réelles investies d'un droit de suite, par le biais du concept d'obligation réelle : J. FRANÇOIS, « L'obligation de la caution réelle », art. préc.

l'obligation principale. La chose est de toute façon affectée en garantie et le droit réel, la charge dont elle est assortie, est opposable à tous. Ainsi, la protection de l'objet de la garantie est assurée par la mise en place d'une affectation de la chose à la créance⁷⁵⁰. Durant la phase de couverture du risque, le constituant de la sûreté réelle se voit privé d'une partie de ses prérogatives sur la chose, de façon à préserver la valeur de la chose, sur laquelle le créancier est titulaire d'un droit, avant même la réalisation de la sûreté.

L'inexécution de l'obligation du garant déclenche la deuxième phase d'exécution de la sûreté. Le créancier peut alors la réaliser selon les modalités de son choix. Il peut d'abord exercer le droit de préférence conféré par la sûreté, en se faisant payer sur le produit de la vente du bien grevé, ou sur l'indemnité de remplacement par le mécanisme de la subrogation réelle. Il peut encore recourir à l'attribution judiciaire du bien affecté à la créance, ou au pacte comissoire. Ces deux dernières possibilités le placent dans une situation particulièrement favorable, car il est libéré du concours des autres créanciers sur le bien grevé.

Les mécanismes de propriété-garantie sont très comparables, l'exécution de la garantie prenant alors la forme de la revendication exercée par le créancier, c'est-à-dire la mise en œuvre du droit réel qui lui est conféré⁷⁵¹. Elle s'ouvre avec la réalisation du risque, qui constitue donc la charnière entre les deux étapes de la garantie.

La distinction des deux phases apparaît moins clairement dans le cadre du droit de rétention, car la rétention constitue à la fois une charge pesant sur la chose et le pouvoir du créancier en cas d'impayé. Ainsi, la survenance du risque ne modifie pas véritablement la situation du créancier, les phases de couverture et de règlement étant exécutées de façon similaire. Mais cela ne remet pas en cause leur existence.

Ainsi, la structure temporelle dualiste apparaît comme un trait commun aux différentes garanties de paiement. Ce trait se retrouve-t-il au sein des garanties d'exécution ?

⁷⁵⁰ V. J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 13 et s., qui mettent particulièrement en évidence la technique d'affectation directe des sûretés réelles traditionnelles.

⁷⁵¹ Les articles 2371 du Code civil et L. 624-9 du Code de commerce le montrent particulièrement, s'agissant de la clause de réserve de propriété. La revendication du crédit-bailleur, en revanche, n'est pas exactement la réalisation de la sûreté, car les créances de loyers demeurent, mais on doit considérer que la valeur du bien revendiqué s'impute sur le montant de ces créances.

2) Structure dualiste des garanties d'indemnisation.

184. Structure des garanties du droit des contrats. Les garanties légales et conventionnelles du droit des contrats se caractérisent par une pluralité d'effets, ainsi que l'ont démontré les théoriciens de l'obligation de garantie⁷⁵². Le débiteur offre d'abord une garantie à son cocontractant, à compter de la réception de la chose. C'est seulement ensuite, lorsqu'apparaît l'éviction ou le vice affectant la chose, que pourront être engagées les actions rédhitoire et estimatoire. Aux obligations négatives du garant succèdent donc les obligations positives, qui consistent concrètement en une restitution du prix à la suite de la réfaction ou de l'anéantissement du contrat. La séparation entre ces deux phases bien distinctes intervient au moment de la découverte du vice ou de l'éviction, c'est-à-dire lorsque le dommage vient à la vie juridique. On comprend donc que les garanties pesant sur les vendeurs, bailleurs et entrepreneurs se décomposent en deux phases articulées autour de la réalisation du risque. La structure de ces garanties est donc dualiste, tout comme celle des garanties de paiement précédemment évoquées.

185. Structure des responsabilités du fait d'autrui. Ce trait apparaît moins nettement parmi les responsabilités du fait d'autrui fondées sur la garantie. A première vue, il n'existe aucun lien de droit entre le responsable du fait d'autrui et la victime avant la survenance du dommage. On pourrait donc en conclure que ces garanties ne présentent qu'une seule et unique phase d'exécution, consistant en une obligation de règlement. Pourtant, il convient de garder à l'esprit que le responsable du fait d'autrui couvre de façon générale l'ensemble des dommages causés par la personne dont il répond⁷⁵³. La sécurité octroyée aux victimes potentielles est équivalente à celle de tout créancier garanti par un deuxième débiteur, adjoint ou accessoire, à ceci près que le dommage subi n'est pas contractuel et que la garantie présente un caractère général. Une première phase de la garantie, qui réside dans la sécurité procurée aux potentielles victimes, précède donc une autre, qui revêt la forme plus classique d'une obligation de règlement.

Ainsi, tout comme les garanties de paiement, les garanties d'exécution sont dominées par le trait commun d'une structure temporelle dualiste. Il reste alors à vérifier ce qu'il en est de la dernière catégorie de garanties, celles dites d'assurance.

⁷⁵² B. GROSS, *op. cit.*, spéc. n° 101 et s. ; B. SOINNE, *op. cit.* ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 391.

⁷⁵³ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 312.

3) Structure dualiste des garanties d'assurance.

186. Structure de l'assurance. Les garanties d'assurance sont celles qui prémunissent un individu contre la survenance d'un quelconque dommage. Les premières résultent du contrat d'assurance, qui établit une obligation pour l'assureur de prendre en charge les conséquences d'un sinistre. La structure dualiste de l'engagement de l'assureur est particulièrement visible⁷⁵⁴. Avant la survenance du sinistre, existe déjà une période de couverture, durant laquelle la force obligatoire du contrat d'assurance procure une sécurité au bénéficiaire, en contrepartie du versement de primes. Une fois le dommage réalisé, l'assureur procède à l'indemnisation de la victime. La première phase de préservation de l'intérêt assuré est donc suivie d'une deuxième, consistant en la naissance, à la charge de l'assureur, d'une obligation de somme d'argent⁷⁵⁵, et qui vise plus précisément à la satisfaction de la victime. Le parallèle avec le cautionnement et les garanties légales et conventionnelles du droit des contrats apparaît très nettement. La garantie fournie par l'assureur est incontestablement dualiste.

187. Structure de la garantie offerte par les fonds de garantie. La garantie fournie par les différents fonds de garantie et d'indemnisation prête davantage à discussion. Dans une première approche, ces garanties partagent avec les différents régimes de responsabilité du fait d'autrui le point commun d'une absence de rapport juridique entre la victime et le débiteur d'indemnisation avant la survenance du dommage. Cela ne plaide guère en faveur d'une vision dualiste de l'engagement du garant. Pourtant, le raisonnement apparaît là encore contestable. La raison d'être des fonds est la prise en charge de certains dommages, lorsque les mécanismes de responsabilité ne suffisent à assurer une indemnisation suffisante aux victimes. La société décide de collectiviser le traitement de certains risques jugés particulièrement importants. En conséquence, l'indétermination initiale de l'auteur et de la victime ne fait pas obstacle à l'existence de la garantie avant que ne survienne le dommage. La garantie fournie par le fonds est permanente, dès lors que toute personne est exposée au

⁷⁵⁴ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 50 et s. ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 390 ; *adde* Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 259, pour une comparaison entre cautionnement et assurance, relativement à l'intérêt protégé. Comp. V. NICOLAS, *op. cit.*, spéc. n° 150 et s. : l'auteur estime que la prestation de l'assureur est conditionnelle. Cette analyse ne remet pas en cause l'opinion selon laquelle le contrat d'assurance comporte une dualité de phases. Il convient simplement de distinguer les périodes antérieure et postérieure à la réalisation de la condition.

⁷⁵⁵ Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 507.

risque sociétal couvert par le fonds⁷⁵⁶. La structure dualiste se retrouve donc dans ce type de garanties. Diffuse avant la réalisation du risque, la protection due aux victimes par le fonds déploie toute son efficacité à partir de cet évènement. Naît alors un droit à indemnisation de la victime et, corrélativement, une obligation de règlement de somme d'argent à la charge du fonds.

Ainsi, tout comme les précédentes, les garanties d'assurance se caractérisent par leur inscription particulière dans le temps. Elles donnent lieu à deux phases successives. Tant que règne l'incertitude sur la survenance du dommage, le caractère obligatoire de la norme à l'origine de la garantie protège le bénéficiaire. Une fois le préjudice avéré, cette protection se matérialise par la naissance d'une obligation de règlement à la charge du garant. Aucune différence significative entre les diverses catégories de garanties ne ressort donc de cette analyse. Toute garantie répond à une structure temporelle dualiste.

188. Conclusion de la Section 2. L'unité de structure au sein des garanties ne saurait être réalisée à partir des seuls concepts d'obligation de couverture et de règlement dégagés jusqu'à présent par la doctrine. En effet, ces propositions tendent à déformer le concept d'obligation en confondant la sécurité procurée au bénéficiaire de la garantie et la prestation du garant. En réalité, cette sécurité n'est que l'effet de la force obligatoire de la garantie, qu'elle procède d'un texte ou d'un contrat. Il est artificiel et superflu d'y voir l'expression d'une prestation du garant quand son seul engagement suffit à prémunir le bénéficiaire d'une lésion de ses intérêts. Si d'autres obligations accessoires peuvent accompagner la garantie, il est contestable de les qualifier d'obligation de garantie, alors même que, loin d'être indissolublement liées à la garantie, elles ne constituent que des applications de règles du droit commun des contrats.

Privée de sa qualification d'obligation, qui l'enserrait dans un carcan trop étroit, la garantie voit paradoxalement son unité renforcée. Il est, en effet, plus facile de reconnaître une structure dualiste commune à toutes garanties, sans exiger que les deux phases successives ne revêtent la nature d'une obligation. Ainsi, la phase d'exécution proprement dite de la garantie, par laquelle le bénéficiaire voit ses intérêts restaurés par un quelconque moyen, succède à une période préalable, pendant laquelle le garant, déjà engagé, lui accorde simplement une sécurité.

⁷⁵⁶ V., en ce sens, P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 306, note 11.

189. Conclusion du Chapitre 1. Il est possible d'affirmer que toute garantie se caractérise par sa structure dualiste. Si les auteurs ont tenté de fédérer la notion autour de l'obligation de garantie, cette approche se révélait insuffisante en raison des limites attachées à cette obligation de garantie. La garantie se caractérise par sa diversité de nature, car des mécanismes nombreux et variés appartiennent à cette catégorie. Cela ne condamne pas pour autant la théorie dualiste de la garantie. Une fois acquis le fait que la garantie ne comporte pas nécessairement d'obligation, on constate que deux effets différents se succèdent : une protection *a priori* des intérêts du bénéficiaire, puis une restauration effective de ses intérêts lésés.

Ce trait est caractéristique de la garantie car la finalité de couverture du risque implique l'existence de variations dans l'étendue de la protection du bénéficiaire. Il est impossible de faire produire les mêmes effets à la garantie, avant et après la survenance de l'événement. Dans un premier temps, l'incertitude affectant le préjudice empêche la garantie de générer l'ensemble de ses effets. Puis, l'atteinte à l'intérêt du bénéficiaire marque l'émergence de la nécessité de réaliser sa protection.

Ainsi, la spécificité de la fonction de garantie trouve un prolongement sur la structure temporelle de la garantie. Toutefois, pour que l'unité temporelle soit pleinement réalisée et s'ajoute à l'unité fonctionnelle, il est nécessaire d'étudier l'étendue dans le temps des deux phases successives de la garantie.

Chapitre 2

Délimitation temporelle de la garantie.

190. Limites dans le temps des deux phases de la garantie. La délimitation dans le temps des obligations n'est pas sans susciter des difficultés en droit commun des obligations. La particularité de la structure de la garantie amplifie encore ces interrogations. La dualité des phases d'exécution implique en effet une dissociation de leurs limites temporelles. Plusieurs dates différentes peuvent être retenues pour marquer la naissance des engagements du garant, ce qui accentue encore les difficultés éprouvées en général pour définir la date de naissance des créances. L'extinction de la garantie est dominée par la même dualité de règles. La distinction des phases de couverture et de règlement a pour corollaire l'extinction progressive des effets de la garantie. Le fait que celle-ci puisse connaître plusieurs issues différentes en fonction du sort de l'intérêt protégé ne fait qu'ajouter à la confusion. Il est en effet impossible de raisonner de manière identique selon que le bénéficiaire de la garantie a dû y recourir, que le risque ne s'est jamais réalisé ou que l'intérêt protégé a disparu.

Dans ces conditions, la recherche d'une unité au sein des garanties pourrait s'avérer ardue. Pourtant, l'unité de structure temporelle des garanties pourrait trouver un prolongement sur le terrain de leurs limites temporelles. Il convient donc, à travers les inévitables divergences de régime entre les différentes garanties, de tenter de dégager un certain tronc commun de règles. Logiquement, deux problèmes bien distincts doivent être traités séparément : ceux de la date de naissance de la garantie (Section 1) et de son extinction (Section 2). Chacun d'entre eux devra être examiné au regard de la composition temporelle de la garantie.

Section 1 : Point de départ de la garantie.

Une étude du point de départ de la garantie présente naturellement plusieurs aspects. Le caractère dualiste de la structure temporelle des garanties implique en effet de dissocier les phases de couverture du risque et de règlement de la dette. Le mécanisme à double détente de la garantie rend inéluctable une dissociation du point de départ de ses différents effets. Si le

bénéficiaire est protégé dès la conclusion de la garantie, celle-ci ne produit pas immédiatement l'ensemble de ses effets. Les plus importants pour lui sont différés à la date de survenance du dommage. Il convient donc d'étudier successivement le point de départ de la phase de couverture du risque (§1), et celui de l'obligation de règlement mise à la charge du garant (§2).

§1 : Point de départ de la couverture du risque.

Pour construire une théorie d'ensemble sur la date de naissance de ce type de garanties, il faudra vérifier les règles applicables aux différentes catégories de garanties. L'étude des garanties de paiement (A) précèdera celle des garanties d'exécution (B) puis celle des garanties d'assurance (C). La recherche d'une unité nécessite en effet la mise en évidence de règles communes à ces différents types de garanties.

A) Point de départ de la couverture du risque dans les garanties de paiement.

191. Présence d'une couverture du risque avant la réalisation du dommage. Les garanties de paiement ont pour objet la couverture d'un risque d'impayé par adjonction d'un patrimoine supplémentaire ou affectation d'un bien à la dette principale. Avant que ne se réalise le risque d'impayé, la phase de couverture protège la créance du bénéficiaire. Elle fait naître, soit un lien obligatoire entre le créancier et le garant, soit un droit réel sur un bien, soit encore l'obligation du garant d'adopter un certain comportement ayant pour but la préservation de son propre patrimoine ou de celui du débiteur. La phase de couverture est généralement circonscrite par les auteurs aux seules garanties de dettes futures, celles qui portent sur des dettes présentes s'en trouvant dépourvue selon eux⁷⁵⁷. Toutefois, nous avons vu que cette distinction n'exerçait aucune influence décisive, car la présence d'une incertitude, inhérente à la notion de garantie, implique l'absence de perfection de la créance principale au moment de la conclusion de la garantie⁷⁵⁸. Il est bien exact que certaines garanties portent sur des dettes indéterminées, dont la formation pourra intervenir durant la période de couverture, tandis que d'autres se trouvent à un stade plus avancé de détermination

⁷⁵⁷ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 252 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 101 : les auteurs n'évoquent, s'agissant de la distinction entre obligations de couverture et de règlement, que le cautionnement de dettes futures ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 247. *Contra*, D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 432 et s. ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 89 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 606 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 227 : « Tout cautionnement donne en réalité naissance à deux obligations ».

⁷⁵⁸ V. *supra*, n° 101 et s.

lors de la conclusion de la garantie. Mais en toute hypothèse, une phase de couverture peut être détectée avant le moment où se concrétise le risque d'impayé, car c'est ce moment de réalisation du risque qui opère la transition entre les deux phases de la garantie. Il reste à déterminer si cette phase de couverture, présente dans toute garantie, naît selon un processus invariable.

192. Naissance de la couverture du risque dans le cautionnement. L'exemple traditionnel de la dissociation entre couverture et règlement est bien sûr celui du cautionnement, à la suite des travaux de Christian MOULY. Plusieurs propositions se sont succédées à ce sujet. La doctrine antérieure à la thèse de Christian MOULY considérait que la caution de dettes futures n'était tenue qu'au moment de la naissance de la dette principale, avant quoi son engagement n'était que conditionnel⁷⁵⁹ ou éventuel⁷⁶⁰. Une conception dualiste de l'obligation a également été sollicitée. Seul le pouvoir de contrainte du créancier viendrait au jour à la formation du contrat, à la différence de la dette en elle-même⁷⁶¹. Chacune de ces théories vise à faire admettre que la naissance de l'obligation de la caution intervient simultanément à celle de l'obligation principale, ce qui crée un décalage entre la formation du contrat et la date de création de l'obligation. Mais Christian MOULY a démontré de façon décisive l'inaptitude de ces théories à expliquer le mécanisme du cautionnement de dettes futures. Si, en effet, sa thèse présente le défaut de déformer le concept d'obligation en dénommant obligation de couverture ce qui en réalité ne procède que de la force obligatoire de tout contrat⁷⁶², elle n'en permet pas moins d'expliquer les grandes lignes du droit positif, notamment la dissociation entre les deux phases de la garantie. Il n'est donc pas question de rompre avec sa conception de la structure du cautionnement mais uniquement de remettre en cause la conception obligationnelle de la couverture. Or, l'auteur a montré de façon convaincante que la première phase du cautionnement prend naissance dès la conclusion du contrat, avant même que ne viennent au jour les dettes principales, objet de la garantie⁷⁶³. En conséquence, la naissance de la couverture interviendrait dès l'engagement et non au fur et à mesure de l'apparition des dettes garanties, si la couverture devait être qualifiée d'obligation.

⁷⁵⁹ Cass. Req, 19 février 1908, S. 1911, 1, p. 529, note A. WAHL ; V., sur cette notion, J.-M. VERDIER, *op. cit.*

⁷⁶⁰ V. en ce sens CA Paris, 31 octobre 1950, *RTD com* 1951, p. 96, obs. J. BECQUE et H. CABRILLAC ; CA Paris, 22 février 1988, *D.* 1988, IR, p. 82.

⁷⁶¹ F.-K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964, spéc. n° 194 et s.

⁷⁶² P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 41 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 122.

⁷⁶³ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 255 et s.

Cette solution est-elle remise en cause par l'affirmation selon laquelle la couverture du risque d'impayé n'est pas, en réalité, une obligation dont serait tenue la caution ? Elle en sort, au contraire, confortée.

La question du point de départ de la couverture est étrangère à celle de la date de naissance des créances, les obligations accessoires qui l'accompagnent le cas échéant ne participant pas de la notion de garantie⁷⁶⁴. Faute de véritable créance antérieure à la réalisation du risque, il convient simplement de s'intéresser à la prise d'effet du contrat. Et de ce point de vue, le principe ne donne lieu à aucun mystère. Le contrat prend effet dès sa conclusion, et sa force obligatoire se déploie dès cet instant⁷⁶⁵, sous réserve d'une stipulation contraire des parties⁷⁶⁶. La couverture est donc, par principe, due par le garant dès l'engagement de celui-ci.

193. Naissance de la couverture du risque dans les garanties personnelles de paiement.

Les garanties personnelles de paiement ne devraient pas déroger à ce principe général du droit des contrats. Tel est le cas des mécanismes issus du droit commun des obligations, et utilisés aux fins de garantie, qu'il s'agisse de la solidarité, de l'obligation *in solidum*, de l'indivisibilité ou de la délégation imparfaite. Il en est de même des sûretés personnelles. Le cautionnement, la garantie autonome et le constitut sont tout autant soumis au droit commun des contrats⁷⁶⁷. Nul n'est alors besoin d'attendre la conclusion du contrat principal, la naissance de l'obligation principale ou quelque autre événement, pour que soit effective la protection du créancier. Chacune de ces garanties peut certes être aménagée par les parties, mais elles prévoient rarement, en pratique, de dispositions particulières concernant la

⁷⁶⁴ V. *supra*, n° 162.

⁷⁶⁵ Th. REVET, « La prise d'effets du contrat », *RDC* 2004, p. 29 et s., spéc. p. 36 : l'auteur, expliquant que les normes non obligationnelles prennent effet dès l'entrée en vigueur du contrat, c'est-à-dire dès son processus de formation achevé, prend l'exemple d'une redéfinition par les parties de la force majeure. La protection du bénéficiaire de la garantie par la force obligatoire du contrat entre, selon nous, dans cette même catégorie d'effets.

⁷⁶⁶ J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001, n° 159 et s. ; comp. Th. REVET, « La prise d'effets du contrat », art. préc., p. 32 : l'auteur estime que la stipulation prévoyant une prise d'effet anticipée ou reportée du contrat s'applique dès la formation du contrat, ce qui interdit aux parties d'exercer une emprise totale. L'observation est exacte, mais il n'en demeure pas moins que le point de départ de la couverture du risque peut être modifié par une telle clause.

⁷⁶⁷ Il est significatif, à cet égard, que les arrêts de cassation rendus en matière de garantie autonome, avant l'introduction de cette figure au sein du Code civil par la réforme des sûretés du 23 mars 2006, l'aient été au visa de l'article 1134 du Code civil. Quant au constitut, il est le fruit de la seule liberté contractuelle. V., sur cette question, les développements de M. DUPICHOT (*op. cit.*, n° 349 et s.) sur le point de savoir si la volonté des parties est susceptible de créer de nouvelles sûretés personnelles. Pour cela, encore faut-il que ces figures présentent une originalité par rapport au cautionnement. Tel n'est pas le cas, selon lui, du constitut.

naissance de la couverture du risque⁷⁶⁸. Cette phase de couverture apparaît dès la conclusion de la garantie personnelle de paiement⁷⁶⁹.

Les garanties autonomes présentent, certes, la particularité de garantir la constitution d'un dépôt de garantie, et non directement la dette principale. Mais cela n'influe pas sur la structure de la garantie. La phase de couverture naît dès la formation du contrat, pour ensuite se poursuivre tant que plane une incertitude sur la bonne exécution des obligations du contrat principal⁷⁷⁰. L'appel de la garantie est indifférent dans la mesure où il ne s'agit que d'une mesure préventive et provisoire, ne préjugant pas de l'inexécution du donneur d'ordre⁷⁷¹.

194. Naissance de la couverture dans les garanties indirectes de paiement. Les garanties indirectes de paiement ne présentent pas davantage d'originalité au regard du droit commun. Fruits de la liberté contractuelle des parties⁷⁷², les sûretés négatives prennent effet dès la conclusion du contrat qui leur donne naissance. De même, les garanties indemnitaires que sont la lettre d'intention et la promesse de porte-fort s'appuient sur le mécanisme de la responsabilité contractuelle, ce qui montre bien l'absence d'originalité de ces mécanismes au regard du droit commun⁷⁷³. Le créancier se trouve protégé dès la conclusion du contrat, peu important la réalité à cet instant de la dette principale. Quant à la compensation, elle agit dès la réunion de ses conditions, c'est-à-dire respectivement la réunion de la certitude, de la liquidité et de l'exigibilité des créances, ou leur naissance, ou encore la convention des parties.

195. Naissance des garanties réelles de paiement. Enfin, le cas des sûretés réelles ne présente pas plus de difficulté. Les sûretés légales prennent naissance à la date de la créance garantie⁷⁷⁴. Concernant les sûretés réelles conventionnelles, il ne fait aucun doute que leur conclusion donne immédiatement naissance à la couverture, c'est-à-dire à un effet obligatoire,

⁷⁶⁸ V. malgré tout, sur cette possibilité, Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 256 ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 267, note 673.

⁷⁶⁹ M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 264 : « Sauf aux parties à prévoir que ce service aura pour point de départ une date précise, l'obligation de couverture est certaine à compter de la conclusion du contrat de garantie ».

⁷⁷⁰ En ce sens, M. BOURASSIN, *op. cit.*, *eod. loc.*

⁷⁷¹ C'est, en vérité, au stade des recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire que sera examinée l'exécution de l'obligation principale.

⁷⁷² C'est ce qui explique leur diversité. V., sur ce point, M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*

⁷⁷³ Le porte-fort d'exécution et la lettre d'intention se rapprochent certes du cautionnement dans certaines hypothèses : v. *infra*, n° 435. Mais cette constatation ne modifie en rien les solutions gouvernant la naissance de l'engagement, bien au contraire.

⁷⁷⁴ C'est notamment le cas des privilèges. Malgré leur diversité, ils présentent le point commun d'être attachés à un fait générateur, qui est aussi celui de la créance garantie. Il s'agira par exemple de la formation de la vente pour le privilège du vendeur de meubles.

même si elles garantissent des créances futures⁷⁷⁵. Cet effet consiste plus précisément en un droit réel consenti à titre de garantie et en une charge corrélative pesant sur le bien affecté en garantie. Nul n'est besoin d'attendre une détermination de l'obligation garantie pour que le créancier soit investi du droit réel accessoire. Même si la chose affectée en garantie n'est pas encore déterminée au moment de la garantie⁷⁷⁶, la force obligatoire de la sûreté existe déjà, de façon à ce que le droit réel naisse immédiatement et automatiquement à la détermination de la chose⁷⁷⁷. L'explication de ces solutions repose sur la force obligatoire du contrat. Même si toutes les conditions ne sont pas réunies dès le départ pour qu'existent le droit réel et la charge réelle sur la chose, la force obligatoire a pour effet de les faire naître automatiquement, dès que les conditions en seront réunies, sans que les parties ne puissent s'y opposer. C'est donc le contrat lui-même qui se trouve à l'origine de la couverture.

Le point de départ de la couverture du risque d'impayé obéit donc à des règles assez simples. La couverture, en tant que traduction de la force obligatoire du contrat, résulte directement de la conclusion de celui-ci, peu important que la dette principale soit déjà déterminée à ce moment. Qu'en est-il des garanties d'exécution ou d'indemnisation ?

B) Point de départ de la couverture du risque dans les garanties d'indemnisation.

196. Naissance de la couverture du risque dans les garanties du droit des contrats. Un premier obstacle, concernant ce type de garanties, touche les garanties légales et conventionnelles du droit des contrats. Une pluralité de faits générateurs peut être envisagée au moment de fixer le point de départ de la couverture du risque. En premier lieu, on peut songer à la date d'exécution du contrat, plus précisément celle de la réception de la chose, puisque c'est l'obligation de délivrance dont l'effet utile est protégé par la garantie⁷⁷⁸. Ce n'est en effet qu'après la réception de la chose que les différentes actions en garantie peuvent être engagées. Auparavant, seule la responsabilité contractuelle peut être mise en œuvre, à raison de l'écart entre la prestation fournie et le contenu du contrat. A ce stade du contrat, il ne s'agit pas d'imputer les conséquences de la réalisation d'un risque sur le cocontractant, malgré une exécution satisfaisante dans un premier temps, mais simplement d'appliquer le

⁷⁷⁵ Cette possibilité est admise expressément pour le gage (article 2333 du Code civil), le nantissement (article 2356 du Code civil), l'hypothèque (article 2421 du Code civil) et l'antichrèse (article 2388 du Code civil, lequel renvoie à l'article 2421), sous certaines conditions de déterminabilité.

⁷⁷⁶ Cette situation est prévue pour le gage (article 2333 du Code civil), l'hypothèque (article 2420 du Code civil) et le nantissement (article 2355 du Code civil).

⁷⁷⁷ V. très nettement en ce sens, l'article 2357 du Code civil, relatif au nantissement de créances futures.

⁷⁷⁸ V. *supra*, n° 56 et s., sur les relations entre garantie et obligation de délivrance.

droit commun en faisant peser sur lui les conséquences d'une inexécution visible dès la livraison⁷⁷⁹.

Pourtant, une telle solution ne serait pas conforme aux règles gouvernant la couverture. Cette phase naît directement du contrat, et non uniquement de la réception. L'analogie avec le cautionnement de dettes futures se révèle assez éclairante. La caution de dettes futures est tenue dès la conclusion du cautionnement car la garantie a pour fonction de couvrir l'incertitude relative à l'intérêt protégé, c'est-à-dire la correcte exécution du contrat principal, même si les dettes garanties ne sont pas encore déterminées. Le mécanisme est identique en matière de garanties légales et conventionnelles. La garantie naît dès la formation du contrat qu'elle assortit, car le doute existe dès ce moment. Si elle est conventionnelle, la couverture procède de la force obligatoire de cette convention qui aménage la garantie. Si elle est légale, la loi lui confère automatiquement un plein effet lors de la conclusion du contrat. L'exécution du contrat par le débiteur ne constitue dans cette optique qu'une étape supplémentaire dans la formation de la créance, mais ne saurait être envisagée comme la date d'apparition de la protection de la victime potentielle⁷⁸⁰, car elle ne fait pas disparaître l'incertitude couverte par la garantie. Une fois conclu, un contrat de vente, de bail ou de construction immobilière est immédiatement investi d'une force obligatoire, de sorte que la couverture, destinée à protéger l'acquéreur, le preneur et le maître de l'ouvrage, produit dès lors un plein effet. La couverture du risque s'impose automatiquement dès la formation du contrat, même si toutes les conditions ne sont pas encore réunies pour qu'elle soit mise en œuvre. La date de naissance des créances contractuelles, quant à elle, n'exerce aucune incidence, car on sait que la phase de couverture ne constitue pas en elle-même une véritable obligation.

197. Naissance de la couverture du risque dans les garanties extracontractuelles du fait d'autrui. Il reste alors à déterminer le point de départ de la couverture du risque dans les responsabilités du fait d'autrui. Le risque couvert y est très diffus, car la personne du bénéficiaire de la garantie n'y est identifiée qu'une fois le dommage intervenu. Ce dommage est lui-même indéterminé. Mais la couverture du risque préexiste à l'obligation de règlement

⁷⁷⁹ V. *supra*, n° 47 et s., sur la distinction entre responsabilité contractuelle et garantie.

⁷⁸⁰ V. la position de P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., p. 312 : « L'obligation de garantie attachée à ces garanties est immédiate et continue ; elle naît avec le contrat, s'actualise par son exécution (livraison), se poursuit pendant toute la période de garantie et s'éteint à son expiration. »

due par le responsable⁷⁸¹. Elle apparaît dès lors que sont réunies toutes les conditions de la responsabilité, à l'exception du dommage. Il faut pour cela que le risque existe, c'est-à-dire que plane l'incertitude sur la survenance d'un dommage, et que soient réunies les conditions légales de la responsabilité relatives au lien entre l'auteur du dommage et le répondant. Autrement dit, c'est une fois noué le rapport d'autorité unissant ces deux personnes que la responsabilité du fait d'autrui peut couvrir un dommage ensuite subi par la victime. Ainsi, la couverture du risque de dommage causé par un préposé naît du moment où il se trouve uni au commettant par un lien de préposition⁷⁸². De même, une association procure une sécurité à d'éventuelles victimes, à partir du moment où elle organise et contrôle le mode de vie de ses membres, en somme, qu'elle en assure la garde⁷⁸³. C'est aussi le cas des parents investis de l'autorité parentale, lorsque l'enfant cohabite avec eux. Sans cela, les conditions ne sont pas réunies pour un transfert de risque, si bien que la couverture de ce risque fait défaut. C'est donc à compter du jour où sont réunies les conditions préalables de la responsabilité que les responsables du fait d'autrui couvrent le risque de dommage. Ce dernier élément, qui est en réalité la réalisation du risque couvert, marque quant à lui le passage de la couverture à l'obligation de règlement du responsable. On comprend, dès lors, la différence entre la couverture du risque contractuel et extracontractuel. Dans le premier cas, la prise en charge du risque résulte du contrat, dans le second, des relations existant entre le garant et l'auteur direct du dommage. Cette différence est perceptible, même au sein des garanties d'indemnisation, à travers la distinction entre responsabilité contractuelle et extracontractuelle du fait d'autrui.

Ces règles présentent-elles une quelconque unité avec celles qui gouvernent les garanties de paiement ? Dans tous les cas, la couverture est conditionnée par l'existence d'un risque et par la présence d'une norme contractuelle ou légale prévoyant l'attribution de ses conséquences au garant. Dans le cadre des garanties de paiement, c'est généralement un contrat qui est à l'origine du transfert de risque. Les garanties d'exécution ou d'indemnisation, prévues par la loi, s'appliquent quant à elles automatiquement aux parties à certains contrats, ou à des personnes liées par certaines relations d'autorité. En toute hypothèse, la phase de couverture est engagée quand une personne se trouve dans les conditions prévues par ces normes, mais qu'une incertitude pèse encore sur la survenance d'un dommage.

⁷⁸¹ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., *eod. loc.*

⁷⁸² Sur lequel, v. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 792.

⁷⁸³ V., sur les conditions préalables à la garantie du fait des personnes dont on a la garde, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 789-14 et s.

Il reste alors à s'interroger sur l'adéquation avec ces principes des règles gouvernant les garanties d'assurance.

C) Point de départ de la couverture du risque dans les garanties d'assurance.

198. Naissance de la couverture du risque par l'assurance. L'assureur prend systématiquement en charge un risque. Il est tenu dès la conclusion de ce contrat et non simplement au jour du sinistre, ainsi que l'énoncent certains auteurs⁷⁸⁴, solution conforme au droit commun des contrats. Le parallèle déjà évoqué entre cautionnement de dettes futures et assurance plaide en faveur d'une unité dans le processus de naissance des obligations. A cet égard, le contrat d'assurance ne déroge pas au droit commun et prend effet dès sa conclusion, comme le montre le versement des primes, entre autres manifestations de la force obligatoire du contrat. Si l'assureur n'est pas, à ce moment, tenu d'une quelconque obligation de garantie, le contrat n'en demeure pas moins irrévocablement conclu et produit déjà effet.

199. Atténuation du principe : le risque putatif. Une exception doit malgré tout être relevée. Est en effet admise l'assurabilité du risque putatif, lorsque le sinistre est déjà réalisé à la date de la conclusion du contrat, sans que les parties n'aient connaissance de cet état de fait⁷⁸⁵. Le contrat est alors valable en raison de la méconnaissance par les parties de la survenance du dommage, de sorte que celui-ci est couvert de façon rétrospective. Cela ne vient en rien altérer la définition de la garantie puisque l'incertitude, qui revêt ici un caractère subjectif⁷⁸⁶, demeure dans l'esprit des parties au moment de la conclusion du contrat d'assurance. La seule différence par rapport à la situation traditionnelle provient de ce que l'on substitue la connaissance des parties à la réalisation effective du risque. C'est ici une définition subjective du risque qui est, à titre dérogatoire, adoptée ici. Sous cette réserve, le mécanisme de couverture du risque putatif ne présente aucune originalité. La couverture est due à compter de la formation du contrat, puis la phase de règlement court de l'instant où est levée l'incertitude, c'est-à-dire où les parties ont connaissance du sinistre. On voit que cette

⁷⁸⁴ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 102 ; J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 52 : « L'assureur est tenu d'une obligation de couverture née du jour de la conclusion du contrat ».

⁷⁸⁵ Ainsi, la Cour de cassation met l'accent sur une dimension subjective du risque, mentionnant régulièrement la connaissance de la réalisation du sinistre par l'assuré au moment de prononcer la nullité du contrat. V. dernièrement en ce sens Cass. civ. 2^{ème}, 26 octobre 2006, *RGDA* 2007, p. 53, note J. KULLMANN. *Adde*, sur cette question, J. KULLMANN, *op. cit.*, n° 107 et s. ; et du même auteur, « L'ignorance du sinistre », *RGDA* 1999, p. 755 et s., spéc. p. 757 et s. ; J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 1042 et s. ; et les illustrations fournies par ces auteurs.

⁷⁸⁶ N. VOIDEY, *op. cit.*, p. 63 ; J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 1047.

dérogation au principe de prise d'effet immédiat, sans rétroactivité, ne le remet pas véritablement en cause⁷⁸⁷.

200. Naissance de la couverture du risque par les fonds de garantie. Les fonds de garantie proposent des solutions plus proches de celles offertes par les différents régimes de responsabilité délictuelle. Les contours de la phase de couverture y manquent plus encore de clarté car la personne de l'auteur du dommage n'est pas déterminée *ab initio*, non plus que celle de la victime. A l'inverse de ce qui se produit en matière de responsabilité extracontractuelle, il est donc impossible de pointer du doigt un moment précis auquel le garant et l'auteur du dommage seraient liés d'une quelconque façon. Pourtant, la phase de couverture existe, avant même la survenance du préjudice⁷⁸⁸. En réalité, il faut considérer que les fonds de garantie et d'indemnisation offrent une garantie permanente, liée à un risque sociétal particulièrement redouté. Devant l'importance quantitative ou qualitative de certains dommages, il convient de mettre en place une technique générale d'indemnisation⁷⁸⁹, une couverture sociale. La phase de couverture est donc permanente. En chercher le point de départ ne serait d'aucune utilité. S'il fallait dater le point de départ de la couverture, ce serait au jour de la mise en place du fonds de garantie⁷⁹⁰. Le risque étant ensuite traité de façon permanente, nul n'est besoin d'une condition supplémentaire pour qu'existe la couverture.

Les garanties offrent finalement une unité indéniable, du point de vue de la naissance de la couverture du risque. Au-delà de la diversité de règles applicables, le risque est pris en charge à deux conditions : il faut qu'il existe et qu'une norme contractuelle ou légale le transfère à la charge du garant. Il reste à vérifier si cette unité se retrouve concernant la naissance de l'obligation du règlement, deuxième volet de la garantie.

⁷⁸⁷ La Cour de cassation, par ailleurs, semble admettre une rétroactivité contractuelle de la couverture : Cass. civ. 2^{ème}, 21 décembre 2006, pourvoi n° 04-14977, *RGDA* 2007, p. 53, note J. KULLMANN. Mais l'arrêt, qui concerne une assurance de personnes, ne touche pas au domaine des garanties.

⁷⁸⁸ V. *supra*, n° 187.

⁷⁸⁹ V. Ph. CASSON, *Les fonds de garantie*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1999, n° 4, sur les raisons menant à l'instauration de certains de ces fonds de garantie et d'indemnisation.

⁷⁹⁰ Il est même possible, plus radicalement, de ne pas dater la date de naissance de la couverture. Il faut, pour cela, considérer que l'Etat couvre certains dommages de masse, appréciés au cas par cas, et instaure des fonds de garantie et d'indemnisation lorsqu'il le juge nécessaire.

§2 : Point de départ de l'exécution des garanties.

Pour vérifier si règne l'unité temporelle parmi les garanties, il convient de procéder selon la même méthode que précédemment pour la phase de couverture. Ainsi, seront successivement étudiées les garanties de paiement (A), les garanties d'exécution (B) et les garanties d'assurance (C).

A) Point de départ de l'exécution des garanties de paiement.

201. Particularité résultant de la présence d'une obligation préalable. La délimitation temporelle de la phase de règlement est probablement la difficulté la plus importante. Dans une première approche, son point de départ est la date de survenance du dommage⁷⁹¹. C'est à ce moment seulement que la couverture du risque se transforme en obligation du garant de prendre à sa charge les conséquences de ce dommage. Mais si ce principe est apparemment d'application simple, il est nécessaire de prendre en considération la nature particulière du risque couvert. S'agissant d'une garantie de paiement, ce risque porte sur l'exécution d'une obligation. Le choix de la date de naissance de l'obligation de règlement est alors susceptible de se porter sur plusieurs dates différentes, car la création d'une obligation obéit à un processus complexe comprenant plusieurs étapes bien distinctes.

202. Articulation avec la phase de couverture. Une première règle ne suscite aucune discussion : l'obligation de règlement doit logiquement prendre naissance en cours de période de couverture⁷⁹². Il résulte logiquement de la fonction de garantie d'un risque que le garant n'est tenu d'une réparation qu'en raison de la survenance d'un événement dommageable durant la période de garantie. Si celle-ci était déjà expirée, la naissance de l'obligation de règlement ferait renaître une garantie déjà éteinte. De même, on discerne mal comment la phase de règlement pourrait naître avant celle de couverture. Comme une incertitude doit nécessairement être présente à la conclusion de la garantie, aucune dette de règlement ne peut exister à cet instant. Ainsi, la date de naissance de l'obligation de règlement est encadrée par

⁷⁹¹ Il s'agit alors d'une dérogation au principe selon lequel les obligations naissent dès la formation du contrat. V., sur cette question, J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 159 et s. ; I. PETEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984 ; Th. REVET, « La prise d'effets du contrat », art. préc., spéc. p. 34 et s. Cela s'explique par la dissociation effectuée entre la force obligatoire du contrat et le contenu obligationnel.

⁷⁹² C'est la raison pour laquelle Christian MOULY utilisait l'image évocatrice d'obligations gigognes : v., *op. cit.*, n° 261.

deux limites : d'un côté, le point de départ de la couverture du risque, de l'autre, sa terminaison.

203. Naissance de l'obligation de règlement de la caution. Une fois cette première précision apportée, se pose une question bien plus complexe : celle de la naissance de l'obligation de règlement lorsque l'obligation principale est affectée d'une modalité telle qu'un terme suspensif⁷⁹³. Deux dates, dans ce cas, pourraient marquer la naissance de l'obligation de règlement : celle de la formation du contrat principal⁷⁹⁴ ou celle de la survenance du terme ou de la condition dont l'obligation principale est assortie.

Il était enseigné par Christian MOULY que l'obligation de règlement naît simultanément à l'obligation principale⁷⁹⁵. La dette couverte est alors déterminée, et la caution devait la prendre en charge en exécutant son obligation de règlement. Cette vision des choses a été adoptée sans réserve par la grande majorité des auteurs⁷⁹⁶. Aujourd'hui, peu de contestations s'élèvent contre cette idée selon laquelle l'obligation de règlement naît au moment de la naissance de la dette principale couverte par la caution. Comme la naissance de l'obligation de règlement est concomitante à celle de l'obligation principale, il convient, pour la situer dans le temps, d'appliquer les règles concernant la date de naissance des créances contractuelles. Mais ces règles sont justement très incertaines en droit commun, particulièrement lorsque l'exécution de l'obligation est différée, fractionnée ou successive. S'opposent deux thèses élaborées par la doctrine.

204. Théorie volontariste de la naissance des créances. La théorie dite volontariste, exposée notamment par M. PUTMAN au sein de sa thèse consacrée à cette question⁷⁹⁷, et défendue par de nombreux autres auteurs⁷⁹⁸, tend à montrer que les créances naissent au

⁷⁹³ Cette difficulté ne touche pas la condition suspensive. En effet, sa réalisation fait rétroagir la prise d'effet de l'obligation de règlement à la conclusion du contrat, à moins que les parties n'en décident autrement. V., sur la rétroactivité attachée à la réalisation de la condition suspensive, F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1231.

⁷⁹⁴ Il convient de noter que la date de formation de la garantie serait alors retenue lorsque le contrat principal est antérieur à ce moment. En effet, l'obligation de règlement ne peut préexister à la phase de règlement.

⁷⁹⁵ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 261.

⁷⁹⁶ V. notamment M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 101 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 227 ; plus généralement, les juges se réfèrent à la date de naissance de la créance principale au moment d'apprécier si elle était couverte par la caution avant l'extinction de la couverture : v. les arrêts cités *supra*, n° 143.

⁷⁹⁷ E. PUTMAN, *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987.

⁷⁹⁸ B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, préf. C. OPHELE, LGDJ, 2006, n° 75 ; N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007, p. 655 ; S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », in *La date de naissance des créances*, *LPA* 9 novembre 2004, p. 25 et s. ; Ch. LARROUMET, note sous Cass. com. 26 avril 2000, *D.* 2000, p. 717.

moment de la conclusion du contrat, y compris lorsqu'elles proviennent de contrats à exécution successive. La volonté des parties est considérée comme une condition suffisante pour que le contrat développe l'ensemble de ses effets, ce qui entraîne la naissance immédiate des obligations mises à la charge des parties, sans que n'existe encore le pouvoir de contrainte du créancier. Ainsi, une dette de loyers, pour reprendre un exemple révélateur des divergences doctrinales, est déterminée *ab initio*, sans qu'il soit nécessaire d'attendre le moment de la jouissance effective des lieux par le preneur. Cette conception fut longtemps suivie sans ambiguïté par les juges⁷⁹⁹. Tel n'est plus le cas, une thèse dissidente ayant depuis lors gagné du terrain.

205. Théorie matérialiste de la naissance des créances. Les partisans de la seconde théorie, qualifiée de matérialiste, jugent cette conception trop fictive et estiment plus conforme à la réalité des échanges économiques de s'attacher au stade de l'exécution des obligations. Selon certains d'entre eux, les créances naissent donc au fur et à mesure de l'accomplissement par les parties des prestations respectivement mises à leur charge par le contrat⁸⁰⁰. D'autres estiment, sans pour autant faire dépendre la naissance des créances de leur contrepartie, qu'elle n'est pas nécessairement liée à l'avènement de la force obligatoire du contrat⁸⁰¹. C'est particulièrement vrai lorsque le contrat est à durée indéterminée, puisque le montant et la durée des obligations demeurent par définition inconnus, mais également en présence d'un terme extinctif⁸⁰². La dette de loyers, au lieu d'accéder à la vie dès le consentement au bail, ne le fait donc qu'en contrepartie de la jouissance effective.

206. Date de naissance des créances en matière de cautionnement. Malgré certaines propositions destinées à les concilier⁸⁰³, l'alternative entre les théories matérialiste et

⁷⁹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1986, *Bull. civ. I*, n° 212 ; *RTD civ.* 1987. 748, obs. J. MESTRE : « Les obligations contractuelles prennent naissance, sauf convention contraire, au jour de la conclusion du contrat et non au jour de leur exécution ».

⁸⁰⁰ G. ENDREO, « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, p. 223 et s. ; F. BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.* 2001, p. 1.

⁸⁰¹ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 42 ; P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *Droit des entreprises en difficulté*, 2^{ème} éd., Sirey, 2006, n° 207, note 3

⁸⁰² P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., *eod. loc.* ; v., cependant, J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.*, n° 36 : « l'analyse est moins convaincante lorsque le contrat successif est à durée déterminée, car il est toujours possible de considérer qu'existe une seule créance, fractionnée, dont l'exigibilité est assortie de termes successifs ».

⁸⁰³ M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in *La date de naissance des créances*, *LPA* 9 novembre 2004, p. 41 et s., spéc. n° 21 : l'auteur distingue selon que le contrat envisagé comporte une durée déterminée ou indéterminée. Il faudrait admettre que les créances se forment au fur et à mesure de l'écoulement du temps, lorsque le contrat ne comporte aucune

volontariste conduit à une impasse. Une analyse du droit positif, à cet égard, met en évidence de nombreuses contradictions. Plusieurs arrêts récents et importants marquent une certaine faveur pour la thèse volontariste. Certains d'entre eux intéressent au premier chef la question de la date de naissance de l'obligation de règlement engendrée par le cautionnement. Ainsi, la Cour de cassation décide que la caution qui a résilié son engagement en cours de bail à durée déterminée demeure tenue de l'ensemble des dettes, quelle que soit leur date d'échéance⁸⁰⁴, ce dont on déduit que les créances de bail naissent instantanément et non au fur et à mesure de l'exécution du contrat. Par conséquent, le cautionnement porte sur des dettes présentes et ne comporte que la seule phase de règlement, selon le raisonnement adopté par les juges.

207. Date de naissance des créances et procédures d'exécution. D'abord, une question essentielle et controversée portait sur le sort du créancier ayant fait pratiquer une saisie-attribution d'une créance de loyers. Il s'agissait de savoir si les effets de cette procédure d'exécution perduraient après l'ouverture d'une procédure collective du débiteur. Cette difficulté est en général placée en étroite relation avec la question de la date de naissance des créances nées du contrat de bail : si le contrat donne instantanément naissance à toutes les créances de loyers, l'ouverture de la procédure collective est impuissante à remettre en cause l'effet attributif de la saisie. Si, au contraire, les créances naissent successivement à chaque période de jouissance, elles ne peuvent être saisies par leur titulaire, en raison de l'interdiction des paiements frappant les créanciers antérieurs.

La Cour de cassation est longtemps restée divisée à ce sujet, la deuxième chambre civile donnant sa préférence au créancier saisissant⁸⁰⁵ tandis que la chambre commerciale se

durée déterminée, tout en considérant que la volonté des parties s'exprime à chaque période de temps, à travers l'absence d'exercice de la faculté de résiliation ouverte aux parties. En conséquence, il serait possible de concilier le principe de formation instantanée des créances avec l'idée selon laquelle certaines d'entre elles s'acquièrent au stade de l'exécution. V. également L. AYNES, « Rapport de synthèse », in *La date de naissance des créances*, LPA 9 novembre 2004, p. 61 et s.

⁸⁰⁴ Cass. com., 11 mai 1993, *JCP E* 1993. II. 503, note Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 2002, *Bull. civ.* I, n° 303. V. également en ce sens l'article 22-1 dans la loi du 6 juillet 1989, issu de l'article 23 de la loi du 21 juillet 1994. Les juges décident également que les recours de la caution et du garant autonome contre le débiteur principal naissent dès la naissance du contrat de garantie : v., en ce sens, Cass. com., 1^{er} mars 2005, *D.* 2005. p. 1365, note P.-M. LE CORRE en matière de cautionnement, Cass. com., 19 décembre 2006, *Bull. civ.* IV, n° 249 en matière de garantie autonome. V., toutefois, pour une critique de cette solution, indépendante d'une remise en cause de la thèse volontariste de la naissance des créances, D. LEGAIS, « La date de naissance de la créance de recours de la caution *solvens* », in *La date de naissance des créances*, LPA 9 novembre 2004, p. 57 et s.

⁸⁰⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 10 juillet 1996, *Bull. civ.*, II, n° 209 ; *D.* 1996, p. 625, note P. ANCEL ; *RTD civ.* 1996, p. 716, obs. R. PERROT ; *JCP* 1996, II, 22723, note E. PUTMAN ; v. également Cass., avis, 16 décembre 1994, *Bull. civ. avis*, n° 24 ; *Defrénois* 1995, p. 601, note F. DERRIDA ; *JCP* 1995, II, 22408, note A. GRAFMEYER ; *JCP E* 1995, 686, note R. MARTIN ; *RTD civ.* 1995, p. 965, obs. R. PERROT ; *Rev. huis. just.* 1995, p. 1168, note P. THERY.

prononçait en sa défaveur⁸⁰⁶. La chambre mixte saisie de cette divergence a finalement opté pour une conception volontariste de la naissance des créances de loyers en entérinant la solution soutenue par la deuxième chambre civile⁸⁰⁷. La règle semble solidement établie depuis que la chambre commerciale s'y est ralliée⁸⁰⁸. Elle est d'ailleurs étendue à l'avis à tiers détenteur⁸⁰⁹, mais également à la cession de créances professionnelles par bordereau. Les juges admettent, après s'être prononcés en sens inverse quelques années auparavant⁸¹⁰, que la procédure collective touchant le cédant ne fait pas obstacle à la cession des créances échues postérieurement au jugement d'ouverture⁸¹¹. Ce faisant, ils interprètent fidèlement le principe, énoncé par l'article L. 313-27 du Code monétaire et financier, selon lequel la cession de créances professionnelles prend effet dès la date apposée sur le bordereau⁸¹². Une certaine unification semble donc de mise quant aux effets des procédures collectives sur les droits exclusifs des créanciers. Si le sort du délégataire n'a pas été expressément réglé⁸¹³, il semble que l'inopposabilité des exceptions dont il bénéficie le place à l'abri des vicissitudes liées à la procédure collective du délégant, y compris dans le cadre d'une délégation certaine. Ainsi, c'est une vision globalement volontariste qui est adoptée dans le conflit entre le droit des procédures collectives et certaines garanties plaçant le bénéficiaire en situation d'exclusivité.

208. Date de naissance des créances en présence d'une procédure collective. Malgré cette clarification, le droit positif recèle encore nombre d'incohérences. De nombreuses exceptions viennent en effet amputer le principe de naissance instantanée des créances. Les plus notables émanent du droit des procédures collectives, qui constitue traditionnellement le terrain d'élection des thèses matérialistes. Les créanciers de la personne frappée d'une procédure

⁸⁰⁶ Cass. com., 24 octobre 1995, *Bull. civ.*, IV, n° 255 ; *D.* 1996, p. 155, note F. DERRIDA ; *RTD civ.* 1996, p. 483, obs. R. PERROT ; *RTD com.* 1996, p. 526, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP* 1996, II, 22578, note E. PUTMAN ; *Deffrénois* 1996, p. 256, note M. SENECHAL.

⁸⁰⁷ Cass. ch. mixte, 22 novembre 2002, *Bull. civ. ch. mixte*, n° 7 ; *D.* 2002, p. 3270, note A. LIENHARD ; *D.* 2003, p. 445, note Ch. LARROUMET ; *ibid.*, p. 1472, obs. G. TAORMINA ; *Dr. et proc.* 2003, p. 120, note E. PUTMAN ; *JCP* 2003, I, 144, obs. M. CABRILLAC ; *ibid.*, II, 10033, note D. HOUTCIEFF ; *RTD civ.* 2003, p. 146, obs. R. PERROT ; *ibid.*, p. 331, obs. P. CROCQ ; *Deffrénois* 2003, p. 1621, obs. P. THÉRY.

⁸⁰⁸ Cass. com., 5 novembre 2003, *Bull. civ.*, IV, n° 165.

⁸⁰⁹ Cass. com., 8 juillet 2003, *D.* 2003, p. 2094, obs. A. LIENHARD ; *RTD civ.* 2003, p. 708, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Act. proc. coll.* 2003, n° 185, obs. C. REGNAULT-MOUTIER ; *JCP* 2004, I, 115, n° 16, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com., 5 novembre 2003, *Bull. civ.*, IV, n° 165.

⁸¹⁰ Cass. com., 26 avril 2000, *D.* 2000, p. 717, note Ch. LARROUMET ; *JCP E* 2000, 1134, note D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2000, p. 994, obs. M. CABRILLAC ; *JCP E* 2000, p. 1560, obs. P. PETEL ; et, concernant la cession de créance de droit commun : Cass. com, 22 mai 2002, inédit, pourvoi n° 99-11052.

⁸¹¹ Cass. com., 7 décembre 2004, *D.* 2005, p. 77, obs. A. LIENHARD ; *ibid.*, p. 230, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 2005, p. 132, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com* 2005, p. 175, obs. B. VALLENS ; *Deffrénois* 2005, p. 997, obs. D. GIBIRILA ; Cass. com, 22 novembre 2005, *D.* 2005, p. 3081, obs. X. DELPECH ; *Deffrénois* 2006, p. 601, obs. E. SAVAUX.

⁸¹² V., en ce sens, Ch. LARROUMET, note préc. sous Cass. com., 26 avril 2000.

⁸¹³ F.-X. LUCAS, obs. sous Cass., com, 7 décembre 2004, *Rev. dr. banc. fin.* 2005, comm. n° 49.

collective faisant l'objet de règles différentes selon que la créance est née antérieurement ou postérieurement à l'ouverture du jugement d'ouverture⁸¹⁴, la question de la naissance des créances se pose avec une acuité particulière, même si la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005 a estompé les frontières entre les deux catégories de créanciers, par l'adjonction au critère chronologique du critère finaliste tiré de l'utilité de la créance. Or la doctrine commercialiste s'écarte de la conception volontariste, majoritaire en matière civile, en situant le fait générateur de la créance au stade de l'exécution des contrats synallagmatiques⁸¹⁵. Elle y est, il est vrai, invitée par le législateur, qui évoque les « créances nées régulièrement après le jugement d'ouverture, pour les besoins de la procédure ou de la période d'observation, ou en contrepartie d'une prestation fournie au débiteur, pour son activité professionnelle »⁸¹⁶. Les juges se rallient de toute évidence à cette conception, qu'il s'agisse d'un contrat à exécution successive⁸¹⁷ ou instantanée⁸¹⁸. En conséquence, le droit des procédures collectives applique indéniablement la thèse matérialiste au moment de déterminer lesquels des créanciers bénéficient du traitement de faveur réservé aux créanciers postérieurs.

Toutefois, là encore, le principe de fixation de la date de naissance des créances au fur et à mesure de l'exécution ne revêt pas une portée absolue, puisqu'il demeure apparemment circonscrit aux contrats synallagmatiques, à l'exclusion des contrats unilatéraux tels que le prêt, toujours gouvernés par le principe de naissance instantanée des obligations⁸¹⁹. Enfin, s'il est admis que les créances naissent au fur et à mesure de l'exécution du contrat en cours, les contours de cette dernière notion ne paraissent pas parfaitement tracés. La Cour de cassation considère ainsi qu'un contrat de vente affecté d'une réserve de propriété ne constitue pas un contrat en cours, alors même que le prix reste impayé au moment du jugement d'ouverture, de sorte que le vendeur ne bénéficie pas du régime protecteur associé aux titulaires d'un contrat

⁸¹⁴ Les créanciers antérieurs voient notamment leur situation marquée par les principes d'interdiction des paiements et des poursuites, et ne peuvent prétendre au bénéfice du privilège. V. sur ces points les articles L. 622-7, L. 622-21 et L. 622-17 du Code de commerce.

⁸¹⁵ S. SABATHIER, *Le droit des obligations à l'épreuve des procédures collectives*, thèse Toulouse, 2000, n° 27 ; F. BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », art. préc. ; P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *op. cit.*, n° 207 ; F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2006, n° 238. ; A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 5^{ème} éd., Litec, 2007, n° 354.

⁸¹⁶ Art. L. 622-17 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005

⁸¹⁷ Cass. com., 27 février 2007, *Bull. Joly soc.* 2007, p. 833, note J. VALLANSAN ; Cass. com., 27 octobre 1998, *Bull. civ.*, IV, n° 263 ; Cass. com., 28 mai 2002, *Bull. civ.*, IV, n° 94, en matière de créances de loyers ; Cass. com., 2 octobre 2001, *Bull. civ.*, IV, n° 157 ; *D.* 2001, p. 3118, obs. A. LIENHARD ; *D.* 2002, p. 800, note F. DERRIDA, concernant la créance d'un commissaire aux comptes.

⁸¹⁸ Cass. com., 22 novembre 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 345 ; Cass. com., 15 février 2000, *Bull. civ.*, IV, n° 32 ; *D.* 2000, p. 160, obs. A. LIENHARD, concernant une vente.

⁸¹⁹ Cass. com. 11 février 2004, *Bull. civ.* IV, n° 40.

en cours⁸²⁰. La solution, pour classique qu'elle soit dans une vision civiliste du contrat, étonne au regard des principes applicables aux procédures collectives. Quoique ne relevant pas de la catégorie des contrats à exécution successive *stricto sensu*, la vente assortie d'une clause de réserve de propriété fait intervenir de la même façon le facteur temps dans son exécution⁸²¹. Il semblait alors possible de transposer les principes applicables à cette catégorie de contrats. Finalement, il apparaît que les règles gouvernant la naissance des créances issues d'un contrat à exécution successive obéissent à une géométrie variable.

209. Autres illustrations des incertitudes touchant la date de naissance des créances. La naissance de la créance laisse place à des zones d'ombre tout aussi importantes en matière fiscale ou en droit du travail. D'autres règles viennent se substituer à la traditionnelle approche volontariste du droit civil lorsque la créance fiscale est envisagée dans le cadre d'un revenu⁸²², le moment pris en compte étant souvent celui de l'exécution de la prestation⁸²³, selon une optique très matérialiste. Quant au contrat de travail, exemple significatif de contrat à exécution successive, il apparaît peu propice à une généralisation en raison d'une grande diversité dans la nature et la source des créances⁸²⁴. Dans le seul domaine des créances périodiques, certaines règles renvoient à une prise en compte de la date d'accomplissement de la contreprestation⁸²⁵, tandis que d'autres correspondent davantage à la vision d'une créance globale constituée dès la formation du contrat⁸²⁶. En conséquence, le droit positif apparaît divisé sur le processus de constitution des créances, quelle que soit la branche envisagée.

210. Impressionnisme du droit positif. Malgré une certaine prévalence de la conception volontariste, l'étude du droit positif ne suffit à révéler un choix clair en faveur de l'une ou

⁸²⁰ Cass. com, 5 mai 2004, *D.* 2004, p. 1525, note A. LIENHARD ; *Act. proc. coll.* 2004, n° 11, obs. F. PEROCHON ; *RDC* 2004, p. 1021, obs. D. HOUTCIEFF.

⁸²¹ J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47 et s., spéc. n° 14 : l'auteur estime, dès lors que l'exécution d'un contrat s'inscrit dans la durée, que le contrat appartient à la catégorie des contrats en cours. V. également D. HOUTCIEFF, obs. préc. sous Cass. com, 5 mai 2004.

⁸²² D. GUTMANN, « La date de naissance des créances en droit fiscal », in *La date de naissance des créances*, *LPA* 9 novembre 2004, p. 35 et s., spéc. n° 11 et s.

⁸²³ V. l'article 38-2 bis du Code général des impôts, qui fait référence à la livraison des biens et l'achèvement des prestations.

⁸²⁴ R. VATINET, « La date de naissance des créances en droit du travail », in *La date de naissance des créances*, *LPA* 9 novembre 2004, p. 19 et s.

⁸²⁵ V. Cass. soc., 9 octobre 2001, *RJS* 12/2001, n° 1401 ; 18 juin 2002, *RJS* 11/2002, n° 1205 ; 4 décembre 2002, *RJS* 2/2003, n° 239 concernant la répartition des dettes entre employeurs à la suite d'une cession d'entreprise; les articles 2104 du Code civil, L. 143-10 et L. 143-11-1 du Code du travail concernant l'octroi du privilège et du superprivilège des salaires et de la garantie de l'AGS,

⁸²⁶ Tel est le cas, comme en matière de procédures collectives, des conséquences de la saisie-attribution et de l'avis à tiers détenteur : v. sur ce point, R. VATINET, « La date de naissance des créances en droit du travail », art. préc., n° 10.

l'autre des thèses en présence. Mais pourrait-il en être autrement ? Le problème concerne moins, semble-t-il, la date de naissance des créances que les intérêts à protéger. Si le droit positif paraît si confus, c'est avant tout parce que les solutions demeurent contingentes. Ainsi, l'effet attributif associé à la saisie-attribution commande de ne pas laisser la procédure collective du débiteur contrarier les prévisions du créancier saisissant⁸²⁷. De même, si le législateur incite clairement les juges à conférer l'effet le plus étendu possible à la cession de créances professionnelles, c'est parce qu'il serait illogique de réduire son efficacité à la suite de la procédure collective du cédant, au moment même où la mise en œuvre de la garantie apparaît la plus nécessaire⁸²⁸. L'impératif d'efficacité de la garantie interfère dans le débat relatif à la naissance des créances.

Inversement, si les contrats en cours ne donnent pas instantanément naissance à l'ensemble des créances, c'est parce que la solution contraire conduirait à qualifier toutes les échéances d'antérieures au jugement d'ouverture, et donc à refuser à l'ensemble des créances, même nécessaires au redressement de l'entreprise, les avantages associés à la qualité de créancier postérieur. Une telle solution ruinerait l'équilibre du système mis en place par le législateur et compromettrait les objectifs de maintien de l'emploi et de l'activité⁸²⁹. De même, le droit fiscal évite la question de la date de naissance des créances afin que ne soit pas obérée la trésorerie des sociétés⁸³⁰. En droit du travail, enfin, les juges utilisent la date du fait générateur des créances pour reconnaître assez largement les privilèges associés aux créances salariales et la garantie de l'AGS. La distinction entre la date de naissance des créances, unique, et leur affectation postérieure, dépendante d'événements susceptibles d'affecter le contrat⁸³¹, permet d'élargir les garanties des créances salariales, et de renforcer leurs chances de paiement.

211. Impossibilité d'unification du droit positif. Une détermination uniforme de la date de naissance des créances n'est donc pas envisageable, et ce, qu'elle repose sur un critère volontariste ou matérialiste. Si elle instaurait une plus grande cohérence au sein du droit positif, ce serait de toute façon au prix de solutions extrêmement contestables, car les particularités inhérentes à chaque matière seraient souvent omises. Il est donc sage de

⁸²⁷ Ch. LARROUMET, note préc. sous Cass., ch. mixte, 22 novembre 2002.

⁸²⁸ Ch. LARROUMET, note préc. sous Cass. com. 26 avril 2000, spéc. n° 11.

⁸²⁹ F. PEROCHON et R. BONHOMME, *op. cit.*, n° 238.

⁸³⁰ D. GUTMANN, « La date de naissance des créances en droit fiscal », art. préc., n° 19 et s.

⁸³¹ R. VATINET, « La date de naissance des créances en droit du travail », art. préc., n° 12 et s., spéc. n° 15.

considérer, tout comme M. AYNES⁸³², que la date de naissance n'est qu'un élément parmi d'autres déclencheurs d'une règle de droit. La destination de la créance en constitue un autre, par exemple.

L'état de la matière apparaît donc logiquement éclaté. Cela suffit à montrer que la prise en considération de la date de naissance de l'obligation principale ne peut constituer un facteur fiable d'unité temporelle de la garantie. La théorie faisant correspondre la naissance de l'obligation principale et celle de l'obligation de règlement du garant nuit donc à la cohésion de la notion de garantie. Pire encore, elle ne suffit à rendre compte de l'ensemble des mécanismes de garantie et s'avère finalement inexacte.

212. Indifférence de la date de naissance des créances en matière de garanties réelles. En premier lieu, la phase d'exécution de la garantie ne doit pas toujours être analysée comme une obligation de règlement⁸³³. Si de nombreuses garanties de paiement mettent bien à la charge du garant une obligation de somme d'argent destinée à apporter au bénéficiaire une satisfaction équivalente à celle qu'il aurait tirée de l'exécution par le débiteur principal, les garanties réelles ne font naître aucune obligation de ce type. Elles laissent simplement au créancier la possibilité, par des moyens variés, de réaliser la sûreté, sans qu'une quelconque action du constituant ne soit requise. La phase de règlement n'est autre que l'exercice par le créancier d'une prérogative accompagnant le droit réel accessoire. En conséquence, la question du point de départ de la phase de règlement est, en matière de garanties réelles, étrangère à celle de la date de naissance des créances contractuelles.

213. Conséquences de la fonction de garantie sur la naissance de la phase de règlement. Au-delà de l'exemple isolé des garanties réelles, il convient de garder à l'esprit que les garanties se caractérisent par leur fonction de couverture d'un risque. L'articulation entre les deux phases qu'elle comporte, celle de couverture et celle de règlement, se situe donc lors de la survenance de l'évènement redouté⁸³⁴. C'est à ce moment précis que se réalise le risque. Il est donc nécessaire de distinguer selon qu'existe encore une incertitude, ou que le dommage est déjà survenu. Dans le premier cas, la force obligatoire de la garantie assure que le garant sera automatiquement tenu dans le cas où un certain dommage frapperait le bénéficiaire. Une

⁸³² L. AYNES, « Rapport de synthèse », art. préc.

⁸³³ V. *supra*, n° 160.

⁸³⁴ Le fait que certaines garanties couvrent une multiplicité de risques ne modifie en rien ce constat. A chaque réalisation d'un risque correspond l'apparition d'une nouvelle obligation de règlement, distincte des autres.

fois cet événement survenu, on se trouve dans le deuxième cas, et les intérêts du bénéficiaire sont restaurés par différents moyens.

S'agissant des garanties de paiement, le risque couvert est celui de l'impayé, de la défaillance du débiteur. La seule exception résulte des garanties indirectes de paiement, dont l'objet direct n'est pas tant le paiement du bénéficiaire que la sauvegarde du patrimoine du débiteur ; mais la présence d'une obligation de règlement est subordonnée à un préjudice, qui ne peut apparaître qu'en cas d'impayé⁸³⁵. Ainsi, c'est le moment de l'inexécution de l'obligation principale qui marque le passage de la couverture du risque à l'exécution de la garantie. La naissance de l'obligation principale n'est, quant à elle, pas en cause dans l'apparition de la phase de règlement. Le facteur déclencheur de l'exécution de la garantie, c'est-à-dire le préjudice subi par le créancier, ne résulte pas de la naissance de la dette principale, laquelle ne modifie en rien le sort du garant, mais bel et bien de son inexécution. En définitive, c'est cette date d'inexécution de l'obligation principale qui doit être prise en compte pour déterminer le point de départ de la phase de règlement, d'exécution de la garantie de paiement.

Ainsi, la date de naissance de la phase de règlement de la garantie de paiement n'est pas celle de l'apparition de l'obligation principale, contrairement à ce qu'affirment la doctrine et, dans une certaine mesure, la jurisprudence⁸³⁶, mais celle de son inexécution⁸³⁷. La question de la date de naissance des créances doit alors être laissée de côté.

214. Conclusion sur le point de départ de la phase de règlement dans les garanties de paiement. La règle s'applique aux différentes garanties de paiement. La caution, après s'être engagée dès la conclusion du contrat à prendre en charge les futures dettes du débiteur, peut être appelée à la défaillance de ce dernier, et l'obligation de règlement prend corps à cet instant. Le garant autonome, qui peut certes appeler la garantie à titre provisoire avant l'inexécution en raison de l'objet particulier de la garantie, doit attendre le non-paiement de la dette principale pour conserver définitivement les sommes perçues⁸³⁸. Il en est logiquement

⁸³⁵ V., s'agissant des sûretés négatives, M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 155.

⁸³⁶ V. *supra*, n° 206 et s.

⁸³⁷ Comp. M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 263 et 817 : « Subsidaire, l'obligation de règlement, quelle que soit la garantie personnelle dans laquelle elle prend corps, ne peut légitimement naître qu'en cas de défaillance du débiteur principal ».

⁸³⁸ Du reste, l'appel de la garantie ne pourra avoir lieu si l'exécution de l'obligation principale est incontestée. C'est seulement lorsqu'une incertitude subsiste, aussi minime soit elle, que le paiement à première demande

de même de la délégation imparfaite, qui mérite selon les cas la qualification de cautionnement ou de garantie autonome⁸³⁹. Enfin, aucun obstacle ne s'oppose à la transposition de ce schéma au constitut⁸⁴⁰ et à la solidarité passive : c'est au moment de l'exigibilité de la dette que naît l'obligation de règlement.

La solution est aussi particulièrement adaptée au mécanisme des sûretés réelles, lesquelles peuvent être mises en œuvre une fois seulement l'inexécution consommée⁸⁴¹. La persistance d'une incertitude fait obstacle à la réalisation de la sûreté.

Enfin, les garanties indirectes de paiement donnent lieu à une obligation de règlement, non pas en raison de l'atteinte portée au patrimoine du garant, mais plutôt du préjudice subi par le créancier, sans lequel il ne pourrait disposer d'aucune action, faute d'intérêt à agir. Ces garanties n'établissent donc pas véritablement d'exception au principe.

Une fois définies les règles relatives aux garanties de paiement, il est plus facile de décrire celles qui concernent les autres types de garanties, notamment les garanties d'exécution et d'indemnisation.

B) Point de départ de l'exécution des garanties d'indemnisation.

215. Point de départ de la phase de règlement dans les garanties du droit des contrats.

C'est autour des garanties légales et conventionnelles que les incertitudes sont les plus importantes, parmi les garanties d'exécution et d'indemnisation. La jurisprudence fixe souvent, en effet, la date de naissance de la créance d'indemnisation du garant à la date de

devra être effectué par le garant. Sinon, l'appel pourra être qualifié de manifestement abusif. V., en ce sens, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 908 : « l'appel manifestement abusif ou frauduleux de la garantie ne sera établi qu'à la condition que l'absence de droit du bénéficiaire apparaisse de façon apparente et immédiate ». Plusieurs arrêts tranchent en ce sens : Cass. com., 10 juin 1986, *Bull. civ. IV*, n° 117 ; *Banque* 1986, p. 711, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; *D.* 1987, p. 17, 2^{ème} espèce, note M. VASSEUR ; *Rev. dr. banc.* 1987, p. 18, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. com., 2 décembre 1997, *Bull. civ. IV*, n° 312 ; *JCP E* 1998, p. 1781, note S. HANNA. Cette solution se comprend parfaitement au regard de la fonction de garantie, qui renvoie nécessairement, dans une mesure variable, à l'exécution de l'obligation principale. On ne saurait admettre que le bénéficiaire reçoive un double paiement. *Adde*, M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 263 : l'auteur, pour parvenir à cette même conclusion, se fonde sur la notion de subsidiarité.

⁸³⁹ L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 323, *in fine*.

⁸⁴⁰ *Contra* F. JACOB, *op. cit.*, n° 57 : « L'« obligation de règlement » n'apparaît, quant à elle, qu'avec la naissance d'une dette effectivement couverte par la garantie ainsi définie ». L'auteur ne se réfère jamais à la date de survenance du risque, pourtant essentielle dans la situation du garant.

⁸⁴¹ Les privilèges se traduisent uniquement par un droit de préférence au profit du créancier. C'est donc une fois l'exécution consommée qu'ils peuvent jouer dans les rapports entre les différents créanciers d'un même débiteur. Quant aux autres sûretés réelles, leur réalisation est subordonnée à l'exigibilité de la créance garantie. V. en ce sens, les articles 2346, 2347 et 2348 du Code civil concernant le gage, l'article 2365 concernant le nantissement de créance, l'article 2371 en matière de réserve de propriété et les articles 2458 et 2459 (« le créancier impayé ») en matière d'hypothèque, auxquels renvoie l'article 2388 relatif à l'antichrèse.

conclusion du contrat de vente, lorsque l'objet est affecté d'un vice caché⁸⁴². Tout d'abord, cette solution déroge au principe général selon lequel les actions en responsabilité contractuelle naissent au jour de l'inexécution⁸⁴³. Mais il est vrai que garantie et responsabilité revêtent une nature différente⁸⁴⁴. Quoi qu'il en soit, la solution n'est pas compatible avec les principes gouvernant la notion de garantie. La créance d'indemnisation de l'acheteur, octroyée dans le cadre de l'anéantissement ou de la réfaction du contrat, n'est autre que l'obligation de règlement due par le vendeur en application de la deuxième phase de la garantie. Or, il est douteux que cette dernière apparaisse dès le point de départ de la relation contractuelle. La garantie des vices cachés, comme toute autre garantie, couvre un risque, c'est-à-dire qu'elle porte sur un dommage futur et éventuel. Au moment où le débiteur s'engage, on ne sait si l'évènement incertain qu'est la réalisation du risque se produira, si bien que la dette n'est pas actuelle et ne peut à ce moment être exécutée ou inexécutée. Seule la couverture, traduction de la force obligatoire du contrat, existe au moment de la formation du contrat, l'obligation de règlement ne prenant forme qu'à la révélation du vice.

Comme précédemment en matière de garanties de paiement, c'est donc uniquement lors de la réalisation du risque, une fois donc le dommage survenu, que le garant est tenu d'une obligation de règlement. De la même façon, l'obligation de règlement associée à la garantie d'éviction ne naît que de cette éviction, et celle qui résulte de malfaçons dans le domaine immobilier ne saurait préexister à l'apparition des désordres. Ainsi, à la suite de M. JOURDAIN, on peut conclure que la Cour de cassation commet une confusion entre les phases de couverture et de règlement de la garantie en fixant la date de naissance de la créance d'indemnisation au jour du contrat en matière de vice caché⁸⁴⁵. La date qui devrait logiquement être retenue, au regard de la notion de garantie, est celle de l'apparition du vice, date à compter de laquelle le garant peut exécuter les obligations d'indemnisation mises à sa charge.

⁸⁴² Cass. com., 12 janvier 1982, *Bull. civ.* IV, n° 10 ; *D.* 1982, p. 533, note F. DERRIDA ; Cass. com., 7 juillet 1992, *RJDA* 1992, n° 1172 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 janvier 1996, *Bull. civ.* I, n° 46 ; *Resp. civ. assur.* 1996, comm. n° 148 ; Cass. com., 8 juin 1999, *Dr. Aff.* 1999, p. 1116 ; Cass. civ., 19 octobre 1999, *Bull. civ.* I, n° 288 ; *D.* 2001, p. 413, note I. BUFFLIER ; *Contrats conc. conso.* 2000, comm. n° 22, obs. L. LEVENEUR ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 2000, *Bull. civ.* I, n° 324 ; *RTD civ.* 2000, p. 133, obs. P.-Y. GAUTIER.

⁸⁴³ P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », in *La date de naissance des créances*, *LPA* 9 novembre 2004, p. 49, spéc. p. 52 et s.

⁸⁴⁴ V. *supra*, n° 47 et s.

⁸⁴⁵ P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », art. préc., spéc. p. 54.

216. Point de départ de la phase de règlement dans les responsabilités du fait d'autrui.

Au titre des garanties d'exécution et d'indemnisation, il convient également d'étudier les responsabilités du fait d'autrui investies d'une fonction de garantie. Elles présentent une structure plus simple que les garanties légales et conventionnelles du droit des contrats, puisque la chronologie de l'exécution de la garantie n'est pas compliquée par l'intervention de la réception d'une chose venant actualiser la couverture du risque. Seules deux phases apparaissent distinctement : la protection conférée aux victimes potentielles, puis l'obligation d'indemnisation mise à la charge du responsable à la suite de la survenance du dommage.

Comme en matière de garanties de paiement, il faut d'abord observer les règles gouvernant la naissance des créances, à la différence près qu'il s'agit ici des créances d'indemnisation en matière extracontractuelle. Dans cette optique, le responsable du fait d'autrui, pour lequel la question de la date de naissance des créances présente une acuité particulière⁸⁴⁶, ne supporte la dette de réparation qu'une fois le dommage réalisé. Malgré certaines incertitudes⁸⁴⁷, il semble possible de dégager des principes de solution relativement fiables. La date à retenir ne peut être celle de l'introduction d'une demande en justice⁸⁴⁸, ni celle de la date du jugement⁸⁴⁹, ni nécessairement la date du fait générateur du dommage⁸⁵⁰, mais de préférence celle du dommage subi par la victime, plus précisément le moment où il présente un degré suffisant de certitude⁸⁵¹. Telle est, du reste, la position adoptée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation⁸⁵². Conforme aux principes directeurs de la garantie, la solution est digne d'approbation : c'est au moment de la survenance du dommage

⁸⁴⁶ V., sur les enjeux sous-jacents à cette question de la date de naissance des créances d'indemnisation, P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », art. préc., spéc. p. 49.

⁸⁴⁷ J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.*, n° 60 ; P. JOURDAIN, « Présentation des dispositions de l'avant-projet sur les effets de la responsabilité », *RDC* 2007, p. 141 et s., n°6.

⁸⁴⁸ P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », art. préc., spéc. p. 50 : « Cette opinion, qui subordonne arbitrairement le droit à réparation à l'exercice d'une volonté, confond en effet le droit processuel d'action et le droit substantiel qui en est indépendant » ; *contra* G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, 3^{ème} éd., 1925, p. 65.

⁸⁴⁹ Les juges se sont pourtant prononcés un temps en ce sens : Cass. civ. 2^{ème}, 27 février 1957, *Bull. civ. II*, n° 184 ; Cass. civ. 2^{ème}, 16 octobre 1974, *Bull. civ. II*, n° 256. V., plus récemment, Cass. com, 1^{er} mars 1994, *Bull. civ. IV*, n° 88.

⁸⁵⁰ Un dommage est de toute évidence requis pour la reconnaissance de la responsabilité extra contractuelle, de sorte que la créance d'indemnisation ne peut lui préexister. Cette date ne peut donc être retenue en présence d'un décalage dans le temps entre le fait générateur et la survenance du dommage. V. toutefois CE, 15 janvier 2001, *AP-HP*, Req. n° 208958 : l'arrêt prend en compte, pour déterminer la date de naissance de la créance d'indemnisation, la date du fait qui est directement la cause du dommage.

⁸⁵¹ P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », art. préc., p. 50.

⁸⁵² Cass. civ. 2^{ème}, 24 juin 1998, *Bull. civ. II*, n° 226 : « (...) le droit pour la victime d'obtenir réparation du préjudice existe dès que le dommage a été causé (...) ».

que se réalise le risque couvert. Aucune différence, de ce point de vue, n'oppose les différentes garanties du fait d'autrui.

217. L'atténuation au principe : l'indemnisation du dommage futur. Le principe de naissance de l'obligation de règlement au jour du dommage se heurte-t-il à l'indemnisation du dommage futur⁸⁵³ ? En principe, l'obligation ne peut préexister à l'apparition du dommage, puisque le risque n'est pas encore réalisé. Contrairement à ce qui peut se produire en matière contractuelle, les parties ne peuvent pas, par définition, aménager la prise d'effet des obligations. La date à prendre en considération serait donc nécessairement contemporaine ou postérieure à l'apparition du dommage. Mais il en est autrement en présence d'un dommage qui, bien que non encore réalisé, présente un degré de probabilité suffisant⁸⁵⁴. Il est admis que l'obligation de réparation est alors due avant même la survenance du dommage. C'est la raison pour laquelle un auteur évoque une naissance prospective de la créance de réparation⁸⁵⁵. Toutefois, on ne peut considérer l'indemnisation du dommage futur comme une véritable dérogation au principe de naissance instantanée de la créance de réparation. Dès lors qu'aucune incertitude ne plane plus sur la réalisation du dommage, on peut d'ores et déjà considérer celui-ci comme acquis et, en conséquence, transférer la charge de l'indemnisation sur le garant sans attendre plus longtemps sa survenance effective. Cette solution apparaît particulièrement bienvenue du point de vue de l'efficacité de la garantie procurée par le responsable.

L'unité temporelle des garanties d'exécution et d'indemnisation se conçoit donc théoriquement. C'est la réalisation du risque préalablement couvert qui rend le dommage certain et entraîne automatiquement la naissance de l'obligation de règlement à la charge du garant. Pourtant cette unité peine à se réaliser en droit positif, uniquement en raison de la solution, adoptée par la Cour de cassation, selon laquelle la créance d'indemnisation de la victime d'un vice caché naît dès la conclusion du contrat. Il s'agit là d'une confusion entre la formation de la phase de couverture et celle de l'obligation de règlement. Cette jurisprudence

⁸⁵³ Il est admis que le dommage puisse être indemnisé avant sa survenance, dès lors qu'il constitue la prolongation directe de la situation actuelle et qu'il présente un caractère certain. V., en ce sens, Cass. Req., 1^{er} juin 1932, *S.* 1933, 1, p. 49, note H. MAZEAUD ; *D.* 1932, 1, p. 102, rapp. PILON. Il s'agit de l'arrêt fondateur de ce principe qui n'a, depuis, jamais été démenti.

⁸⁵⁴ Sur les conditions de l'indemnisation de ce préjudice futur, v. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, n° 33 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 277 et s.

⁸⁵⁵ S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », art. préc., spéc. n° 27.

doit alors être récusée, en tant qu'obstacle injustifié à l'unité temporelle de la notion de garantie.

C) Point de départ de l'exécution des garanties d'assurance.

218. Point de départ de l'obligation de règlement de l'assureur. La structure temporelle de l'assurance a souvent été comparée à celle du cautionnement de dettes futures⁸⁵⁶. Effectivement, ils partagent une même structure dualiste, mais les règles relatives à la naissance de l'obligation de règlement de l'assureur devraient présenter une plus grande simplicité, en l'absence d'interférence avec la question de la date de naissance des créances contractuelles. Fort logiquement, l'obligation d'indemnisation due par l'assureur apparaît en principe à compter du moment où se produit le sinistre stipulé au contrat⁸⁵⁷. Il peut ainsi s'agir d'un dommage causé à la chose ou la personne, ou encore de l'engagement de la responsabilité de l'assuré, selon l'objet de l'assurance. En aucun cas, l'obligation de règlement ne pourrait prendre vie au moment de la conclusion du contrat d'assurance, car l'aléa doit exister à cet instant. C'est une fois encore la réalisation du risque couvert par le garant qui opère la transition entre les phases de couverture et de règlement de la garantie. Cette solution est également applicable à l'assurance de responsabilité⁸⁵⁸, qui n'obéit plus à aucune forme de subsidiarité procédurale⁸⁵⁹ depuis l'abandon par la Cour de cassation de l'exigence d'une mise en cause de l'assuré⁸⁶⁰. La garantie, qui porte sur une dette présente de réparation, court dès la survenance du dommage, de la même façon que celle due par le responsable.

⁸⁵⁶ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 259 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 102 ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., spéc. p. 390.

⁸⁵⁷ Comp. Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 504 : « Lorsqu'au moment de la conclusion du contrat, l'éventualité de la réalisation du risque était aléatoire, l'obligation de l'assureur était alors « conditionnelle » : elle devient « certaine » par la réalisation du sinistre ». V., concernant plus spécialement l'assurance de responsabilité, *ibid.*, n° 645.

⁸⁵⁸ Il était auparavant possible de songer à un report du point de départ de la phase de règlement en raison de l'exigence de mise en cause de l'assuré. Mais même à ce moment, cette solution devait être récusée car la créance d'indemnisation contre le responsable naît de plein droit, indépendamment du jugement. On comprendrait difficilement, dès lors, que l'établissement de la responsabilité reporte le point de départ de l'action directe contre l'assureur.

⁸⁵⁹ L'établissement de la responsabilité préalable de l'assuré est certes nécessaire, mais cette subsidiarité ne trouve aucun prolongement dans le cadre du procès.

⁸⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 29 février 2000, *Bull. civ. I*, n° 64 ; *RGDA* 2000, p. 581, obs. J. KULLMANN ; *Rev. dr. immo.* 2000, p. 363, obs. G. DURRY ; *adde*, H. GROUDEL, « L'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité : innovation et tradition », *Resp. civ. assur.* 2000, chron. n° 12 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, *Bull. civ. I*, n° 274 ; *JCP* 2001, I, 340, n° 32, obs. G. VINEY ; *Resp. civ. assur.* 2001, comm. n° 298, obs. H. G.

Plus gênante est la détermination du point de départ de la phase de règlement dans le cadre de l'assurance de responsabilité. Les contrats d'assurance comportent souvent, en effet, des clauses subordonnant l'obligation d'indemnisation à la présentation par la victime d'une réclamation durant la période de couverture. De telles stipulations ont d'abord été annulées par les juges⁸⁶¹, avant que le législateur ne les valide dans certaines hypothèses⁸⁶². Ces règles dérogent donc aux principes régissant la naissance de l'obligation de règlement, puisqu'elle n'intervient plus qu'au jour de la réclamation présentée par la victime, et non à celui du dommage. Si la dualité entre période de couverture et obligation de règlement est sauvegardée, le fait générateur de cette obligation est modifié. Pourtant, le risque couvert par l'assurance de responsabilité ne survient en aucun cas lors de la réclamation de la victime, tout comme en matière de responsabilité extracontractuelle. Il est alors permis de regretter cette solution qui, en plus de nuire aux intérêts de l'assuré⁸⁶³, a pour effet de dissocier la garantie du risque couvert, en méconnaissance du mécanisme de la garantie.

219. Point de départ de l'obligation de règlement des fonds de garantie. Enfin, qu'en est-il des différents fonds de garantie chargés d'indemniser certaines catégories de victimes ? La question peut difficilement être résolue sur le terrain de la date de naissance des créances, les prestations versées par ces organismes procédant plutôt d'une aide fondée sur la solidarité nationale. Pourrait-on considérer que la naissance de l'obligation du fonds est reportée à la date d'établissement de la responsabilité de l'auteur, voire à celle de sa saisine par la victime, lorsque l'intervention du fonds n'est que subsidiaire ?

Le critère de la couverture du risque suggère plutôt de retenir la même solution qu'en matière de garanties du fait d'autrui et d'assurance⁸⁶⁴. La logique inhérente à toute garantie exige que le risque opère la césure entre les phases de couverture et de règlement, et que la prise en charge du dommage par le fonds trouve son origine à la date de survenance de ce

⁸⁶¹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 1990, sept arrêts, *JCP* 1991, II, 21656, note J. BIGOT. *Adde*, CE, 29 décembre 2000, *Beule*, *D.* 2001, p. 1265, note Y. LAMBERT-FAIVRE ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 décembre 1997, *JCP* 1998, II, 10018, concl. P. SARGOS ; *ibid.*, I, 144, obs. G. VINEY ; *D.* 1998, p. 287, note Y. LAMBERT-FAIVRE : « toute clause qui tend à réduire la durée de la garantie de l'assureur à un temps inférieur à la durée de la responsabilité de l'assuré est génératrice d'une obligation sans cause, comme telle illicite et réputée non écrite ». La Cour de cassation s'est toutefois refusée à condamner de la sorte les clauses instituées par le pouvoir réglementaire : v. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 1993, *Bull. civ.* I, n° 277.

⁸⁶² V., sur ce point, l'article L. 124-5, alinéa 1 du Code des assurances, qui laisse aux parties le soin de délimiter l'étendue de la garantie dans le temps dans le cadre de l'assurance de responsabilité civile professionnelle ou de personne morale, à moins de textes particuliers.

⁸⁶³ V., en ce sens, Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 647. Les auteurs préconisent l'instauration d'un fonds de garantie pour pallier les inconvénients à leur égard des clauses *claims-made*.

⁸⁶⁴ V., pour un parallèle entre le risque couvert par l'assurance et les fonds de garantie, P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 306, note 11.

dommage. En cela, la prise en charge du risque par les fonds de garantie et d'indemnisation s'apparente à celle opérée par les responsables du fait d'autrui : leur obligation, très diffuse avant la survenance du dommage en raison de l'indétermination de la personne de la victime, ne prend corps qu'avec l'apparition du préjudice. De plus, on sait que la date de saisine ou de la décision du juge est indifférente quant à la naissance de la créance d'indemnisation⁸⁶⁵. En conséquence, il convient de retenir, comme point de départ de l'obligation d'indemnisation du fonds de garantie, la date de réalisation du dommage⁸⁶⁶.

On constate donc que toute garantie d'assurance donne naissance à une obligation de règlement, une fois le dommage réalisé et l'incertitude levée, à condition, naturellement, que ce dommage survienne durant la période de couverture. Ce constat est donc valable pour chaque catégorie de garanties.

220. Conclusion de la Section 1. Ainsi, la détermination du point de départ des garanties répond à des règles communes assez cohérentes. Tandis que la date de l'engagement du garant désigne le point de départ de la phase de couverture, la véritable obligation à la charge du garant ne naît en vérité qu'au jour de la survenance du dommage. C'est en effet à ce moment que l'incertitude inhérente à la garantie laisse place à la certitude d'un préjudice, dont les conséquences sont transférées au garant. Ces règles sont largement appliquées, que l'on observe les garanties de paiement, d'exécution et d'indemnisation, ou encore d'assurance. Le droit positif recèle également certaines incertitudes. La jurisprudence semble parfois lier le sort de l'obligation de règlement de la caution à la question de la date de naissance des créances, laquelle est pourtant étrangère au mécanisme de la garantie⁸⁶⁷. Les juges décident surtout de fixer la naissance de la créance d'indemnisation au jour de la vente lorsque l'objet est affligé d'un vice caché⁸⁶⁸. La solution est également critiquable, en ce qu'elle procède d'une confusion entre les différents stades de la garantie. Seule la phase de couverture naît de la conclusion du contrat, tandis que l'obligation de règlement ne devrait logiquement courir que de la connaissance du vice.

⁸⁶⁵ V. *supra*, n° 216.

⁸⁶⁶ V., plus généralement, J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.*, n° 186, sur la date de naissance des créances contre la collectivité. Les auteurs admettent que la volonté du particulier, extériorisée par la demande, n'est pas le fait générateur de la créance. C'est l'affection dont il est victime qui marque la naissance de la créance. Le raisonnement vaut en matière de fonds de garantie et d'indemnisation.

⁸⁶⁷ V., pour un exposé du droit positif, *supra*, n° 206 et s.

⁸⁶⁸ V. *supra*, n° 215.

Si ces quelques perturbations affectent toujours le régime de la garantie et empêchent une totale unité, néanmoins une unité demeure souhaitable dans le processus de formation des garanties, et semble possible. Il suffirait pour cela de revenir sur ces quelques solutions contestables. Ainsi, l'unité temporelle de la garantie est réalisable, tant du point de vue de la structure de la garantie que de son processus de formation. Afin qu'elle soit parfaite, il est encore nécessaire de vérifier sa réalité dans le cadre de l'extinction des garanties.

Section 2 : Extinction de la garantie.

221. Dissociation des deux phases de la garantie. Il convient ici de vérifier si l'unité temporelle de la notion de garantie se retrouve à travers les conditions dans lesquelles prennent fin les différentes garanties. Cela nécessite de déterminer à quels moments se terminent les différentes phases successives de la garantie, et d'observer si leur extinction s'articule autour de règles communes. La démarche consistera à vérifier la véracité de deux affirmations : la force obligatoire de la garantie survit parfois à l'extinction d'une obligation de règlement, et l'expiration de la garantie laisse, à l'inverse, subsister certaines de ses obligations. Pour cela, la démarche suivie sera identique à celle adoptée concernant le point de départ des garanties : il faudra étudier séparément la terminaison de la phase de couverture (§1) et de celle de règlement (§2). Mais il ne s'agira pas d'étudier l'extinction des garanties par voie accessoire. Cette question relevant de la problématique de l'accessoire sera étudiée ultérieurement⁸⁶⁹.

§1 : Extinction de la couverture du risque.

Pour mettre en évidence une unité dans l'extinction des garanties, il est là encore de bonne méthode d'analyser successivement chacune des catégories de garanties et de les comparer : d'abord les garanties de paiement (A), puis celles d'exécution et d'indemnisation (B), enfin celles d'assurance (C). Il sera alors possible de vérifier si les règles convergent, quelle que soit la nature du risque couvert.

⁸⁶⁹ V. *infra*, n° 304 et s. en matière de garanties de paiement ; n° 318 et s. concernant les garanties d'indemnisation ; n° 322 et s. s'agissant des garanties d'assurance.

A) Extinction de la couverture du risque dans les garanties de paiement.

La durée du contrat est parfois différente de celle des obligations qui en découlent, en raison de la dissociation entre la force obligatoire du contrat et son contenu obligationnel. Cette idée, qui apparaît de plus en plus nettement en doctrine⁸⁷⁰, n'est pas sans conséquence sur les règles gouvernant l'extinction de la couverture du risque par la garantie. Il est admis en droit commun que la rupture d'un lien obligatoire puisse laisser subsister certaines obligations à la charge des parties⁸⁷¹, et qu'au contraire le contrat puisse continuer à produire des effets, alors même que les obligations sont éteintes⁸⁷². Appliquée à la garantie, cette affirmation amène à considérer que la garantie peut toujours couvrir un risque, une fois l'obligation de règlement éteinte, tout comme, inversement, certaines obligations de règlement survivent à l'anéantissement du lien obligatoire.

La terminaison de la force obligatoire des garanties de paiement recouvre deux aspects. Au-delà de la simple étude de ses causes d'extinction, il faut s'interroger sur le moment où elle prend fin. Cela implique de vérifier si la couverture survit à la disparition d'une obligation de règlement.

222. Extinction de la couverture du risque dans le cautionnement. Le cautionnement est l'exemple typique de la dissociation entre force obligatoire de la garantie et obligation de règlement. Le cautionnement prend-il fin simultanément à l'obligation de règlement ? Tout dépend de l'étendue du risque pris en charge par la caution. Si le cautionnement porte sur une dette précise, la période de couverture est interrompue par l'extinction de l'obligation de règlement. Une fois l'obligation principale exécutée ou éteinte pour un quelconque motif, la garantie n'a en effet plus de raison d'être. Si, en revanche, la caution couvre une multiplicité de dettes s'étalant dans le temps, l'exécution de l'une des obligations de règlement ne met pas fin à la phase de couverture. Celle-ci s'étend, conformément à la volonté des parties, jusqu'au

⁸⁷⁰ P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., spéc. n° 44 et s. concernant l'extinction des obligations ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n° 70 ; A.-S. LUCAS-PUGET, op. cit. ; Ph. JESTAZ, « Qu'est-ce qu'un résultat en droit ? », art. préc., spéc. p. 300 et s. ; comp. E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455 et s., spéc. n° 25 : s'il discute de l'assimilation entre norme et lien contractuel, l'auteur ne remet nullement en cause le raisonnement d'ensemble ; R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 211 et s. : sans vraiment suivre M. ANCEL dans son argumentation, l'auteur s'accorde avec lui pour affirmer une dissociation temporelle entre le contrat et les différentes obligations qui en découlent.

⁸⁷¹ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, op. cit., n° 217. L'auteur cite, à titre d'illustration, l'obligation de non-concurrence qui pèse sur le salarié après la terminaison du contrat de travail.

⁸⁷² P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », art. préc., n° 45 et s.

moment du terme extinctif, ou de la résiliation unilatérale⁸⁷³. Autrement dit, la question de savoir si la couverture du risque survit à l'extinction de l'obligation de règlement dépend de l'étendue de l'engagement de la caution. Si une seule dette déterminée est prise en charge, l'exécution de l'obligation de règlement met fin à l'opération, et aucune couverture d'un risque n'existe plus. Si, au contraire, l'engagement du garant est simplement déterminé dans le temps, ou porte sur plusieurs dettes successives, la couverture se prolonge après l'exécution de la première obligation de règlement⁸⁷⁴.

223. Extinction de la couverture du risque dans les autres garanties personnelles de paiement. Les autres garanties personnelles peuvent être assimilées, de ce point de vue, au cautionnement. Le constitut obéit à des règles similaires⁸⁷⁵, tout comme la solidarité⁸⁷⁶, la délégation imparfaite ou la garantie autonome⁸⁷⁷.

Il en est de même des garanties indirectes de paiement. Tant le souscripteur de la lettre de confort que celui de la promesse de porte-fort peuvent couvrir une dette en particulier ou un ensemble de dettes déterminées ou déterminables. Dans le premier de ces cas de figure, l'exécution ou l'extinction de la dette principale rend inutile la phase de couverture, qui disparaît alors. Dans le deuxième, en revanche, l'exécution d'une ou de plusieurs obligations de règlement ne met pas un terme à la garantie, car subsiste un risque que le souscripteur s'est engagé à couvrir.

224. Extinction de la couverture du risque dans les garanties réelles de paiement. Les sûretés réelles, enfin, peuvent fort bien porter sur un ensemble de dettes futures. Dans ce cas, là encore, la couverture, c'est-à-dire le droit réel accessoire qui affecte le bien et la charge corrélatrice qui pèse sur lui, subsiste tant que l'une au moins des obligations du débiteur reste inexécutée⁸⁷⁸. Mais si la sûreté réelle est constituée en garantie d'une dette unique, la charge

⁸⁷³ Si le cautionnement porte sur un ensemble de dettes déterminées, l'extinction de la dernière obligation de règlement met évidemment fin à la couverture, sans qu'il soit nécessaire de résilier l'engagement ou d'attendre un terme extinctif.

⁸⁷⁴ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 101.

⁸⁷⁵ F. JACOB, *op. cit.*, n° 267, note 675. Même si l'auteur se réfère de façon contestable à la date de naissance des créances, cela ne remet pas en cause le parallèle entre cautionnement et constitut.

⁸⁷⁶ M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 345.

⁸⁷⁷ V. M. BOURASSIN, *op. cit.*, spéc. n° 261 et s. ; n° 798 et s. : l'auteur reconnaît que la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement est transposable à la garantie autonome, et n'opère aucune distinction de régime entre ces différentes garanties.

⁸⁷⁸ V. notamment les articles 2371 du Code civil et L. 624-9 du Code de commerce en matière de réserve de propriété ; Cass. com., 22 novembre 2005, préc., concernant la cession de créances professionnelles par bordereau Dailly. De même, le créancier peut conserver la propriété jusqu'à la réalisation du but de la fiduciaire-

réelle disparaît naturellement dès l'extinction de l'obligation de règlement. Les règles gouvernant les sûretés réelles se rapprochent alors de celles encadrant les sûretés personnelles. Tout dépend de l'étendue du risque couvert par le garant, et notamment de la multiplicité de dettes prises en charge par le garant.

225. Extinction de la couverture du risque dans les garanties attachées à une créance particulière. Certaines garanties ne laissent pas place à une telle alternative, car elles se mettent en place indépendamment de la volonté des intervenants. Ainsi, les actions directes prévues par la loi ne sont souvent attachées qu'à une créance particulière⁸⁷⁹. Logiquement, l'extinction de la créance contre le débiteur principal met fin à la garantie, puisque le risque couvert consistait en l'inexécution d'une seule obligation. Une fois le transfert de ce risque opéré, la garantie perd tout motif d'exister. La phase de couverture de la garantie ne survit pas à l'exécution de l'obligation de règlement ou à l'extinction de celle-ci.

De même, l'obligation *in solidum* ne porte généralement pas sur un ensemble de dettes déterminées ou déterminables, mais accompagne une dette unique⁸⁸⁰. Ainsi, lorsque cette dette disparaît, pour quelque raison que ce soit, la couverture du risque est entraînée dans sa chute. Il en est également ainsi s'agissant de la compensation, attachée en principe à une dette particulière et non à un ensemble de dettes, du droit de rétention, lorsqu'il ne procède pas d'une convention des parties, mais d'une connexité juridique ou matérielle, ou encore des privilèges accordés par le législateur à raison des qualités d'une créance précise⁸⁸¹. Dans toutes ces hypothèses, l'extinction de cette dette met fin à la force obligatoire de la garantie, faute de risque d'impayé demeurant à couvrir.

L'obligation de couverture prend donc fin, en général, lorsqu'aucune incertitude ne plane plus sur la lésion des intérêts du créancier. En conséquence, la garantie de paiement disparaît en même temps que l'obligation principale quand une seule dette est couverte. En revanche, elle subsiste même après cet événement lorsque l'engagement du garant porte sur

sûreté, c'est-à-dire le paiement de la créance, et le paiement d'une échéance de crédit-bail ne suffit pas à transférer la propriété de la chose au crédit-preneur.

⁸⁷⁹ Ainsi, l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité, prévue par l'article L. 124-3 du Code des assurances, porte logiquement sur une dette unique d'indemnisation. Il ne s'agit là que d'un exemple parmi de nombreux autres, même s'il ne s'agit en aucun cas d'une règle générale.

⁸⁸⁰ Il s'agira généralement d'une créance d'indemnisation, puisque la responsabilité extracontractuelle constitue le champ d'application privilégié de l'obligation *in solidum*. Dans cette hypothèse, il est évident que la couverture ne porte que sur une seule et unique créance.

⁸⁸¹ Un exemple parmi de nombreux autres peut être tiré du privilège du vendeur de meubles prévu par l'article 2332, 4° du Code civil, si une seule vente a été conclue. Une seule créance est alors garantie par le privilège, de sorte que l'extinction de l'obligation de règlement s'accompagne de celle de la couverture du risque d'impayé.

plusieurs dettes, car le paiement ou l'extinction d'une dette ne lève pas l'incertitude sur les autres dettes couvertes. L'étendue de l'obligation de couverture est donc variable, mais la constante réside dans le fait que la couverture prend fin à l'extinction de la dernière dette couverte ou à l'expiration de la période de temps prévue.

226. Causes d'extinction de la couverture du risque. Il reste alors à préciser les causes d'extinction de la force obligatoire de la garantie. Certaines d'entre elles ne constituent qu'une application banale du droit commun. Ainsi, lorsque le contrat est stipulé à durée déterminée, c'est la survenance du terme extinctif qui marque sa terminaison⁸⁸². En l'absence d'une telle précision, chacune des parties bénéficie d'une faculté de résilier unilatéralement son engagement⁸⁸³. En revanche, la prescription ne saurait éteindre l'obligation de couverture, non en raison de l'autonomie insuffisante de l'obligation de couverture⁸⁸⁴, mais en raison de la nature non obligationnelle de la couverture du risque.

L'extinction de la couverture du risque pourrait-elle également résulter d'un terme extinctif implicite ? Telle était la solution préconisée par Christian MOULY⁸⁸⁵, reprise depuis par d'autres auteurs⁸⁸⁶. L'obligation de couverture, selon eux, est caractérisée par son *intuitus personae* particulièrement développé⁸⁸⁷. La perte par la caution de certaines qualités, qui auraient poussé le créancier à contracter avec elle, serait de nature à modifier les relations entre les parties à l'opération de cautionnement, ce qui justifierait de mettre fin, par analyse de leur volonté non exprimée, à l'obligation de couverture.

227. L'extinction de la couverture du risque par le terme extinctif tacite. Ces propositions doivent être étudiées à la lumière du droit positif. L'extinction de la couverture ne fait aucun doute quand l'une des parties résilie son engagement⁸⁸⁸, ou quand survient le

⁸⁸² Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 509 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 813 ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 267, concernant le constitut.

⁸⁸³ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 508 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, *eod. loc.* ; M. OURY-BRULÉ, *op. cit.*, n° 345, concernant l'engagement solidaire du débiteur non intéressé à la dette ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 268, concernant le constitut.

⁸⁸⁴ En ce sens, N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., p. 397.

⁸⁸⁵ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 270 et s ; n° 345 et s.

⁸⁸⁶ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 357 et s. ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 82 ; et, concernant le constitut, F. JACOB, *op. cit.*, n° 268.

⁸⁸⁷ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 510 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 216 ; comp. D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae* », *RTD civ.* 2003, p. 3 et s.

⁸⁸⁸ Cass. com., 16 octobre 1990, *Bull. civ.*, IV, n° 237 ; Cass. com., 11 mai 1993, *Bull. civ.* IV, n° 178 ; *D.* 1993, somm. p. 314, obs. L. AYNES ; *JCP* 1994, II, 22188, note Ph. DELEBECQUE ; *Rev. dr. banc. bourse* 1993, p. 255, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 2002, *Bull. civ.* I, n° 303 ; *Rev. dr. banc. fin.* 2003, comm. n° 68, obs. D. LEGEAIS ; Cass. com., 27 février 2007, inédit, pourvoi n° 06-13102.

terme extinctif stipulé dans le contrat⁸⁸⁹. Le décès de la caution emporte des conséquences similaires⁸⁹⁰. En revanche, des interrogations subsistent sur l'influence de la théorie du terme extinctif tacite. Les solutions contradictoires adoptées par la jurisprudence permettent difficilement d'en juger. Ainsi, la transmission de l'obligation principale est dans une large mesure retenue comme cause de son extinction. La solution ne fait aucun doute lorsque la société débitrice connaît une transformation⁸⁹¹ et demeure envisageable lorsque cette modification touche la personne de la société créancière, la jurisprudence demeurant assez ambiguë sur ce point⁸⁹². La jurisprudence semble donc, en ce domaine, tirer toutes les conséquences de *l'intuitus personae* présent dans la couverture du risque, même si aucune allusion directe ne figure dans les arrêts⁸⁹³.

Pourtant, la Cour de cassation s'écarte parfois de cette logique. Elle considère que la perte de la qualité d'époux ou de dirigeant de société laisse subsister l'obligation de couverture, quand bien même le cautionnement aurait visiblement été donné en considération de cette qualité⁸⁹⁴. Or, une application à la lettre des enseignements de Christian MOULY exigerait de mettre fin, en ces différentes occasions, à la force obligatoire du contrat, en raison

⁸⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 19 juin 2001, *D.* 2001, AJ, p. 2298.

⁸⁹⁰ Cass. com., 29 juin 1982, *Ernauld*, *D.* 1983, p. 360, note Ch. MOULY ; *JCP* 1984, II, 20148, note P. BOUTEILLER ; *Gaz. Pal.* 1982, 2, 583, note S. PIEDELIEVRE ; *RTD. civ.* 1983, p. 354, obs. Ph. RÉMY ; v. toutefois Cass. com., 13 janvier 1987, *Bull. civ.* IV, n° 20 ; *D.* 1987, somm. p. 453, obs. L. AYNES ; *JCP* 1987, II, 20844, note M. GERMAIN ; *Rev. soc.* 1987, p. 397, note O. BARRET ; *JCP* 1988, II, 20954, note E. DE LA MARNIERE ; *JCP E* 1987, II, 15054, note M. BEHAR-TOUCHAIS. Ce dernier arrêt réitère la solution précédente et ajoute que la clause contraire constitue un pacte sur succession future prohibé, ce qui ne s'accorde guère avec la théorie élaborée par MOULY. V. en ce sens, L. AYNES, obs. préc. sous Cass. com., 13 janvier 1987 ; M. BEHAR-TOUCHAIS, note préc. sous Cass. com., 13 janvier 1987 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 353.

⁸⁹¹ Cass. com., 8 novembre 2005, pourvoi n° 02-18449, *D.* 2005, p. 2856, obs. P. CROCQ ; *JCP G* 2006, I, 123, n° 17, obs. A.-S. BARTHEZ ; *ibid.*, I 131, n° 9, note Ph. SIMLER ; *RTD com.* 2006, p. 145, obs. P. LE CANNU ; *Dr. et patr.* septembre 2006, p. 80, obs. J.-P. MATTOU et A. PRÜM ; *JCP E* 2006, p. 14, note D. LEGEAIS ; *LPA* 5 janvier 2006, p. 10, note S. PRIGENT ; *Banque et dr.* janvier-février 2006, p. 52, obs. N. RONTCHEVSKY.

⁸⁹² V. Cass. com., 8 novembre 2005, pourvoi numéro 01-12.896 ; *D.* 2005, p. 2856, obs. P. CROCQ ; *JCP* 2006, II 10170, note D. HOUTCIEFF ; *ibid.*, I, 123, numéro 17, obs. A.-S. BARTHEZ ; *ibid.*, I 131, n° 9, note Ph. SIMLER ; *Dr. et patr.* septembre 2006, p. 80, obs. J.-P. MATTOU et A. PRÜM ; *JCP E* 2006, p. 14, note D. LEGEAIS ; *LPA* 5 janvier 2006, p. 10, note S. PRIGENT ; *RTD com.* 2006, p. 145, obs. P. LE CANNU ; *Banque et dr.* janvier 2006, p. 52, obs. N. RONTCHEVSKY. La solution est sujette à interprétation, car il pourrait simplement s'agir d'une fixation de la date de la créance contractuelle à la formation du contrat. Du reste, la jurisprudence antérieure à cet arrêt jugeait que la modification de la personne du créancier mettait fin à l'obligation de couverture : v. par exemple, en ce sens, Cass. com., 20 janvier 1987, préc.

⁸⁹³ Les analyses sur cette jurisprudence sont bien souvent fondées sur les relations entre les différentes parties à l'opération de cautionnement : v., notamment, M. GERMAIN, note préc. sous Cass. com., 20 janvier 1987 ; O. BARRET, note préc. sous Cass. com., 20 janvier 1987 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 82.

⁸⁹⁴ V., concernant la cessation de la qualité de dirigeant ou d'associé de la société débitrice : Cass. com., 8 novembre 1972, *Lempereur*, *Bull. civ.* IV, n° 278 ; *D.* 1973, p. 753, 1^{ère} espèce, note Ph. MALAURIE ; *Gaz. Pal.* 1973, I, p. 143 ; *RTD com.* 1973, p. 294, note R. HOUIN. La solution n'a jamais été démentie depuis lors. Et, concernant la qualité de conjoint du débiteur principal, Cass. com., 24 juin 1969, *JCP* 1970, II, 16221, note R. PRIEUR ; Cass. com., 19 janvier 1981, *Bull. civ.*, IV, n° 32

de la rupture de *l'intuitus personae* procédant à la relation entre les parties à l'opération⁸⁹⁵. A la lumière de cette jurisprudence, il est donc permis de douter de la reconnaissance du terme implicite en droit positif. Si son existence est reconnue, son domaine est en tout cas plus restreint que ce qu'envisageait Christian MOULY.

Ces hésitations jurisprudentielles sont compréhensibles. Les personnes du débiteur et du garant importent davantage que celle du créancier, car se trouve en cause leur capacité de paiement⁸⁹⁶. Plus radicalement, la théorie du terme implicite souffre de certaines lacunes. Elle est d'abord trop restreinte, car la personne du créancier peut parfois s'avérer tout aussi importante que celle des autres parties à l'opération⁸⁹⁷. Ensuite, le flou entourant le domaine de *l'intuitus personae* et la multiplication des hypothèses de libération du garant auraient pour effet de nuire à l'efficacité de la garantie, qui constitue pourtant bien souvent un accessoire de la créance⁸⁹⁸. Pour ces raisons, il est difficile d'adhérer à la proposition selon laquelle la force obligatoire du contrat prend fin à raison de la survenance d'un tel terme tacite.

Du reste, la reconnaissance de l'effet extinctif d'un terme tacite ne s'attache pas à toute garantie, même de paiement. Si une place primordiale est accordée à la considération de la personne en matière de garanties personnelles, une importance minime y est attachée s'agissant des garanties réelles⁸⁹⁹. Ce constat n'est pas sans conséquences sur la détermination des causes d'extinction de la garantie. Si l'on pourrait envisager l'expiration des garanties personnelles à raison des modifications affectant la personne du débiteur ou du garant, tel n'est pas le cas concernant les garanties réelles, y compris lorsqu'elles sont souscrites par des tiers, en l'absence d'engagement personnel⁹⁰⁰. Seules des causes très spécifiques permettent de mettre fin à la force obligatoire de la garantie⁹⁰¹, à moins évidemment d'une extinction par voie accessoire. C'est dire que la notion de garantie n'a pas pour corollaire ce moyen d'extinction de l'obligation du garant.

⁸⁹⁵ Ch. MOULY, note préc. sous Cass. com., 29 juin 1982 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 352.

⁸⁹⁶ L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 261 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN, et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 668.

⁸⁹⁷ D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de *l'intuitus personae* », art. préc. n° 30 et s. concernant les changements affectant la personne du créancier.

⁸⁹⁸ V. sur la question de la notion d'accessoire et son application à la garantie, *infra*, n° 246 et s.

⁸⁹⁹ Attachées à la chose et non à la personne de son propriétaire, elles sont transmises avec le bien affecté en garantie. V., *infra*, n° 331, sur la question de la règle de l'accessoire dans les garanties réelles.

⁹⁰⁰ V. Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, préc., à propos du cautionnement réel.

⁹⁰¹ V. pour un aperçu général des causes d'extinction à titre principal des sûretés réelles, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 394 et s.

Mais au fond, les quelques incertitudes demeurent circonscrites aux modes d'extinction de la couverture. Le processus d'extinction, quant à lui, ne présente qu'une diversité apparente. L'étendue de la garantie dépend, certes, de la délimitation du risque à garantir. Les règles varient selon que le risque couvert porte sur une ou plusieurs dettes, ou encore sur une période de temps donnée. Le point commun à toutes les garanties, toutefois, réside dans l'anéantissement de la couverture une fois l'ensemble des risques couverts survenus et pris en charge par le garant. La force obligatoire de la garantie s'étend jusqu'à ce qu'aucun risque pris en charge par le garant ne subsiste. Si une seule dette est couverte, la disparition de l'obligation de règlement entraîne mécaniquement celle de la garantie. Si plusieurs le sont, la disparition de la dernière obligation de règlement entraîne celle de la couverture du risque.

Cette unité est-elle également perceptible au sein des garanties d'indemnisation ?

B) Extinction de la couverture du risque dans les garanties d'indemnisation.

228. Extinction de la couverture du risque dans les responsabilités du fait d'autrui. En premier lieu, les responsabilités du fait d'autrui remplissant une fonction de garantie prennent toutes fin de la même façon. Nous avons vu que la couverture du risque, de vocation générale, prend effet dès que sont réunies, à l'exception du dommage, les conditions de la responsabilité⁹⁰². De même, la couverture cesse lorsque ces conditions ne sont plus remplies.

Ainsi, la couverture du risque de dommage consécutif au fait d'un préposé pèse sur le commettant dès que se trouve remplie la condition relative au lien de préposition⁹⁰³. A partir de ce moment, tout dommage causé par le préposé dans le cadre de ses fonctions doit être pris en charge par le commettant. L'extinction de la garantie suit le raisonnement inverse. Dès lors que ce lien de préposition est rompu, le commettant ne couvre évidemment plus le risque de préjudice subi par les potentielles victimes du fait d'autrui. De même, dans le cadre de la responsabilité du fait d'autrui de droit commun, il suffit que le fait d'autrui cause un préjudice durant la période de garde pour que la responsabilité puisse être mise en jeu. Mais la couverture du risque prend fin lorsque l'association perd son influence sur le mode de vie d'autrui. Enfin, la couverture résultant de la responsabilité parentale cesse dès lors que ne sont plus caractérisées les conditions préalables telles que l'autorité parentale ou la cohabitation.

⁹⁰² V. *supra*, n° 197.

⁹⁰³ V., sur cette condition de la responsabilité du commettant, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 792 et s.

En somme, l'extinction de la couverture procurée par la responsabilité du fait d'autrui survient lorsqu'un évènement, généralement la rupture du lien entre le responsable et autrui, met fin à la réunion des conditions nécessaires au transfert du risque. En raison de la modification affectant la position du garant, celui-ci n'a plus à prendre à sa charge les conséquences dommageables des faits et gestes d'autrui.

229. Extinction de la couverture du risque dans les garanties du droit des contrats.

Quels sont, à présent, les principes régissant les garanties légales du droit des contrats ? A l'inverse des responsabilités du fait d'autrui, la garantie qui accompagne la vente ne donne aucune prise aux changements de circonstances. La couverture dure tant que peut apparaître un défaut caché au moment de la délivrance, d'autant plus que le délai de prescription des actions rédhibitoire et estimatoire ne court qu'à compter de la découverte du vice par l'acquéreur selon l'article 1648 du Code civil⁹⁰⁴. En conséquence, l'incertitude subsiste malgré l'exécution d'une première obligation de règlement : il est possible qu'un autre défaut caché puisse apparaître, après l'exécution d'une première obligation de règlement par le vendeur. La phase de couverture survit à l'extinction d'une obligation de règlement. Il en est de même, concernant la garantie d'éviction dans la vente.

Les principes sont identiques en matière de construction immobilière, mais les garanties procurées dans ce domaine sont encadrées par un délai de deux ou dix ans à compter de la réception de l'ouvrage⁹⁰⁵. Tant la réalisation du risque que l'exercice de l'action par la victime doivent intervenir dans ces délais. On en conclut que la couverture du risque cesse à l'expiration de ce délai. Qu'une précédente obligation de règlement soit apparue auparavant et ait été acquittée par le constructeur est indifférent, car l'incertitude sur la survenance de désordres demeure jusqu'à l'écoulement des deux ou dix années. L'extinction d'une obligation de règlement n'entraîne pas celle de la phase de couverture.

⁹⁰⁴ La garantie de conformité due au consommateur, instaurée par l'ordonnance du 17 février 2005, donne lieu à des solutions différentes : l'article L. 211-12 du Code de la consommation, issu de ce texte, prévoit un délai de prescription de deux ans à compter de la délivrance du bien. Ainsi, l'obligation de couverture prend automatiquement fin à l'expiration de ce délai de deux ans : toute nouvelle action sur ce fondement sera alors fermée à l'acquéreur. Du point de vue de la structure temporelle de la garantie, la garantie de conformité dans la vente se rapproche davantage des garanties décennale et biennale du constructeur.

⁹⁰⁵ V., sur l'impact en la matière de la réforme de la prescription du 17 juin 2008, Ph. MALINVAUD, « Prescription et responsabilité des constructeurs après la réforme du 17 juin 2008 », *Rev. dr. immo.* 2008, p. 368 et s. Une unification est opérée avec la responsabilité de droit commun, qui subsiste en dehors du champ d'application des garanties décennale et biennale, notamment pour les vices intermédiaires. La jurisprudence considérait, même avant la réforme, que la prescription de dix ans courait à compter de la réception : Cass. civ. 3^{ème}, 16 octobre 2002, *D.* 2003, p. 300, note Ph. MALINVAUD ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2005, *D.* 2005, p. 2198, note J.-P. KARILA.

Les garanties du bailleur et les garanties conventionnelles suivent ce dernier modèle, en raison du caractère successif du contrat. La période de couverture s'étend sur l'ensemble de la durée du contrat, stipulée à durée déterminée ou indéterminée. C'est seulement une fois survenue la dernière échéance que prend fin la phase de couverture, l'exécution d'une précédente obligation de règlement ne portant pas atteinte à la couverture.

Comme les garanties de paiement, les garanties d'indemnisation conservent leur force obligatoire jusqu'à ce qu'aucun risque prévu par les parties ne reste plus en suspens. Quand la garantie couvre une dette unique, son paiement ou sa disparition entraîne corrélativement celle de la phase de couverture. Mais en présence d'une couverture d'une multiplicité de dettes, ou s'étendant sur une certaine durée, il faut attendre le règlement de la dernière dette ou l'extinction du contrat pour qu'elle prenne fin. Ces règles, communes aux garanties de paiement et d'exécution, connaissent-elles un prolongement en matière de garanties d'assurance ?

C) Extinction de la couverture du risque dans les garanties d'assurance.

230. Extinction de la couverture du risque dans le contrat d'assurance. L'étude de l'extinction de la couverture du risque dans les garanties d'assurance présente deux volets. En premier lieu, la structure temporelle du contrat d'assurance se rapproche nettement de celle du cautionnement⁹⁰⁶. Il est donc, *a priori*, possible de considérer que sa force obligatoire trouve une fin identique. Effectivement, les parties au contrat d'assurance, lorsqu'elles concluent le contrat, délimitent une période de couverture, qui peut être limitée dans le temps ou se prolonger de façon indéterminée. En conséquence, l'exécution d'une obligation de règlement ne fait pas obstacle à la poursuite de la couverture. Le contrat ne s'arrête qu'à la date du terme extinctif ou à celle de la résiliation, au moment où plus aucun aléa n'est pris en charge par l'assureur⁹⁰⁷.

231. Extinction de la couverture du risque fournie par les fonds de garantie. Le cas des fonds de garantie et d'indemnisation est plus proche de celui de la responsabilité extracontractuelle utilisée aux fins de garantie. Ici, la couverture présente un caractère général

⁹⁰⁶ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., spéc. p. 390 ; Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 259.

⁹⁰⁷ La période de couverture peut aussi être interrompue par la disparition de l'aléa. V., sur ces questions, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 113 et s.

et permanent, l'Etat assurant une couverture de risques sociaux que le droit commun est impuissant à prendre en charge. Il est donc difficile de parler d'extinction de la couverture, puisque le risque dont la prise en charge est confiée par la société au fonds ne cesse en réalité jamais. La vocation générale des fonds à assurer l'indemnisation de certaines catégories de victimes a pour conséquence que leur couverture de tout dommage entrant dans leur champ d'intervention ne cesse jamais avant leur propre disparition.

232. Conclusion partielle. Les garanties de paiement, d'exécution et d'indemnisation, et d'assurance, comportent des règles communes concernant l'extinction de la phase de couverture. C'est uniquement lorsque le risque a entièrement disparu que la couverture prend fin.

Plusieurs cas de figure sont possibles. La couverture peut porter sur une dette en particulier ou un ensemble de dettes. Ces dettes peuvent être déterminées en elles-mêmes ou seulement par référence à une période de temps. Dans la première hypothèse, l'exécution de l'obligation de règlement met aussi fin à la phase de couverture. Dans les autres, l'exécution d'une obligation de règlement n'épuise pas l'objet de la garantie, car tout le risque envisagé par les parties n'est pas encore effacé. Cette détermination de l'objet de la garantie se retrouve, soit dans la convention des parties, soit au sein des dispositions légales qui édictent la garantie.

Les causes d'extinction de la couverture varient selon la garantie envisagée. Il peut s'agir, en présence d'un contrat, de la résiliation unilatérale et du terme extinctif, exprès voire tacite. Il peut encore s'agir, en matière extracontractuelle, de la modification de la situation des parties menant à une disparition de l'une des conditions préalables de la garantie. Parfois, encore, la sécurité apportée aux bénéficiaires est permanente. Mais le point commun est la subsistance de la couverture tant que le risque envisagé par les parties demeure partiellement, c'est-à-dire qu'une certaine incertitude plane encore sur les intérêts du bénéficiaire. En revanche, la couverture s'éteint une fois tout risque écarté. Se trouve ainsi vérifiée la première manifestation de l'indépendance de la couverture par rapport à la phase de règlement. Il reste à déterminer si l'extinction de la couverture a pour conséquence celle des obligations de règlement.

§2 : Terminaison de la phase de règlement.

Il s'agit ici, non seulement de déterminer de quelle façon prennent fin les obligations de règlement nées de la garantie, mais également de vérifier si l'unité règne concernant leur articulation avec l'obligation de couverture. Pour cela, il est nécessaire, comme précédemment, de s'intéresser successivement aux garanties de paiement (A), d'exécution (B) et d'indemnisation, et enfin d'assurance (C).

A) Extinction des obligations de règlement dans les garanties de paiement.

233. Extinction de l'obligation de règlement de la caution. Ce qu'on appelle obligation de règlement n'est pas toujours à proprement parler une obligation⁹⁰⁸, mais cette qualification demeure adéquate dans la majorité des situations. Seules les sûretés réelles ne mettent pas en place de véritable obligation, mais plutôt des mécanismes de réalisation d'un droit réel accessoire. Mais existe-t-il une unité dans la terminaison de cette phase d'exécution de la garantie ? De même que la phase de couverture survit à l'exécution de l'obligation de règlement lorsqu'un risque demeure présent, on peut penser que certaines obligations de règlement subsistent malgré l'interruption de la couverture.

Ainsi que nous l'avons vu, tout cautionnement répond à cette structure⁹⁰⁹. Selon l'ensemble des auteurs, les causes de disparition de la couverture ne toucheraient pas l'obligation de règlement déjà formée, et qui demeure à la charge du garant⁹¹⁰. Il s'agit en effet d'obligations instantanées ne présentant aucune originalité. Elles peuvent disparaître, non par le terme extinctif exprès ou tacite, ou la résiliation unilatérale, mais simplement par les causes habituelles d'extinction des obligations. Ainsi, le paiement éteint systématiquement l'obligation de règlement, tandis qu'il n'exerce pas nécessairement d'impact sur l'obligation de couverture. De même, la compensation, la dation, la novation ou la prescription frappent l'obligation de règlement sans que la couverture ne soit touchée par elles. Comme on le remarque à travers la jurisprudence⁹¹¹, l'extinction de l'obligation de règlement de la caution

⁹⁰⁸ V. *supra*, n° 160.

⁹⁰⁹ V. *supra*, n° 180.

⁹¹⁰ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 246 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 219 ;

⁹¹¹ V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 2004, *Bull. civ. I*, n° 157 ; Cass. com., 15 novembre 2005, inédit, pourvoi n° 04-16047 : « sauf stipulation contractuelle limitant dans le temps le droit de poursuite du créancier, le fait que la caution soit appelée à payer postérieurement à la date limite de son engagement est sans incidence sur

résulte, non pas de la terminaison de la phase de couverture, mais des causes résultant du droit commun des obligations. L'obligation de règlement survit à la cessation de la couverture du risque.

234. Extinction de l'obligation de règlement dans les autres garanties personnelles de paiement. Ces solutions, largement admises en matière de cautionnement de dettes futures, sont transposables aux autres garanties personnelles, caractérisées par une identité de structure. Le constitut ne semble guère s'écarter du cautionnement sur cette question⁹¹², tout comme l'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette⁹¹³ et, en général, les garanties personnelles⁹¹⁴. Le fait que l'appel de la garantie autonome puisse être enfermé dans un certain délai par une stipulation contractuelle est sans influence, car l'appel de la garantie n'est qu'un procédé provisoire n'intervenant que comme substitut à un dépôt de garantie.

En fin de compte, des règles communes à toutes garanties de paiement peuvent être dégagées. Si la couverture s'analyse comme une période de temps durant laquelle doit se réaliser le risque, l'expiration de ce délai est impuissante à remettre en cause les obligations de règlement, qui constituent corrélativement des droits déjà acquis du bénéficiaire. Si la couverture ne concerne qu'une dette déterminée, l'obligation de règlement vient prendre le relais de la phase de couverture à partir du moment où le risque d'impayé se réalise.

235. Extinction de l'obligation de règlement dans les garanties indirectes de paiement. La dissociation entre extinction du contrat et de la phase de règlement concerne également, pour les mêmes raisons, les garanties indirectes de paiement. Concernant les lettres d'intention, il est logique que les dettes faisant l'objet du confort du souscripteur demeurent à sa charge, y compris après l'expiration de la lettre de garantie, de la même façon que toutes les dettes nées après l'extinction de la phase de couverture demeurent couvertes par la caution. Le même raisonnement peut être adopté concernant la promesse de porte-fort, en raison de sa proximité avec la lettre d'intention, et les sûretés négatives. Dans tous ces mécanismes, l'obligation de règlement survit une fois encore à l'extinction de la phase de

son obligation, dès lors qu'il n'est pas contesté que la dette est antérieure à cette date ». V. également, moins net car fondé sur un défaut de réponse des juges du fond à des conclusions : Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 2003 *Bull. civ. I*, n° 92. *Adde*, les décisions citées *supra*, n° 143, concernant l'extinction de l'obligation de couverture par le décès de la caution ou le changement de créancier ou de débiteur.

⁹¹² V. F. JACOB, *op. cit.*, n° 337 et s., sur la question de l'extinction de l'obligation de règlement du constituant.

⁹¹³ M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 345.

⁹¹⁴ M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 813, note 1805.

couverture, et prend même sa suite dans le cas où la couverture du risque ne concerne qu'une seule dette déterminée.

236. Extinction de l'obligation de règlement dans les garanties réelles de paiement.

Qu'en est-il, enfin, des sûretés réelles ? Il est possible de penser que leur extinction laisse survivre la phase d'exécution de la garantie relativement au risque réalisé pendant la période de couverture⁹¹⁵. L'ordonnance du 23 mars 2006, qui a réformé le droit des sûretés, laisse un indice supplémentaire en faveur d'une telle interprétation. L'alinéa 3 de l'article 2423 du Code civil, introduit par l'ordonnance, prévoit en effet que l'hypothèque conventionnelle à durée indéterminée, consentie en garantie de créances futures, demeure pour les dettes nées antérieurement à la résiliation unilatérale opérée par le constituant. Il s'agit là d'une application pure et simple, en matière d'hypothèque, de la théorie dualiste de la garantie. L'extinction de la couverture de l'impayé laisse survivre les obligations de règlement déjà nées.

Cela vaut-il également pour les autres sûretés réelles ? Même si la situation n'est prévue par aucun autre texte, rien ne s'y oppose, en raison de la similarité de structure des différentes sûretés réelles. Comme l'hypothèque, les différents gages et les autres sûretés de ce type peuvent porter sur des créances présentes ou futures, à condition qu'elles soient déterminées ou déterminables⁹¹⁶. L'hypothèque présente certes la particularité de pouvoir être ultérieurement rechargée, mais l'article 2324 du Code civil n'évoque pas cet unique cas de figure. Il vise généralement toute hypothèque à durée indéterminée portant sur des créances futures. Une transposition aux autres sûretés réelles de la dissociation entre phases de couverture et de règlement ne se heurte donc à aucun obstacle dirimant, et des divergences de règles à cet égard ne trouveraient aucune justification. Rien ne s'oppose non plus à une extension à la propriété-garantie. Il est alors possible de conclure à la survivance des obligations de règlement déjà nées, une fois la phase de couverture achevée.

Au sein des garanties de paiement, les obligations de règlement présentent donc une certaine unité du point de vue de leur processus d'extinction. Lorsque la garantie porte sur une dette unique déterminée, la phase de règlement vient prendre la suite de la phase de couverture de façon à exécuter l'engagement du garant, une fois le risque d'impayé réalisé.

⁹¹⁵ V. *supra*, n° 183, pour la validité de la conception dualiste des sûretés réelles.

⁹¹⁶ V. notamment les articles 2333 (pour le gage), 2356 (pour le nantissement) et 2421 (par renvoi de l'article 2388, pour le gage) du Code civil.

Lorsqu'elle porte sur une multiplicité de dettes ou sur une dette indéterminée, c'est à l'issue d'un certain délai que prend fin la couverture, et les obligations de règlement naissent au fur et à mesure que le risque d'impayé se concrétise. Dans les deux cas, la cessation de la couverture du risque laisse survivre l'obligation de règlement déjà née à ce moment.

Peu importe, dans ces conditions, que les modalités d'exécution diffèrent selon les garanties de paiement. Le principal réside dans le fait qu'elles se terminent selon un schéma temporel identique. Il faut vérifier si ce constat, valable en matière de garanties de paiement, vaut également pour les autres types de garanties, notamment celles qui visent à l'exécution d'une obligation ou à l'indemnisation du bénéficiaire.

B) Extinction des obligations de règlement dans les garanties d'indemnisation.

237. Extinction de l'obligation de règlement dans les garanties du droit des contrats. Les garanties légales du droit des contrats font naître une obligation de règlement lorsqu'une éviction ou l'apparition d'un vice auparavant occulte attentent à l'effectivité d'un droit réel sur la chose. Cette obligation de règlement consiste en une obligation de somme d'argent, qui a pour but, soit de rééquilibrer le contrat, soit d'opérer les restitutions consécutives à son anéantissement rétroactif⁹¹⁷. Les causes d'extinction sont celles du droit commun. Il s'agit notamment du paiement et de la prescription. Quant au moment de l'extinction, il ne dépend aucunement de l'issue de la phase de couverture. Lorsque celle-ci est limitée dans le temps, une obligation de règlement peut lui survivre⁹¹⁸.

Cette dernière affirmation doit malgré tout être nuancée en matière de construction immobilière. Les délais de prescription, établis par les articles 1792-4-1 et suivants du Code civil, semblent en effet concerner à la fois la phase de couverture et les obligations de règlement nées à la suite de malfaçons. Ainsi, non seulement le dommage doit intervenir dans les deux ou dix ans à compter de la réception de la chose, mais l'action de la victime doit aussi être exercée dans ce délai. Cela n'implique pourtant pas un lien de causalité entre l'extinction de la phase de couverture et celle des obligations de règlement. Si l'expiration de

⁹¹⁷ La garantie d'éviction présente une spécificité, puisque son exécution peut consister en une obligation de défense mise à la charge du garant lorsque les intérêts du bénéficiaire sont menacés par des tiers. Il s'agit donc d'une obligation de faire et non d'une obligation de somme d'argent dans ce cas précis. Toutefois, cela n'influe pas sur la composition temporelle de la garantie. V., sur cette possibilité, A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 218.

⁹¹⁸ L'exemple est celui de la garantie due par le bailleur. La fin de la couverture du risque ne délie pas le bailleur de ses obligations de réparation nées durant la période contractuelle.

la période de couverture ne fait aucun doute, une fois expiré le délai de deux ou de dix ans, la victime ne perd pas l'ensemble de ses droits à ce moment. Il suffit qu'elle ait accompli un acte interruptif de prescription pour que ses droits demeurent, au-delà de l'extinction de la phase de couverture. Cela montre bien que ce cas de figure n'établit pas une correspondance automatique entre l'extinction des deux phases de la garantie. Il ne s'agit que d'une coïncidence ponctuelle des délais de prescription, qui ne compromet en rien l'indépendance de la couverture et de l'obligation de règlement.

238. Extinction de l'obligation de règlement dans les responsabilités du fait d'autrui. De même, la cessation de la couverture procurée par les responsabilités du fait d'autrui n'entraîne pas celle des obligations de règlement mises à la charge du responsable. Ce n'est pas parce qu'un commettant perd cette qualité ou qu'une association se voit retirer la garde d'autrui, par exemple, qu'ils se trouvent dispensés d'exécuter l'obligation de réparation mise à leur charge à raison d'un dommage provoqué durant la période de couverture.

Les garanties d'exécution et d'indemnisation ont donc pour point commun une dissociation temporelle entre les phases de couverture et de règlement. De la même façon que diffère leur point de départ, l'extinction de la première n'exerce aucune influence sur la seconde. En cela, ces garanties se rapprochent de celles qui visent un risque d'impayé. Il reste alors à étudier le mécanisme d'extinction de l'obligation de règlement dans les garanties d'assurance.

C) Extinction des obligations de règlement dans les garanties d'assurance.

239. Extinction de l'obligation de règlement de l'assureur. Comme la caution, l'assureur prend en charge un risque par contrat, seule la nature de ce risque différant véritablement. Dans les deux situations, les obligations du garant naissent⁹¹⁹ et s'éteignent à l'identique. Il s'agit généralement d'une obligation de somme d'argent et, surtout, la fin de la phase de couverture ne fait pas obstacle à l'exercice ultérieur, par la victime, de ses droits au titre des obligations de règlement nées auparavant⁹²⁰. Le terme inséré au contrat d'assurance n'affecte que la couverture du risque, mais pas la mise en œuvre de la garantie.

⁹¹⁹ V. *supra*, n° 218.

⁹²⁰ Il convient toutefois de réserver le cas de l'action dirigée contre l'assureur de responsabilité, dans l'hypothèse où une clause dite « réclamation de la victime » figure dans le contrat d'assurance. Dans ce cas, les obligations

240. Extinction de l'obligation de règlement des fonds de garantie. Les fonds de garantie, quant à eux, se trouvent soustraits au problème car leur couverture est générale et permanente. Il est donc, comme en matière de garantie légale du vendeur⁹²¹, illusoire de penser que la fin d'une phase de couverture entraînerait celle de l'obligation de règlement.

241. Conclusion de la Section 2. Ainsi, toute garantie voit son extinction organisée autour de la distinction entre les phases de couverture et de règlement. L'obligation de règlement s'éteint par des mécanismes variés, mais elle peut en toute hypothèse survivre à la fin de la force obligatoire de la garantie. C'est dire l'importance du rôle tenu par la survenance du risque. C'est à cette date qu'il faut apprécier si le risque était couvert. Dans l'affirmative, l'obligation de règlement demeure due par le garant, indépendamment de la date d'extinction de la couverture. L'obligation de règlement obéit alors à des causes autonomes d'extinction. Si, en revanche, le risque se réalise une fois la phase de couverture déjà achevée, le bénéficiaire de la garantie ne peut plus prétendre à rien, en l'absence de couverture du risque au moment de sa survenance.

242. Conclusion du Chapitre 2. La structure dualiste de la garantie se répercute logiquement sur son inscription dans le temps. Les deux phases de la garantie, articulées autour de la date de réalisation du risque, doivent être soigneusement dissociées. C'est d'abord le cas s'agissant du processus de création de la garantie. La couverture du risque, résultant de la force obligatoire de la garantie, naît dès la conclusion de la garantie ou dès que toutes les conditions de prise en charge du risque sont réunies. Mais c'est uniquement lorsque le risque se réalise que la garantie déploie tous ses effets. C'est à ce moment que sont réparés les intérêts lésés du bénéficiaire. Encore faut-il, pour cela, que l'événement dommageable se soit produit durant la période de couverture, c'est-à-dire de prise en charge du risque. Alors s'opère une dissociation entre l'extinction de la première phase de la garantie et celle de la seconde phase. La disparition de la force obligatoire de la garantie, à un moment donné, par la survenance du terme, la résiliation ou une autre cause, ne remet pas en cause l'obligation de règlement née au profit du bénéficiaire. Elle a seulement pour conséquence l'absence de prise

de règlement prennent fin en même temps que la couverture du risque, si aucune réclamation n'a été présentée auparavant. Sur cette question, v. *supra*, n° 145.

⁹²¹ V. *supra*, n° 237.

en charge du risque survenu après coup. Son effet ne vaut donc que pour l'avenir, sans remettre en cause les situations acquises.

243. Conclusion du Titre 2. La conception finaliste de la garantie se révèle bien plus fructueuse que celles, conceptuelles, formulées auparavant. La notion de couverture du risque, c'est-à-dire de l'incertitude régnant sur la situation du bénéficiaire, n'est pas sans conséquences sur la structure de l'engagement du garant. Si l'on ne peut dire que le garant est débiteur d'une obligation de garantie, si les concepts d'obligation de couverture et de règlement demeurent lacunaires et inaptes à expliquer le mécanisme de la garantie, une dissociation se produit véritablement dans la portée de l'engagement du garant. Toute garantie se décompose en deux phases d'exécution. La première résulte de sa force obligatoire et consiste en une protection de l'intérêt garanti. La deuxième, qui réside dans la restauration des intérêts du bénéficiaire en cas de survenance du risque, est l'unique à trouver une traduction concrète.

Leurs existences, quoique liées par leur appartenance au mécanisme de garantie, sont autonomes, puisque tant leur date de naissance que leur extinction sont gouvernées par des règles différentes. La période de couverture naît dès l'existence de la norme, contractuelle ou légale, tandis que les obligations de règlement apparaissent successivement au cours de cette période. La couverture prend fin, soit à raison de la résiliation ou du terme extinctif, soit parce que ses conditions préalables ne sont plus réunies, tandis que les obligations de règlement prennent fin par les causes habituelles d'extinction des obligations. Seules les sûretés réelles ne suivent pas cette dernière règle, car elles ne donnent lieu à aucune obligation. Mais le principe demeure le même, c'est-à-dire que la phase de règlement, d'exécution, ne coïncide pas exactement avec la période de couverture.

244. Conclusion de la 1^{ère} partie. Il est finalement possible de dégager des règles communes à toute garantie, au-delà de l'apparente hétérogénéité de cette notion. Les partisans d'une définition conceptuelle de la garantie n'ont pu parvenir à ce résultat en raison d'une erreur méthodologique. En tentant de définir la garantie par référence à des mécanismes donnés, il n'ont pu embrasser qu'une ou certaines catégories de garantie, sans parvenir à une véritable unité. La garantie doit être distinguée de notions apparemment voisines, notamment la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle. Alors que la garantie constitue une protection objective contre la survenance d'un dommage, indépendamment de l'activité du garant, la responsabilité désigne le fait, pour une personne, d'assumer les conséquences de

son activité. De même, la garantie ne peut être qualifiée systématiquement d'obligation. Il est certes possible que la réparation des intérêts du bénéficiaire passe par l'établissement, à son profit, d'un rapport d'obligation avec le garant. Mais cette situation n'est pas systématique, si bien que la notion d'obligation n'est nullement consubstantielle à celle de garantie. Ainsi, la garantie est irréductible à l'alternative entre obligation et responsabilité.

Le critère finaliste, par opposition, permet d'atteindre une certaine unité. La garantie s'entend de l'octroi au bénéficiaire d'une sécurité contre un risque. C'est donc, paradoxalement, en envisageant très largement la notion de garantie qu'il est possible de lui conférer un contenu précis. Certaines garanties, très variées, couvrent simplement le risque d'impayé. D'autres, liées comme les précédentes à une obligation préalable, s'en différencient dans la mesure où elles tendent surtout à réaliser l'effet utile d'un droit du créancier. Sont ainsi protégés les titulaires de droits réels mis en danger et les victimes de dommages extracontractuels. Les dernières sont quant à elles absolument indépendantes d'une obligation préalable.

Cette approche finaliste permet de mettre en évidence la structure dualiste de la garantie. Cela ne signifie pas qu'il faille adopter sans réserve la distinction entre obligation de couverture et obligation de règlement. Cette théorie, largement adoptée par la doctrine et la jurisprudence, pêche par son caractère trop absolu. Bien souvent, aucune obligation typique de la garantie ne doit être exécutée par le garant avant que ne survienne l'événement redouté. La protection accordée au bénéficiaire ne procède que de la force obligatoire de la garantie. Le garant ne pourra se dérober à son engagement en cas d'atteinte aux intérêts du bénéficiaire, car il est tenu de façon irrévocable pour une certaine dette ou une certaine période de temps. Le garant doit certes exécuter certaines obligations accessoires durant cette période de couverture du risque. Mais elles ne sont en aucun cas spécifiques à la garantie. Il ne s'agit que des règles communes à tous contrats et qui dérivent d'un souci de coopération entre les parties. Même la réparation des intérêts du bénéficiaire, une fois l'événement survenu, ne s'effectue pas toujours par le biais d'une obligation. Les deux phases de la garantie peuvent prendre la forme d'une diversité de techniques : exécution d'une obligation, mais aussi réalisation d'un droit réel.

Enfin, la distinction souvent opérée entre garantie de dettes présentes et futures doit être relativisée. Quelle que soit la date de naissance des créances garanties, la garantie couvre par définition une incertitude. Ses effets dépendent donc du point de savoir si l'incertitude

subsiste ou si elle a été levée par la survenance de l'événement redouté. C'est la survenance du risque qui constitue le pivot entre les phases de couverture et de règlement de la garantie.

Il reste à savoir si, au-delà de ces règles communes de base, la garantie obéit à un régime précis. Il ne semble pas que ce soit le cas.

DEUXIEME PARTIE

DIVERSITE DE REGIME DE LA GARANTIE

245. Impact de la notion de garantie sur son régime. Une fois la garantie précisément définie, à partir de sa fonction et de sa structure temporelle, il importe d'examiner les conséquences de cette qualification. Les enjeux directs sont assez faibles, en raison du peu de nombres de textes mentionnant la garantie. Mais ce simple constat est insuffisant. Il faut, au-delà, rechercher si un régime unitaire ou, plus simplement, quelques principes communs découlent de la garantie. De tels principes pourraient servir à dégager des règles d'interprétation adaptées à la notion de garantie.

A cet égard, plusieurs idées communément admises sont associées à la garantie. On estime parfois qu'il s'agit d'une obligation accessoire. Si la qualification d'obligation est à nuancer, celle d'accessoire demeure à vérifier. On lui attribue souvent, aussi, un caractère automatique, une efficacité supérieure au droit commun.

Tels sont les deux aspects qui pourraient servir à unifier le régime de la garantie, à partir de sa définition. Pourtant, ces postulats de départ donnent lieu à nombre d'incertitudes. Le caractère accessoire de la garantie se retrouve-t-il dans toutes les garanties, y compris lorsqu'aucune créance ne leur préexiste ? Est-il compatible avec l'autonomie de certaines garanties de paiement ? Plus généralement, on peut se demander s'il est suivi de règles communes. Quant au caractère impératif de la garantie, s'agit-il d'un fait avéré ou d'une approximation tirée d'une analyse trop partielle ? Cette dernière question entraîne dans son sillage un cortège d'interrogations sur les résultats tirés de la garantie, de l'efficacité de sa mise en œuvre, ou encore sur le rôle respectif du législateur et des parties.

Cette étude permettra donc de vérifier la cohésion du régime de la garantie et, par conséquent, le caractère opératoire de cette notion. Tous deux seront pourtant mis à mal par la multiplicité et la variété des techniques mobilisées aux fins de garantie. Ainsi, le caractère accessoire de la garantie, qui n'apparaît pas absolu, entraîne de plus des conséquences différentes selon les mécanismes employés (Titre 1). Quant à l'efficacité de la garantie, elle

fluctue considérablement et dépend surtout de règles étrangères et indifférentes à cette notion, tant au stade de l'obligation à la dette qu'au stade de la contribution à la dette (Titre 2).

TITRE 1

DIVERSITE DU CARACTERE ACCESSOIRE DE LA GARANTIE.

246. Dualité de la notion d'accessoire. Dans plusieurs domaines, la garantie est souvent associée à un lien d'accessoire. Son caractère accessoire a été largement affirmé en droit des contrats⁹²², voire en droit des assurances⁹²³, affirmation corroborée par la signification du terme « *guarantee* » en droit anglais⁹²⁴ et par l'étude de la garantie en droit espagnol⁹²⁵. Quant aux garanties de paiement, celles au moins qui sont qualifiées de sûretés revêtent une telle qualité selon la doctrine dominante⁹²⁶. De plus, s'agissant d'une notion finaliste, la garantie désigne un mécanisme de protection d'un intérêt, au service donc de cet intérêt et dans sa dépendance. Toutes ces circonstances laissent donc présager d'un caractère accessoire commun à l'ensemble des garanties.

Une telle vision ne saurait être admise sans une étude plus approfondie. Pour vérifier le postulat du caractère accessoire de la garantie, plusieurs étapes de raisonnement sont requises en raison de la polysémie du terme « accessoire ». Comme l'affirme un auteur particulièrement autorisé, l'utilisation de la notion d'accessoire se résume généralement à la

⁹²² B. GROSS, *op. cit.*, n° 101 : « la garantie est une obligation complexe. Elle comprend tout un certain nombre d'obligations qui gravitent autour de l'obligation principale du contrat et qui l'accompagnent dans son destin » ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie », art. préc., p. 307 ; G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 144.

⁹²³ N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., spéc. p. 392 : l'auteur juge que l'obligation de garantie est « normalement classée comme accessoire ». Or son raisonnement porte notamment sur le contrat d'assurance.

⁹²⁴ V. sur cette question R. BRADGATE, *op. cit.*, n° 23.0.2. Selon l'auteur, les *guarantees* se distinguent des *indemnities* par leur dépendance envers l'obligation principale : « The surety's liability under a guarantee is secondary to and dépendant on that of the principal debtor, whereas under an indemnity the surety undertakes a separate liability to the creditor, as principal ». Cette conception présente toutefois l'inconvénient d'exclure les garanties autonomes de la catégorie des garanties. Une transposition des termes anglais dans la langue française s'avère donc hasardeuse.

⁹²⁵ A. CARRASCO PEREA, E. CORDERO LOBATO, M. J. MARIN LOPEZ, *op. cit.* Même peu enclins à fournir une définition de la garantie, les auteurs estiment qu'elle désigne l'accessoire d'une créance, qu'elle vient renforcer en vue de son exécution.

⁹²⁶ V. notamment, parmi les manuels et ouvrages de droit des sûretés, Ph. THERY, *op. cit.*, n° 3 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 21 ; P. CROCQ, *op. cit.*, n° 262 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 2 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 3. V., toutefois, pour des enseignements tirés d'exemples étrangers, P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*

mention de l'adage *accessorium sequitur principale*⁹²⁷. Pourtant, cette assimilation s'avère très insuffisante, car l'accessoire renvoie à deux idées bien distinctes. Il peut d'abord définir un élément qui serait subordonné au principal ou, ensuite, se confondre avec la règle de l'accessoire, énoncée par l'adage *accessorium sequitur principale*. Ces deux acceptions se situent à des niveaux différents. L'une renvoie à la nature de l'élément qualifié d'accessoire, c'est-à-dire sa position par rapport au principal. L'autre fait référence à un simple élément de régime, au seul fait qu'un élément en suit un autre. Mais les deux ne se complètent pas exactement. Il est fort possible, en effet, qu'un élément accessoire ne suive pas systématiquement le principal. A l'inverse, un élément qui en suit un autre n'est pas nécessairement un accessoire, en ce sens qu'il n'en a pas la nature. En somme, le caractère accessoire de la garantie ne se confond pas avec l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*.

Cette dualité doit être prise en compte au moment de vérifier le caractère accessoire de la garantie. Il est d'abord nécessaire d'examiner si le caractère accessoire est de l'essence même de la garantie, autrement dit, si aucune garantie ne peut exister sans être subordonnée à un autre élément. Cela implique, non seulement de dessiner plus précisément les contours de la notion d'accessoire, mais également de l'appliquer aux différentes catégories de garanties. Or, si les garanties de paiement ou d'indemnisation peuvent, dans une mesure variable, prétendre à la qualification d'accessoire, il est impossible d'en dire autant des garanties d'assurance (Chapitre 1).

Après avoir procédé à cette démarche, il faut vérifier si, à défaut de toujours présenter un caractère accessoire, les garanties suivent la règle de l'accessoire. Mais une fois encore, une réponse négative s'impose. Même les garanties présentant un caractère accessoire voient parfois leur sort dissocié de celui de l'obligation principale, ce qui suffit à démentir le postulat d'une unité des garanties du point de vue des relations avec l'obligation garantie (Chapitre 2).

⁹²⁷ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 1, *in fine* : « La formule tient lieu de démonstration. »

Chapitre 1

Existence du caractère accessoire de la garantie.

247. Démarche suivie. Le caractère accessoire est-il inhérent à la notion de garantie ? Une réponse positive permettrait de déceler un facteur d'unité supplémentaire entre les garanties, au-delà de leur fonction de couverture du risque et de leur structure particulière. L'étude de cette question doit être décomposée en deux temps. La vérification du caractère accessoire des différentes garanties doit impérativement être précédée d'une détermination de la notion d'accessoire, qui est susceptible de recouvrir plusieurs réalités bien distinctes. De toute évidence, c'est la conception fonctionnelle de l'accessoire qui, par-delà ses mérites intrinsèques, permettrait le plus facilement de dégager le caractère accessoire de la garantie, la plupart des autres définitions de l'accessoire se révélant trop restrictives et inaptées à poursuivre cet objectif (Section 1).

Une fois cette démarche préalable effectuée, il est bien plus aisé de démontrer que toute garantie n'est pas revêtue d'un caractère accessoire. Les garanties d'assurance, ainsi, ne sont nullement liées à un élément principal, à l'inverse des garanties de paiement et d'indemnisation. Davantage qu'un corollaire de la notion de garantie, l'accessoire n'est qu'un élément contingent, qui apparaît dans certaines garanties importantes sans pour autant participer de cette notion (Section 2). Contre toute attente, c'est donc finalement la diversité des garanties qui est mise en évidence par l'étude de leur caractère accessoire.

Section 1 : La notion d'accessoire.

La doctrine a élaboré une multiplicité de définitions de l'accessoire, d'inégale valeur toutefois. La plus évidente est celle qui résulte du sens commun du terme « accessoire », c'est-à-dire un élément subalterne, d'une importance quantitativement négligeable⁹²⁸ et

⁹²⁸ V. sur cette acception de l'accessoire G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 9, et les références citées. L'auteur montre que l'accessoire est ici opposé à l'essentiel et non au principal.

devant finalement être absorbé par le principal et adopter son régime juridique⁹²⁹. Elle repose sur une simple comparaison entre deux éléments, telle celle qu'opère parfois le juge au moment de procéder à la qualification d'un contrat complexe⁹³⁰. Cette approche quantitative est aussi, entre autres exemples tirés du droit positif⁹³¹, utilisée pour définir les obligations essentielles et accessoires d'un contrat⁹³². Mais elle ne saurait être ici adoptée. En perte de vitesse en droit positif⁹³³, une telle définition demeure trop tranchée et trop partielle car elle ne rend pas compte de la complexité des liens entre le principal et l'accessoire⁹³⁴ et, d'autre part, ses conséquences, c'est-à-dire la mise à l'écart de l'ensemble du régime juridique de l'élément ainsi qualifié, sont aussi trop radicales. Le critère est d'ailleurs d'une mise en œuvre malaisée et ne donne qu'une apparence de certitude, car il est parfois difficile de déterminer avec certitude l'importance quantitative de deux éléments⁹³⁵. Enfin et surtout, son application aux différentes garanties conduit souvent à des résultats absurdes. Si l'obligation de garantie est souvent considérée comme accessoire en droit des contrats⁹³⁶, elle n'est alors pas envisagée dans ce sens⁹³⁷. D'autres garanties se prêtent encore moins à cette conception de

⁹²⁹ V., les développements de G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 9 et s. : l'auteur distingue le nivellement de la réduction. Il se fonde, pour cela, sur les travaux de VOIRIN. V., sur ce point, Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par P. VOIRIN, A. Rousseau, 1938, n° 111, note 3.

⁹³⁰ V. par exemple, pour une application de ce critère dans le cadre des conflits de qualification entre les contrats d'entreprise et de bail, Cass. soc., 12 mars 1954, *RTD civ.* 1954, p. 515, obs. J. CARBONNIER ; Cass. com., 3 novembre 1992, *Bull. civ.* IV, n° 339. Les juges évaluent l'importance respective du travail et de la mise à disposition avant de procéder à une qualification alternative. *Adde*, le critère économique de distinction entre vente et contrat d'entreprise, qui figure à l'article 3 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises.

⁹³¹ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 13.

⁹³² Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, 2^{ème} partie, *Effets du contrat*, *op. cit.*, n° 635 ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 44 et s.

⁹³³ L'opposition entre accessoire et essentiel ne constitue plus le critère de distinction entre les contrats de vente et d'entreprise. Depuis presque deux décennies, l'application des régimes respectifs de ces deux types de contrats est déterminée, non par l'importance respective du transfert de propriété et du travail, mais par la spécificité de l'intervention sur la chose (Cass. com., 4 juillet 1989, *Bull. civ.* IV, n° 210 ; *D.* 1990, p. 246, note G. VIRASSAMY ; *RTD civ.* 1990, p. 105, n° 6, obs. Ph. REMY ; *JCP* 1990, II, 21515, note Y. DAGORNE-LABBE ; Cass. com., 3 janvier 1995, *Bull. civ.* IV, n° 2 ; *JCP* 1996, I, 3880, n° 1, obs. F. LABARTHE ; Cass. com., 17 mars 1998, *Contrats conc. conso.* 1998, comm. n° 88, note L. LEVENEUR. Plus encore, il est aujourd'hui proposé de reconnaître un effet translatif de propriété au contrat d'entreprise, ce qui aurait pour conséquence l'abandon du critère de l'accessoire, jugé insatisfaisant (P. PUIG, « Le contrat d'entreprise translatif de propriété », *Études offertes à J. DUPICHOT*, Bruylant, 2004, p. 393 et s., spéc. p. 409 et s.)

⁹³⁴ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 14.

⁹³⁵ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 10 et n° 14 : « Il paraît pratiquement hors de question de déterminer dans l'absolu un critère de l'importance exigée pour accéder au rang d'élément essentiel ». L'auteur se demande également sur quel terrain opérer la comparaison mathématique.

⁹³⁶ B. GROSS, *op. cit.* ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., p. 307 ; G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 143 et s. ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., spéc. p. 391.

⁹³⁷ Il est vrai que l'existence d'une garantie n'influe en rien sur l'existence ou la qualification d'une vente ou d'un bail : ces contrats peuvent être valablement conclus sans garantie (A. MORIN, *op. cit.*, n° 523 et s.) Mais l'obligation de garantie du vendeur est expressément qualifiée de principale par l'article 1603 du Code civil, et elle n'est nullement absorbée par une obligation du vendeur, par exemple celle de délivrance. Les juges établissent une séparation étanche entre elles : v., sur ce point, *supra*, n° 59.

l'accessoire, notamment les responsabilités du fait d'autrui, certaines garanties de paiement telles que la garantie autonome⁹³⁸ et surtout l'assurance⁹³⁹ et les fonds de garantie⁹⁴⁰.

Il convient donc d'écarter d'emblée la conception quantitative de l'accessoire et de s'attacher à une optique plus dynamique, centrée sur le lien entre l'accessoire et le principal. Il ne s'agit donc plus, ici, de nier la spécificité de l'élément accessoire, mais plutôt d'attacher son sort à celui du principal. Aussi un accessoire n'est-il pas ce qui mérite de disparaître dans l'orbite de l'essentiel. C'est seulement ce qui se trouve sous sa dépendance en raison de leur unité matérielle ou fonctionnelle. Une telle vision connaît plusieurs variantes, d'un intérêt inégal, mais qui ont pour point commun d'envisager l'accessoire par opposition au principal, et non à l'essentiel. Aux définitions conceptuelles de l'accessoire, visiblement inaptes à rendre compte de la nature accessoire de la garantie (§1), on préférera les définitions fonctionnelles, fondées sur le lien finaliste entre l'accessoire et le principal (§2).

§1 : Définitions conceptuelles de l'accessoire.

Les définitions conceptuelles de l'accessoire s'appuient principalement sur deux mécanismes bien connus du droit commun des obligations. Les premières s'attachent à montrer que l'accessoire est relié au principal par une unité d'objet (A), tandis que les secondes le fondent sur la cause (B). Dans les deux cas, l'argumentation ne suffit à montrer que la garantie présente par nature un caractère accessoire.

A) Définitions fondées sur l'objet.

248. Analyse fondée sur l'unité d'objet de l'obligation dans le cautionnement. Le cautionnement constitue le champ d'observation privilégié de la règle de l'accessoire, puisqu'il est gouverné par le principe de l'accessoire, selon lequel la caution est tenue dans les

⁹³⁸ S'il est à la rigueur concevable d'assimiler le régime de l'obligation de la caution à celui de l'obligation principale, il en est hors de question dans les garanties personnelles non accessoires, en raison de l'inopposabilité des exceptions qui les caractérise. V., sur cette question, *infra*, n° 296.

⁹³⁹ La garantie, c'est-à-dire la couverture d'un risque, constitue l'obligation principale du contrat d'assurance. Son objet est précisément de procurer une sécurité à l'assuré face à la possibilité de survenance d'un sinistre. V., en ce sens, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 52 ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 310.

⁹⁴⁰ Ces organismes ont pour unique objet la garantie offerte à certaines catégories de victimes de dommages. V., à et égard, A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op. cit.*, n° 1-29 : les auteurs présentent ces fonds comme des palliatifs à l'absence d'assurance, laquelle est elle-même un obstacle à l'indemnisation de certaines victimes.

mêmes termes que le débiteur principal⁹⁴¹. Il n'est donc guère étonnant que certaines définitions de l'accessoire soient directement issues de l'observation de ce contrat. Ainsi, l'accessoire est parfois analysé au regard de son objet.

Le cautionnement, selon un certain nombre d'auteurs, voit son caractère accessoire résulter de son identité d'objet avec l'obligation principale, selon une analyse moniste⁹⁴² ou dualiste⁹⁴³ de l'obligation. La caution s'engage à payer ce que doit le débiteur principal en cas de défaillance de ce dernier, le cas échéant selon un pouvoir de contrainte différent. L'objet de l'obligation de la caution est donc identique à celui de l'obligation principale. Or, le cautionnement est également la sûreté personnelle dont le caractère accessoire est le plus accentué. Il est donc tentant d'établir une corrélation entre le lien accessoire et l'identité d'objet des obligations.

Il ne s'agit donc pas ici de comparer deux éléments, pour observer la position quantitativement inférieure de l'un d'eux et, en conséquence, l'exclure au profit de l'autre. Ici, les deux éléments se complètent au lieu d'être placés en opposition. En ce sens, l'accessoire vient au soutien du principal et non en opposition à l'essentiel.

249. Inexactitude de l'analyse fondée sur l'unité d'objet de l'obligation. Cette conception est toutefois largement combattue, à juste titre. Selon certains, une simple comparaison du cautionnement avec la solidarité montrerait que l'opposabilité des exceptions ne provient pas de l'unité des obligations. L'obligation solidaire est classiquement analysée comme une pluralité de liens obligatoires portant sur un objet identique⁹⁴⁴. Pourtant, les exceptions personnelles ne sont pas opposables par le codébiteur solidaire⁹⁴⁵. En revanche, il est

⁹⁴¹ V. notamment, sur cette question, D. GRIMAUD, *op. cit.* ; D. LEGEAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 68.

⁹⁴² Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 47 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 88 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par F. PICOD, *op. cit.*, n° 15 ; C. HOUIN-BRESSAND, *op. cit.*, n° 190 ; M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 177.

⁹⁴³ L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 121 ; et, s'agissant de la solidarité, A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n° 331 et s. V., plus généralement, sur cette théorie, F.-K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, *op. cit.* ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, 1^{ère} partie, *Conditions de formation du contrat*, *op. cit.*, n° 21 et s. Selon ces auteurs, débiteur principal et caution sont tenus d'un *debitum* commun mais d'une *obligatio* propre. *Adde*, F. JACOB, *op. cit.*, n° 61 et s. : l'auteur, sans contester l'autonomie du *debitum* de la caution, estime qu'il est emprunté au débiteur principal.

⁹⁴⁴ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1253 et s. ; M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 510 ; v. toutefois, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 114 et s. ; A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n° 138 et s. : selon ce dernier, l'obligation au tout ne repose pas sur une unité d'objet, mais une unité de cause.

⁹⁴⁵ Article 1208 du Code civil. Le Code civil fournit plusieurs exemples d'exceptions inopposables par le codébiteur solidaire : l'incapacité, les vices du consentement, la remise de dette, la compensation, la confusion. Les juges y avaient ajouté l'extinction de la créance pour défaut de déclaration à la procédure collective du débiteur : v., en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1993, *Bull. civ.* I, n° 335 ; D. 1994, somm. p. 214, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Deffrénois* 1994, p. 1122, obs. D. MAZEAUD. Il s'agit donc d'une vision extensive de la notion d'exception personnelle, à l'inverse de ce qui se produit en matière de cautionnement.

généralement admis que la caution peut se prévaloir de toutes les exceptions que pouvait soulever le débiteur principal, hormis celle résultant de l'incapacité⁹⁴⁶. Ainsi, l'identité d'objet des obligations ne débouche pas nécessairement sur une opposabilité des exceptions, ce qui tend à prouver son absence d'influence sur le caractère accessoire⁹⁴⁷. L'évolution de la jurisprudence, assez confuse sur cette question des exceptions opposables par la caution ou le codébiteur solidaire⁹⁴⁸, empêche pourtant de considérer cet argument comme décisif⁹⁴⁹. Du reste, on peut concevoir qu'une garantie soit l'accessoire d'une créance, sans pour autant que son régime ne réponde en tous points à la règle de l'accessoire.

Surtout, plusieurs solutions légales ou jurisprudentielles révèlent l'inexactitude de l'affirmation selon laquelle la caution et le débiteur principal sont tenus de la même obligation. En vertu des articles 1287, alinéa 2 et 1294, alinéa 2 du Code civil, la caution peut en effet se libérer par remise de dette ou compensation sans que le débiteur principal ne soit déchargé. Cette solution est étendue à la novation par la jurisprudence⁹⁵⁰. L'obligation de la caution lui est donc propre⁹⁵¹, considération qui a pour effet de saper les bases de la théorie.

La théorie dualiste de l'obligation, fondée sur la dissociation du *debitum* et de l'*obligatio*, n'est pas plus apte à rendre compte du caractère accessoire du cautionnement. Outre qu'elle repose sur des bases théoriques incertaines⁹⁵², elle pêche en ce qu'elle confond l'objet de l'obligation et sa cause, et le droit positif invalide le postulat selon lequel le lien d'accessoire concernerait le seul *debitum*, à l'exclusion de l'*obligatio*⁹⁵³.

⁹⁴⁶ L'article 2313 du Code civil distingue pourtant les exceptions inhérentes à la dette, opposables par la caution, et les exceptions purement personnelles au débiteur, qui ne le sont pas. Mais la notion d'exception purement personnelle est généralement limitée par la doctrine à la seule incapacité du débiteur, cas de figure prévu par l'article 2289, alinéa 2 du Code civil. V., en ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 66 et s. ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 32 et s.

⁹⁴⁷ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 229 ; D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 435. Ce dernier auteur utilise également le concept d'obligation de garantie pour réfuter l'identité d'objet entre l'obligation de la caution et celle du débiteur. Mais nous avons déjà montré l'absence de caractère opératoire de cette notion d'obligation de garantie.

⁹⁴⁸ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 33 et s., M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 68 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 48. La catégorie des exceptions personnelles semble d'ailleurs s'élargir dans le cautionnement, sans que son domaine exact n'apparaisse clairement. V., s'agissant du dol affectant le rapport principal, Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP* 2007, II, 10138, note Ph. SIMLER ; *D.* 2007, p. 2201, note D. HOUTCIEFF ; *RDBF* 2007, n° 145, obs. A. CERLES ; *Banque et dr.* juillet-août 2007, p. 48, obs. F. JACOB ; *Dr. et patr.* septembre 2007, p. 85, obs. L. AYNES.

⁹⁴⁹ V., par ailleurs, les critiques adressées à l'affirmation selon laquelle la solidarité repose sur une unité de dettes : A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n° 138 et s. ; M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 114 et s.

⁹⁵⁰ Cass. com., 7 décembre 1999, *Bull. civ.* IV, n° 219.

⁹⁵¹ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 40 ; D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 428 et s. ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 270 et s.

⁹⁵² D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 419 et s.

⁹⁵³ D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 417 et s.

250. Insuffisance de l'analyse fondée sur l'unité d'objet de l'obligation. Discutable en soi, la théorie de l'unité d'objet des obligations demeure de toute façon trop partielle pour expliquer le prétendu caractère accessoire de la garantie. Son champ d'application se limite en effet au seul cautionnement et à quelques autres garanties personnelles de paiement. Elle pourrait certes être transposée à la solidarité, garantie généralement fondée sur l'unité d'objet des obligations solidaires. Elle pourrait également se concevoir s'agissant de la délégation imparfaite et incertaine, mécanisme par lequel le délégué s'engage à payer la dette du délégant envers le délégataire. Mais les garanties autonomes, quant à elles, se distinguent précisément du cautionnement par le caractère propre de l'obligation du garant⁹⁵⁴, tout comme les garanties indemnitaires, dès lors que leur objet est propre⁹⁵⁵.

En dehors des garanties personnelles de paiement, la proposition mène à des résultats très inégaux. Il est certes possible d'affirmer que le responsable du fait d'autrui est tenu de la même dette que l'auteur du dommage, puisqu'ils sont tenus *in solidum*⁹⁵⁶. Mais il serait absurde d'affirmer que les garanties réelles sont unies à l'obligation garantie à raison de leur objet, d'autant plus qu'elles ne font même pas naître d'obligation à la charge de leur constituant. Les garanties du droit des contrats ne font, elles non plus, apparaître aucune identité d'objet entre l'obligation principale du contrat et l'obligation de garantie, qui sont d'ailleurs soigneusement séparées⁹⁵⁷. Enfin, les garanties d'assurance ne se prêtent absolument pas à l'application de la théorie proposée en matière de cautionnement. S'il est vrai que certaines assurances, destinées à indemniser un créancier à la suite de la défaillance du débiteur, se rapprochent de cette sûreté⁹⁵⁸, la plupart d'entre elles ne prennent appui sur

⁹⁵⁴ Cass. com., 13 décembre 1994, *Magnetti*, préc. La solution a été constamment réaffirmée depuis.

⁹⁵⁵ V., concernant les lettres d'intention, H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, *Rev. soc.* 1988, p. 398 et s., spéc. p. 404 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 1012. Plus nuancés, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 481 ; D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 298 ; R. BAILLOD, « Les lettres d'intention », *RTD com.* 1992, p. 547 et s. L'originalité du porte-fort d'exécution est en revanche beaucoup plus douteuse, lorsque le garant ne souscrit aucune obligation de faire : c'est notamment le cas lorsque l'obligation principale est de somme d'argent : R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc., n° 7 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 423 et s.

⁹⁵⁶ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 1744.

⁹⁵⁷ L'article 1603 du Code civil est très clair à ce sujet. Si la distinction entre obligations de délivrance et de garantie a pu prêter à discussion, la distinction, même imparfaite, est aujourd'hui rétablie par les juges. V., sur cette question, *supra*, n° 59.

⁹⁵⁸ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., p. 307. Il s'agit principalement de l'assurance crédit et de l'assurance cautionnement. V., sur leur caractère accessoire, L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 124 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 24 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 390 ; P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 25 et s. ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 410 et s.

aucune obligation préalable, tout comme les fonds de garantie et d'indemnisation interviennent souvent en l'absence d'un tel rapport fondamental⁹⁵⁹.

En conséquence, la théorie fondée sur l'identité d'objet, déjà discutée en matière de cautionnement, ne possède aucune vocation à la généralité. Elle ne justifie pas l'affirmation selon laquelle la garantie est de nature accessoire. Il en est de même des propositions tirées de la cause de l'obligation.

B) Définitions fondées sur la cause objective.

251. Rapprochement de la cause objective du cautionnement et de son caractère accessoire. Tout comme les propositions fondées sur l'objet de l'obligation, celles qui s'appuient sur la cause de l'obligation résultent de l'analyse du cautionnement. Une partie de la doctrine estime que la cause objective de l'obligation de la caution doit être recherchée dans la relation principale⁹⁶⁰. Ainsi, le caractère accessoire, qui est un lien entre l'engagement de la caution et celui du débiteur principal, se confond avec la cause objective du cautionnement, à tel point que l'exigence de cette dernière apparaît superfétatoire⁹⁶¹.

Cette analyse trouve un renfort appréciable depuis que la Cour de cassation a situé la cause du cautionnement dans le rapport entre le créancier et le débiteur principal⁹⁶². C'est, admet-elle, le crédit accordé au débiteur principal qui justifie l'engagement de la caution. Dès lors, le lien entre la garantie et l'obligation principale résulte autant de la cause de l'engagement de la caution que du caractère accessoire du cautionnement. Un auteur estime même que le caractère accessoire du cautionnement est fondé sur la notion de cause⁹⁶³.

⁹⁵⁹ Tel est le cas de l'Office national d'indemnisation des accidents médicaux, lorsqu'il intervient à titre principal. Ainsi, si un dommage relève de l'aléa thérapeutique, les conditions de la responsabilité ne sont pas réunies, de sorte que la victime s'adresse directement au fonds sans pouvoir espérer une indemnisation par un autre moyen. V., sur le double rôle de l'ONIAM, A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op. cit.*, n° 5-33 et s. De même, le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante peut intervenir au bénéfice de toute personne victime d'« un préjudice résultant directement d'une exposition à l'amiante sur le territoire de la République française » (Ch. GUETTIER, « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », art. préc., spéc. p. 6.)

⁹⁶⁰ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 66 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, par Y. PICOD, *op. cit.*, n° 29 ; *contra*, D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 444 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 222 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 127 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 46.

⁹⁶¹ Ph. THERY, *op. cit.*, n° 47 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 347 ; J. FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives. Stipulation pour autrui et délégation de créance*, thèse Paris II, 1994, n° 392 ; D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 144 et s.

⁹⁶² Cass. com., 8 novembre 1972, *Bull. civ. IV*, n° 278 ; v. également en ce sens, Cass. com., 16 février 1977, *JCP* 1979, II, 19154, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 17 juillet 1978, *Bull. civ. IV*, n° 200 ; Cass. com., 23 juin 1992, *RJC* 1993, p. 299, note M.-H. MONSERIE ; Cass. com., 10 juillet 2001, *Rev. dr. banc. fin.* 2001, comm. n° 220, obs. D. LEGAIS.

⁹⁶³ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 42. La conception de la cause à laquelle se rattache cet auteur demeure toutefois incertaine et peu définie.

252. Inexactitude du rapprochement entre cause objective et caractère accessoire. Les opposants à cette théorie ont tenté de montrer, pour la réfuter, l'absence de correspondance de domaine entre la cause objective et le caractère accessoire du cautionnement⁹⁶⁴. L'engagement de la caution serait parfois susceptible d'être annulé sur le terrain de l'article 1131 du Code civil, alors que l'engagement est bien accessoire⁹⁶⁵. Cette annulation pourrait au contraire dériver du seul caractère accessoire du cautionnement, sans que l'engagement ne soit dépourvu de cause⁹⁶⁶. Ainsi, la cause et le caractère accessoire du cautionnement, distincts de par leur champ d'application, ne peuvent être assimilés. La cause n'est pas le fondement du caractère accessoire du cautionnement.

De plus, la cause est un fondement trop fragile du caractère accessoire. Classiquement, son rôle reste figé au stade de la formation des contrats, surtout dans les contrats unilatéraux tels que le cautionnement, si bien que sa valeur explicative est trop limitée⁹⁶⁷. Le caractère accessoire du cautionnement ne se limite pas à cette étape de la formation du contrat.

Examinée sous l'angle particulier de la notion de garantie, la notion de cause objective apparaît surtout peu propice à la généralisation. Il est, certes, possible de considérer que les garanties autonomes ont également pour cause objective le contrat de base, pour ensuite fonder leur caractère autonome sur la rupture du lien entre la garantie et sa cause⁹⁶⁸. Cette solution pourrait encore être étendue aux autres garanties personnelles de paiement, notamment la solidarité⁹⁶⁹. Mais une fois encore, la théorie se heurte à l'obstacle infranchissable des sûretés réelles. Accessoires mais exclusives de toute obligation, celles-ci

⁹⁶⁴ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 205 et s.

⁹⁶⁵ Il en est ainsi lorsque le crédit consenti par le créancier au moment de la formation du cautionnement est rompu immédiatement après, révélant l'intention du créancier de disposer d'un deuxième débiteur de premier rang au lieu de bénéficier d'une simple garantie d'un risque. V., sur cette solution, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 100 ; comp. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 656 et s.

⁹⁶⁶ Ainsi, lorsqu'une certification de caution est anéantie, faute de cautionnement principal. En ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 100 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 206. La Cour de cassation décide pourtant le contraire en énonçant que l'obligation de la caution est dépourvue de cause : Cass. com., 19 janvier 1981, *Bull. civ.* IV, n° 30.

⁹⁶⁷ Ph. THERY, *op. cit.*, n° 44 ; M. REMOND-GOUILLOU, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP* 1977, I, 2850, n° 25 ; D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 442.

⁹⁶⁸ P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 170 et s. ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 939 ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 89 ; S. PIEDELIEVRE, *Rép. com. Dalloz, V° Garantie à première demande*, 2008, n° 34 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », art. préc., n° 12 ; M. CONTAMINE-RAYNAUD, « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français », *Études dédiées à R. ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 413 et s., n° 23.

⁹⁶⁹ M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 163 ; comp. A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n° 137 et s. Si ce dernier auteur fonde la solidarité sur la cause, il explique celle-ci par la conjonction des engagements des codébiteurs et non par le crédit octroyé par le créancier.

sont étrangères à la notion de cause. De même, on comprend mal le rôle joué par la cause de l'obligation dans les garanties d'indemnisation : où se trouve la cause de l'obligation de garantie en droit des contrats, ou de l'obligation de réparation due par le responsable du fait d'autrui ? Enfin, les garanties d'assurance dépourvues d'obligation préalable sont difficilement explicables par la notion de cause objective⁹⁷⁰. Tout autant que les théories fondées sur l'objet, celles qui se concentrent sur la cause objective se révèlent inadaptées à la notion de garantie et ne suffisent à expliquer le caractère accessoire de la garantie.

Devant l'impuissance de ces propositions, il est préférable de se tourner vers une optique fonctionnelle de l'accessoire, qui emporte d'ailleurs la grande majorité des suffrages.

§2 : Définitions fonctionnelles de l'accessoire.

253. Utilité de l'accessoire. Les définitions fonctionnelles de l'accessoire sont assez nombreuses. Elles partagent avec les conceptions précédentes le point commun de s'attacher au lien entre accessoire et principal, au lieu de considérer la simple importance quantitative des deux éléments. La proposition la plus répandue, au moins concernant les garanties de paiement, consiste à analyser l'accessoire comme un élément placé au service exclusif de la créance en matière de garantie de paiement (A). Mais d'autres conceptions plus vastes encore sont proposées (B), qui semblent de nature à faciliter la coïncidence entre les notions d'accessoire et de garantie et devront donc être adoptées.

A) Définition fondée sur l'affectation exclusive.

254. Position de M. CABRILLAC. Une place particulière est réservée à la notion d'accessoire en matière de garanties de paiement. En effet, la doctrine désireuse de circonscrire la notion de sûreté, en rejetant dans une catégorie générique des garanties les mécanismes occupant occasionnellement une fonction de garantie, a utilisé pour ce faire le critère de l'accessoire.

Ainsi, dans un article important⁹⁷¹, M. CABRILLAC a érigé en caractéristique principale de l'accessoire l'affectation au service de la créance, c'est-à-dire la finalité de renforcement

⁹⁷⁰ On ne voit pas où pourrait se trouver la cause objective de l'obligation de l'assureur, sinon dans le paiement des primes. V., sur ces relations entre les obligations des parties au contrat, V. NICOLAS, *op. cit.*, n° 158 et s. : le caractère synallagmatique de l'assurance procède de l'obligation de paiement des primes et de celle, conditionnelle, de règlement.

⁹⁷¹ M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc.

de la valeur de la créance ou de facilitation de son recouvrement⁹⁷². L'auteur, jugeant ce critère trop large, a émis l'idée de le circonscrire à l'affectation exclusive au service⁹⁷³. Une technique peut être qualifiée d'accessoire car elle a pour but unique le paiement de la créance principale. En ce sens, la théorie de M. CABRILLAC diffère des propositions précédentes : la notion d'accessoire revêt alors en partie une dimension fonctionnelle.

Ce raisonnement a ensuite servi de support à la distinction généralement opérée entre sûretés et garanties. La notion d'affectation exclusive au paiement permet d'établir une discrimination entre, d'un côté, les sûretés, qui ont pour seule vocation le paiement de la dette principale, et de l'autre les garanties, qui n'occupent cette fonction qu'à l'occasion, parmi d'autres objectifs⁹⁷⁴. Limitée à la notion d'accessoire de la créance, l'analyse n'en a pas moins été adoptée par la quasi-totalité de la doctrine⁹⁷⁵. Elle semble également confirmée par la jurisprudence, tout du moins dans une certaine mesure⁹⁷⁶.

255. Limites théoriques de la notion d'affectation exclusive. Malgré son succès, la définition de l'accessoire à partir de l'affectation exclusive à la créance n'est pas à l'abri de la critique. L'auteur d'une thèse récente relative aux accessoires de la créance⁹⁷⁷ a formulé certaines objections. D'un point de vue strictement méthodologique, il reproche à M. CABRILLAC d'avoir déduit la notion d'accessoire de certains éléments de son régime juridique, plus particulièrement de la transmission de l'accessoire en même temps que le principal⁹⁷⁸. Sur le fond, le critère du service de la créance demeure trop imprécis et peu juridique⁹⁷⁹.

D'autres réserves doivent être ajoutées. Même si elle n'est pas dénuée de pertinence en raison de son caractère fonctionnel, la définition retenue par M. CABRILLAC procède d'une démarche assez arbitraire. Le critère fonctionnel retenu à juste titre par l'auteur devrait nécessairement, selon lui, être corrigé par l'ajout de la condition d'exclusivité de l'affectation.

⁹⁷² M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., spéc. n° 20.

⁹⁷³ M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., spéc. n° 27 et s.

⁹⁷⁴ V. sur cette doctrine, *supra*, n° 83.

⁹⁷⁵ Ph. THERY, *op. cit.*, n° 3 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 21 ; P. CROCQ, *op. cit.*, n° 262 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 2 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 3.

⁹⁷⁶ Cass. com., 15 mars 1988, *Bull. civ.* IV, n° 106, en matière de réserve de propriété. Cet arrêt important, qui reconnaît la qualité d'accessoire à la propriété réservée, se réfère expressément à son affectation exclusive à la créance garantie.

⁹⁷⁷ Ch. JUILLET, *op. cit.*

⁹⁷⁸ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 267.

⁹⁷⁹ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 270. Dans la suite de ses développements, l'auteur reproche également à M. CABRILLAC une contradiction, en raison de la qualité d'accessoire parfois reconnue à l'action en résolution et non à l'action en nullité. Mais la critique, qui ne porte pas véritablement sur la notion d'accessoire telle que dégagée par M. CABRILLAC, s'attache plutôt à sa mise en œuvre ponctuelle. Il ne semble donc pas qu'elle suffise à l'invalider.

Mais on ne voit pas quelle considération juridique impose une telle exclusivité. Au fond, le seul motif en sa faveur est une restriction de la notion de sûreté. Or, nous avons déjà vu l'artifice qu'il y avait à retenir une conception stricte de la notion de sûreté, tout en rejetant dans la catégorie indéfinie des garanties des mécanismes qui produisent le même effet⁹⁸⁰. Le fait qu'un mécanisme ait pour seule et unique fonction la protection du créancier, ou qu'il puisse être utilisé à d'autres fins, ne devrait pas déterminer sa qualification. Cette circonstance importe peu, dès lors que les parties peuvent utiliser d'autres techniques leur permettant d'obtenir un résultat strictement identique. Ainsi, la distinction entre sûretés et garanties apparaît très discutable, tout comme la définition de l'accessoire sur laquelle elle s'appuie.

Par ailleurs, le critère de l'affectation exclusive vise à circonscrire la notion d'accessoire, mais non à expliquer son mécanisme, à l'exception de sa transmission corrélatrice à celle du principal. Si la théorie montre bien le lien entre l'accessoire et le principal, elle peine à rendre compte de son intensité. Ainsi, bien que toutes les sûretés soient par définition accessoires selon M. CABRILLAC, il est aujourd'hui patent que le lien d'accessoire est investi d'une force variable⁹⁸¹. A cet égard, la théorie de l'affectation exclusive de la créance n'explique pas pourquoi, malgré leur caractère accessoire commun inhérent à leur qualification de sûreté, le cautionnement et la garantie autonome voient leur régime gouverné par des solutions parfois opposées, notamment en matière d'opposabilité des exceptions et de transmission.

256. Insuffisance de la théorie de l'affectation exclusive. Ces différentes critiques laissent planer le doute sur l'aptitude du critère de l'affectation exclusive au service de la créance à expliquer le caractère accessoire de la garantie. Ce pressentiment est confirmé par l'étude rapide des différentes catégories de garantie à travers la perspective du service exclusif de la créance.

Les sûretés personnelles se caractérisent, certes, par leur lien accessoire au sens où l'entend M. CABRILLAC. L'affirmation se vérifie surtout lorsque les sûretés présentent un caractère accessoire particulièrement accentué, le principal exemple étant le cautionnement. Mais on ne saurait davantage la récuser lorsqu'elles présentent une plus grande autonomie. L'affectation exclusive de la garantie autonome au service de la créance principale ne fait

⁹⁸⁰ V., *supra*, n° 83.

⁹⁸¹ D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 477 ; Ch. JUILLET, *op. cit.* Selon ce dernier auteur, le régime associé à la notion d'accessoire est adapté, ce qui signifie que la règle de l'accessoire est diversement suivie par les différents accessoires des créances.

aucun doute, car elle n'est pas entièrement dépourvue de lien avec le contrat de base, malgré le caractère propre de la dette du garant⁹⁸². *A fortiori*, l'argument vaut pour toutes les sûretés personnelles. De même, nul ne contestera que les sûretés réelles constituent des accessoires dans ce sens du terme, car les droits réels consentis sur la chose ont pour unique but le paiement du créancier, y compris dans le cadre des propriétés-garanties⁹⁸³.

Cependant, de nombreuses garanties de paiement sont rejetées de la catégorie des accessoires, et donc des sûretés, en raison de la multiplicité de leurs fonctions. L'affectation à la créance n'est alors pas exclusive. Il en est ainsi des mécanismes de droit des obligations sollicités aux fins de garantie, telle la délégation imparfaite⁹⁸⁴, mais aussi du crédit-bail⁹⁸⁵ et des garanties indirectes de paiement, notamment la compensation⁹⁸⁶, la promesse de porte-fort⁹⁸⁷, voire les lettres de confort⁹⁸⁸. Enfin, cette définition de l'accessoire est de toute évidence inadaptée aux garanties du fait d'autrui, qui revêtent une pluralité de fonctions⁹⁸⁹, et

⁹⁸² En témoignent l'article 2321, alinéa 1 du Code civil, aux termes duquel « La garantie autonome est l'engagement par lequel le garant s'oblige, *en considération d'une obligation souscrite par un tiers*, à verser une somme soit à première demande, soit suivant des modalités convenues » (nous soulignons). Par ailleurs, la cause de l'obligation du garant réside dans les rapports entre donneur d'ordre et bénéficiaire : Cass. com., 19 avril 2005, préc.

⁹⁸³ La solution était contestée, le droit de propriété ne pouvant, selon certains, occuper une simple fonction de garantie : v., en ce sens, J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. p. 1. Comp. A. GHOZI, « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D.* 1986, chron. p. 317 et s., spéc. p. 321 et s. : l'auteur dénie la qualification d'accessoire de la réserve de propriété en raison de l'absence de dissociation avec la dette du vendeur. Mais ces thèses ont été récusées par le droit positif : v., concernant la réserve de propriété, Cass. com., 15 mars 1988, *D.* 1988, p. 330, note F. PEROCHON ; *JCP* 1988, II, 15221, n° 14, obs. M. CABRILLAC et M. VIVANT ; *RTD com.* 1988, p. 287, obs. B. BOULOC et J. HEMARD ; *Gaz. Pal.* 1988, I, p. 244, note B. SOINNE. V. également, en ce sens, M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., n° 13. *Adde*, B. SOINNE, « La transmission de la réserve de propriété », *Gaz. Pal.* 1985, doct. p. 287.

⁹⁸⁴ La délégation n'est parfois envisagée comme une sûreté que lorsque le délégué n'est tenu d'aucune dette préexistante envers le délégant. V., notamment, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 531. En présence d'une telle dette, il ne s'agirait que d'une délégation de paiement exclusive de toute sûreté.

⁹⁸⁵ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 587 ; P. CROCQ, *op. cit.*, n° 121 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS par Y. PICOD, *op. cit.*, n° 57-1 ; M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., n° 12 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 298 et s. ; *contra*, Ch. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Etudes dédiées à R. ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 529 et s., n° 37.

⁹⁸⁶ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 32 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 4, implicitement ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 75 ; P. CROCQ, *op. cit.*, n° 277 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 172 et s. ; *contra*, A.-M. TOLEDO, « La compensation conventionnelle », *RTD civ.* 2000, p. 265 et s.

⁹⁸⁷ V., à l'encontre du caractère accessoire de la promesse de porte-fort, L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 325 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 485 ; Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005 ; J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Cass. com., 13 décembre 2005, *RTD civ.* 2006, p. 305 et s.

⁹⁸⁸ H. SYNDET, note préc. sous Cass. com., 21 décembre 1987. La plupart des auteurs acceptent néanmoins la qualification d'accessoire : v. en ce sens, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 481 ; D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 298 ; D. GALLOIS-COCHET, « Garantie autonome et lettre d'intention », *RLDA* mars 2007, p. 68 et s., spéc. p. 70 ; J. DEVEZE, « Aux frontières du cautionnement : lettres d'intention et garanties indépendantes », *JCP E* 1992, *Cah. dr. entr.* n° 2, p. 26 et s., spéc. p. 30.

⁹⁸⁹ V., sur les différentes fonctions de la responsabilité civile, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 2 et s. Selon les auteurs, la responsabilité civile tend non seulement à l'indemnisation

aux garanties d'assurance, qui ne visent même pas toujours au paiement d'une créance⁹⁹⁰. La définition de l'accessoire comme l'affectation exclusive à la créance apparaît donc beaucoup trop restreinte pour vraiment justifier le caractère accessoire de la garantie.

Ces nombreuses objections conduisent à se tourner vers des définitions résolument larges de l'accessoire. Elles seules pourraient justifier l'affirmation selon laquelle les garanties sont accessoires.

B) Définitions fondées sur le but de l'accessoire.

Tout en insistant particulièrement sur la fonction de l'accessoire, plusieurs auteurs ont tenté de le définir beaucoup plus largement que M. CABRILLAC. Plusieurs courants doivent malgré tout être distingués. Tandis que l'un d'eux s'appuie sur la notion de cause-fonction (1), l'autre ne se préoccupe pas d'assigner un fondement technique à l'accessoire et le considère à travers sa seule fonction (2).

1) Définition fondée sur la cause-fonction.

257. Position de M. GRIMAUD. C'est M. GRIMAUD qui, dans sa thèse consacrée au caractère accessoire du cautionnement⁹⁹¹, a avancé cette conception. Selon lui, le caractère accessoire du cautionnement n'est qu'un dogme resté pour l'essentiel inexplicé⁹⁹². L'auteur s'attache donc à démontrer qu'il résulte de la cause catégorique de la garantie, c'est-à-dire des motifs qui ont présidé à sa conclusion⁹⁹³. Cette conception de la cause permettrait, selon certains auteurs, de fournir une explication du rapport singulier unissant la garantie à l'obligation principale⁹⁹⁴.

Le raisonnement de M. GRIMAUD va toutefois plus loin. Tandis que les propositions étudiées précédemment ne se préoccupaient pas d'expliquer les variations du lien accessoire

de la victime, mais également à la sanction du responsable, à la prévention du dommage et au rétablissement de la légalité.

⁹⁹⁰ Il n'est qu'à songer aux assurances de choses, qui ne sont liées qu'accidentellement à une créance de réparation : v., sur cette question, *infra*, n° 284.

⁹⁹¹ D. GRIMAUD, *op. cit.*

⁹⁹² D. GRIMAUD, *op. cit.*, spéc. n° 189 : « Au résultat, l'omniprésence de la règle de l'accessoire est indéniable. Toutefois, et c'est encore un signe particulièrement révélateur du statut dogmatique qu'il comporte, les solutions qui s'en réclament, les justifications qu'il fournit, sont presque toujours vulnérables ». V. également, pour une étude historique du caractère accessoire du cautionnement, D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 20 et s.

⁹⁹³ D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 457.

⁹⁹⁴ V., en faveur d'une telle solution en matière de sûretés personnelles, L. BOYER, *La notion de transaction*, préf. J. MAURY, Sirey, 1947, p. 164 ; P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 172 ; A. PRÜM, *op. cit.*, n° 129 et s. ; D. GRIMAUD, *op. cit.* n° 129 et s.

selon les garanties, l'auteur fournit une explication fondée sur la notion de cause-fonction. Ce terme désigne le but visé par chaque type particulier de garantie⁹⁹⁵. Cela permet, non seulement de définir l'accessoire au regard de sa fonction, mais également de rendre compte des différences de régime entre les différentes garanties personnelles. Chacune d'entre elles se distingue en effet par le régime des exceptions opposables par le garant au bénéficiaire. Pendant que la caution peut opposer la grande majorité des exceptions dont pouvait se prévaloir le débiteur à l'encontre de son créancier, le garant autonome ou le délégué ne peut pratiquement pas se réfugier derrière les vices de la relation principale. Cela s'explique, selon M. GRIMAUD, par la différence de cause-fonction des sûretés personnelles⁹⁹⁶. Toutes doivent certes être qualifiées d'accessoires, dans la mesure où elles ont pour but plus ou moins avoué la satisfaction du créancier. Mais tandis que la cause-fonction du cautionnement est le paiement de l'obligation principale, celle de la garantie autonome doit être trouvée dans la sauvegarde de la sécurité du créancier malgré l'absence de constitution à son profit d'un dépôt de garantie. Le but de la garantie autonome n'exige donc pas un caractère accessoire aussi accentué que dans le cautionnement⁹⁹⁷.

258. Insuffisance de la notion de cause-fonction. Ingénieuse, cette présentation a le mérite de ne pas s'en tenir à une définition arbitraire de l'accessoire. Elle lui fournit un fondement technique tout en ne sous-estimant pas l'importance de la fonction de l'accessoire. En ce sens, elle apparaît comme une synthèse assez heureuse des propositions précédentes. Pourtant, plusieurs critiques ont été émises contre elle.

En premier lieu, la cause catégorique, présentée par M. GRIMAUD comme le fondement général de l'accessoire, n'est pas une notion reconnue par le droit positif⁹⁹⁸. Le lien de corrélation entre cause catégorique et accessoire serait d'ailleurs douteux⁹⁹⁹. L'intensité du caractère accessoire, quant à elle, ne résulterait pas de la différence de fonction entre cautionnement et garantie autonome, car cette dernière, coupée de ses racines du commerce international, n'aurait été introduite en France qu'à titre de substitut au

⁹⁹⁵ D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 473 et s.

⁹⁹⁶ D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 467 et s. ; *adde*, plus généralement, J. ROCHFELD, *op. cit.*, 516 et s. : l'auteur lie étroitement la cause et la fonction du contrat.

⁹⁹⁷ D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 477.

⁹⁹⁸ F. JACOB, *op. cit.*, n° 292 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 218 ; et, plus généralement, J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993, n° 835.

⁹⁹⁹ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 219 et s.

cautionnement¹⁰⁰⁰. Ces deux mécanismes étant unis par une même fonction, leur cause-fonction devrait être identique¹⁰⁰¹.

Le principal argument s'opposant à la théorie de M. GRIMAUD demeure cependant l'impossibilité d'une généralisation de la notion de cause. La cause est propre aux obligations. Or, toutes les garanties ne reposent pas sur le mécanisme d'une obligation¹⁰⁰². Il est notamment impossible d'affirmer, sans déformer les concepts, que les sûretés réelles ont pour cause la satisfaction du créancier. Par ailleurs, la théorie ne s'attache, comme la plupart, qu'aux sûretés personnelles, catégorie des garanties de paiement. Qu'en est-il des garanties d'assurance qui ne supposent aucune obligation initiale ? Rien dans les développements de M. GRIMAUD ne permet de répondre à cette question.

D'autres propositions, qui s'appuient sur la seule fonction de l'accessoire et non sur des concepts tels que la cause catégorique et la cause-fonction, pourraient remédier à ces inconvénients.

2) Définitions fondées sur l'identité de fonction de l'accessoire et du principal.

259. Position de M. GOUBEAUX. M. GOUBEAUX a construit une étude générale de la notion d'accessoire¹⁰⁰³. Pour cela, il a tout d'abord constaté que l'accessoire devait moins être apprécié d'un strict point de vue quantitatif qu'au regard de son lien avec le principal. En effet, énonce-t-il, ces deux éléments sont davantage complémentaires qu'opposés¹⁰⁰⁴. Observant plus spécifiquement le lien les unissant, il distingue deux situations. Dans certains cas, la relation d'accessoire procède d'une communauté d'intérêts entre les éléments accessoire et principal. L'unique raison d'être de l'accessoire est le renforcement du principal en vue de sa réalisation. L'accessoire, tout en se trouvant dans une certaine dépendance du principal, participe au même but. Dans cette situation, le rapport accessoire est fondé sur l'affectation¹⁰⁰⁵.

L'autre lien d'accessoire est celui qui repose sur la production. L'exemple typique est celui des fruits de la chose frugifère. Ce n'est pas ici une identité de fonction qui explique le

¹⁰⁰⁰ Ch. JUILLET, *op cit.*, n° 223 ; *contra*, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 317.

¹⁰⁰¹ Ch. JUILLET, *op cit.*, n° 224.

¹⁰⁰² V. *supra*, n° 160.

¹⁰⁰³ G. GOUBEAUX, *op. cit.*

¹⁰⁰⁴ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 18.

¹⁰⁰⁵ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 20.

lien particulier entre les deux éléments, mais la dépendance matérielle de l'accessoire envers le principal, sans lequel il ne pourrait exister¹⁰⁰⁶.

S'agissant de garanties, l'accessoire par production doit être laissé de côté. Aucun cas de garantie ne vient à l'esprit, dans lequel un lien matériel unirait l'accessoire et le principal. L'accessoire par affectation, en revanche, pourrait expliquer le rapport entre la garantie et l'intérêt protégé. En effet, l'accessoire serait une notion fonctionnelle reposant sur la recherche du but visé par l'accessoire dans ses rapports avec le principal. Cela ne manque pas de rappeler l'analyse retenue de la garantie.

260. Position de M. JUILLET. Cette définition résolument finaliste de l'accessoire a été récemment reprise par M. JUILLET, concernant plus spécifiquement les accessoires des créances. L'auteur, dont la réflexion porte sur les seuls accessoires par affectation et non par production¹⁰⁰⁷, les définit comme les mécanismes renforçant le principal afin d'atteindre son but¹⁰⁰⁸. Ici, l'objectif est donc le paiement de la créance, de l'obligation principale. Plusieurs enseignements ressortent de son analyse. D'abord, l'accessoire et le principal revêtent une identité de nature, si bien que l'accessoire d'un droit de créance ne peut être qu'un droit¹⁰⁰⁹. Si, ensuite, ils sont unis par un lien de nature fonctionnelle, une certaine différenciation entre eux doit nécessairement intervenir¹⁰¹⁰. En conséquence, la qualification d'accessoire n'entraîne pas automatiquement l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*. C'est une chose que deux éléments soient liés par un lien d'accessoire, c'en est une autre qu'ils suivent la règle de l'accessoire¹⁰¹¹. Autrement dit, la notion d'accessoire intervient à deux niveaux différents. Dans une conception large, destinée à rechercher quels mécanismes constituent des accessoires, il s'agit des techniques de renforcement d'une obligation. Dans un sens plus technique, c'est le fait, pour un accessoire, de répondre à un régime juridique identique à celui du principal. Les deux ne sont pas nécessairement liés, de sorte qu'on ne saurait s'étonner, par exemple, qu'une garantie autonome soit qualifiée d'accessoire de la

¹⁰⁰⁶ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 21 et s.

¹⁰⁰⁷ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 5. Les accessoires par production de la créance, qui renvoient quant à eux aux intérêts, obéissent à une problématique bien différente.

¹⁰⁰⁸ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 278 et s., spéc. n° 283 : « (...) l'accessoire de la créance peut donc être défini comme un droit supplémentaire au droit de créance destiné à prémunir le créancier contre la défaillance de son débiteur. »

¹⁰⁰⁹ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 90 et s.

¹⁰¹⁰ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 20 et s. V. également, en ce sens, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 121 ; G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 23. Cela permet d'exclure de la catégorie des accessoires le droit de gage général et les prérogatives qui lui sont associées, telles les actions oblique et paulienne.

¹⁰¹¹ Ch. JUILLET, *op. cit.*, particulièrement n° 17 : en effet, on ne saurait déduire la qualification d'accessoire du régime juridique, notamment de l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*.

créance. Elle vise, certes, à renforcer les chances du créancier d'obtenir le paiement de la créance, mais elle n'obéit guère à la règle de l'accessoire au sens technique.

261. Avantages de la notion fonctionnelle d'accessoire. Cette conception de l'accessoire présente le mérite d'expliquer le lien particulier entre l'accessoire et le principal sans l'enfermer dans le cadre trop étroit d'un procédé technique. Elle réduit aussi le paradoxe qui git dans les suretés autonomes, déclarées accessoires de la créance alors que tout dans leur régime juridique plaide pour la qualification inverse. Elle est surtout potentiellement utile dans l'optique d'une étude du caractère accessoire de la garantie. La définition retenue par M. JUILLET est donc, de toute évidence, très proche de celle de la garantie. Chacune de ces deux notions se caractérise par sa fonction de protection du créancier. Tant la garantie que l'accessoire renforcent ses chances d'obtenir le paiement. Certaines différences apparaissent certes dans les développements de l'auteur. Il considère que si tout accessoire est une garantie, l'inverse n'est pas vrai¹⁰¹². Au fil de son raisonnement, il récuse la qualification de garantie pour des mécanismes tels que la solidarité¹⁰¹³, la compensation¹⁰¹⁴ ou la délégation imparfaite¹⁰¹⁵. Par ailleurs, son étude se limite aux seuls accessoires de la créance, ce qui laisse subsister des interrogations sur son aptitude à être transposée au-delà des garanties de paiement. Pour autant, sa définition de l'accessoire est celle qui rend le plus probable un rapprochement entre les deux notions. Il est donc souhaitable d'en faire le point de départ d'une démonstration du caractère accessoire de la garantie.

262. Conclusion de la Section 1. La notion d'accessoire a fait l'objet de nombreuses propositions doctrinales, échafaudées à partir de la polysémie de ce terme. Mais ici, l'essentiel est de découvrir si l'une de ces définitions peut justifier l'assertion selon laquelle les garanties sont accessoires.

A cet égard, la plupart des théories proposées se révèlent infructueuses. Le sens le plus commun de l'accessoire, c'est-à-dire le caractère négligeable d'un élément, qui justifie son exclusion, ne permet en aucun cas de parvenir à ce résultat. Il serait absurde d'affirmer que la garantie présente un caractère subalterne expliquant que ses règles doivent être absorbées par le principal.

¹⁰¹² Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 284. L'auteur mentionne notamment la solidarité passive, instrument de garantie qui ne présente pas de caractère accessoire selon lui.

¹⁰¹³ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 38 et s.

¹⁰¹⁴ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 172 et s.

¹⁰¹⁵ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 293 et s. Un lien d'accessoire naît certes de la délégation, mais c'est le droit du délégataire contre le délégant qui devient accessoire, le principal étant sa créance nouvelle contre le délégué.

Les théories reposant sur la reconnaissance d'un lien entre accessoire et principal, et l'explication de ce lien, sont *a priori* plus satisfaisantes. Mais leur application ne saurait convaincre entièrement de ce que la garantie est un accessoire par nature. Certaines d'entre elles encourent la critique en ce qu'elles empruntent des mécanismes rendant impossible leur systématisation. L'explication généralement retenue de l'accessoire, qui se fonde sur le service exclusif de la créance, est cantonnée au domaine des garanties de paiement. Elle encourt la critique du fait de la méthode suivie et vise principalement à exclure certaines garanties de paiement de la catégorie des sûretés en les privant de la qualification d'accessoire.

En fin de compte, seule une conception finaliste de l'accessoire permettrait, au-delà de ses mérites intrinsèques, de vérifier si les garanties présentent systématiquement un caractère accessoire. Proche de la conception que nous avons adoptée de la garantie, ce critère de définition de l'accessoire met en évidence son rapprochement avec elle. Si un élément est étroitement lié à un autre et sert à l'accomplissement de son but, il est compréhensible qu'il le suive en cas d'extinction ou de transmission. Il deviendrait inutile dans le cas contraire. Il reste à déterminer si l'adoption de ce critère finaliste a pour effet d'introduire toutes les garanties dans la catégorie des accessoires. Ses partisans ne semblent pas de cet avis concernant les garanties de paiement¹⁰¹⁶, ce qui peut prêter à discussion. Une étude plus étendue leur donne raison : toutes les garanties ne sont pas accessoires.

Section 2 : Application à la garantie de la notion d'accessoire.

263. Proximité des notions d'accessoire et de garantie. La conception fonctionnelle de l'accessoire constitue la meilleure épreuve possible du caractère accessoire des garanties. Elle n'encourt pas les mêmes critiques que les autres définitions de l'accessoire, car elle ne l'enserme pas dans un carcan de règles de nature à interdire sa généralisation. Non seulement ses avantages sont en eux-mêmes indéniables, mais elle repose de surcroît sur un critère de définition voisin de celui de la garantie : la fonction de protection d'un intérêt, qui sera parfois la valeur d'une créance.

Toutes les conditions sont donc réunies pour que soit reconnu le caractère accessoire de la garantie. Mais encore faut-il que la définition de l'accessoire convienne à toutes les garanties. Pour cela, une étude successive des différentes catégories de garanties est

¹⁰¹⁶ Ch. JUILLET, *op. cit.*, spéc. n° 38 et s. s'agissant de la solidarité ; n° 293 et s. concernant la délégation imparfaite, entre autres exemples de garanties ne présentant pas, selon l'auteur, un caractère accessoire.

nécessaire. Concernant les garanties de paiement, la qualification d'accessoire, quoique contestée dans certains cas, demeure encore envisageable (§1). Il en est de même des garanties d'indemnisation (§2). Mais l'indépendance des garanties d'assurance par rapport à une quelconque obligation préexistante s'oppose à ce qu'elles puissent être qualifiées d'accessoire (§3). En conséquence, le caractère accessoire des garanties se révèle, au moins partiellement, injustifié.

§1 : Caractère accessoire des garanties de paiement.

Parmi les garanties de paiement, certaines sont unanimement qualifiées d'accessoires, par application du critère de l'affectation exclusive au service de la créance employé par la doctrine majoritaire. Cette solution ne devrait être modifiée par l'adoption du critère fonctionnel de définition de l'accessoire. Mais d'autres mécanismes suscitent davantage de discussion : malgré leur qualification de sûretés, qui tend à démontrer leur caractère accessoire, elles paraissent autonomes de l'obligation principale en raison d'une diversité d'objet des obligations. Pour résoudre ce paradoxe apparent, il convient de distinguer, au sein des garanties personnelles, celles qui instaurent un droit personnel supplémentaire au profit du créancier en vue du paiement (A), de celles qui reposent sur un droit réel (B), et de celles enfin qui facilitent indirectement l'exécution de l'obligation principale (C). Pour chacune de ces catégories, certains mécanismes donnent lieu à une incertitude, puisque leur qualification d'accessoire est vivement contestée.

A) Caractère accessoire des garanties personnelles de paiement.

264. Caractère accessoire du cautionnement. Certaines garanties ne prêtent nullement à discussion. Tel est le cas du cautionnement, dont le caractère accessoire est proclamé unanimement. Son caractère accessoire est d'autant plus évident que les discussions sur la notion d'accessoire se sont souvent concentrées sur lui¹⁰¹⁷. Il apparaît même, à première vue, subsidiaire, c'est-à-dire qu'il ne peut être mis en œuvre qu'une fois établie la défaillance du

¹⁰¹⁷ V., pour ne s'en tenir qu'aux ouvrages généraux relatifs aux sûretés personnelles, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 47 et s. ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 30 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 77 ; D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 59 et s. ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 121 et s. ; et pour une étude d'ensemble, D. GRIMAUD, *op. cit.*

débiteur principal¹⁰¹⁸. Si cette dernière affirmation mérite d'être nuancée¹⁰¹⁹, elle n'en est pas moins révélatrice du lien renforcé de dépendance caractérisant le cautionnement. Sa définition même par l'article 2228 du Code civil, qui fait référence au paiement de la dette du débiteur par la caution, montre d'emblée sa vocation à figurer parmi les accessoires fonctionnels de la créance. Logiquement, l'article 1692 du Code civil le mentionne au titre des accessoires transmis avec la créance au cessionnaire.

265. Caractère accessoire des sûretés non accessoires. A en croire leur dénomination, les sûretés non accessoires, c'est-à-dire autres que le cautionnement, ne devraient pas appartenir aux accessoires de la créance principale. La dette du garant a un objet différent de celle du débiteur, et le lien entre ces deux obligations est rompu. Pourtant, ces conclusions sont trop hâtives. L'autonomie du régime de la garantie ne préjuge en rien de son absence de caractère accessoire, car il est nécessaire de distinguer la notion d'accessoire et l'application de la règle technique de l'accessoire. Pour décider de classer une garantie parmi les accessoires de la créance, il convient uniquement de vérifier si elle tend à renforcer l'obligation principale et aider le créancier à obtenir son but, c'est-à-dire le paiement de la créance. L'application de cette méthode conduit à classer toutes les garanties personnelles de paiement parmi les accessoires de la créance principale, quel que soit le degré d'autonomie de l'obligation du garant par rapport à celle du débiteur principal. Les définitions de l'accessoire et de la garantie coïncident en matière de garanties personnelles. Toutes ces garanties ont pour but le paiement de la créance, car le risque couvert est celui de l'impayé. Cela correspond parfaitement à la définition retenue de l'accessoire.

En conséquence, la garantie autonome doit également, en dépit de sa dénomination, être classée dans cette catégorie¹⁰²⁰. Elle a indéniablement pour but de renforcer l'efficacité de la créance principale, quand bien même elle serait en partie coupée de ce but par

¹⁰¹⁸ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 183 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 233.

¹⁰¹⁹ Le bénéfice de discussion offert à la caution n'est pour elle qu'une faculté, qui ne figure du reste que dans le cautionnement simple, si bien que la subsidiarité n'est qu'une apparence : v., en ce sens, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 45 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 77 ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 60 ; P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 3.

¹⁰²⁰ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 332 et s. : « (...) ne pas être accessoire ne signifie pas ne pas être un accessoire ». La qualité d'accessoire de la garantie autonome est d'ailleurs incontestée, tous les auteurs la classant parmi les sûretés personnelles.

l'inopposabilité des exceptions¹⁰²¹. Son autonomie apparente n'entre pas en contradiction avec son caractère accessoire, en dépit des apparences, car un lien fonctionnel subsiste entre la garantie et le contrat de base. Le même raisonnement doit être tenu s'agissant du constitut, malgré les dénégations du principal promoteur de cette sûreté¹⁰²², car c'est la dette principale que le constituant s'engage à payer, même s'il se voit refuser la possibilité d'invoquer les exceptions dont pourrait se prévaloir le débiteur principal. En toute hypothèse, cette sûreté est consentie dans le but de renforcer l'efficacité du principal, c'est-à-dire d'augmenter les chances du créancier de voir sa créance payée¹⁰²³. D'autres garanties, toutefois, prêtent davantage à discussion, ce qui invite à s'interroger sur l'unité des garanties de paiement au regard de la notion d'accessoire.

266. Obstacles à la qualification d'accessoire de la délégation imparfaite. Les mécanismes de droit commun des obligations détournés aux fins de garantie se voient souvent dénier la qualification de sûretés, parce qu'ils ne répondent pas au critère de l'affectation exclusive au service de la créance. L'action directe, certes, relève de la catégorie des accessoires, car sa raison d'être est de conférer au créancier un droit d'action supplémentaire afin de pallier la défaillance de son propre débiteur¹⁰²⁴. Mais d'autres mécanismes donnent lieu à de nombreuses interrogations. Il en est notamment ainsi de la délégation imparfaite.

Traditionnellement, la délégation imparfaite n'est pas intégrée par la doctrine parmi les sûretés personnelles, faute de présenter un caractère accessoire. L'engagement du délégué n'est pas accessoire, car il n'est pas affecté au service exclusif de la créance du délégataire contre le délégant¹⁰²⁵. Incontestable lorsque, comme l'autorise la jurisprudence¹⁰²⁶, aucun lien

¹⁰²¹ Cette autonomie du régime de la garantie autonome n'est d'ailleurs pas absolue : v., sur cette question, *infra*, n° 297 et 308.

¹⁰²² F. JACOB, *op. cit.*, n° 66 et s. L'auteur parvient à cette conclusion en retenant une définition différente de l'accessoire. Il se fonde sur le caractère propre de la dette du constituant et le strict respect du principe d'effet relatif. Mais il s'agit là de la même conception de l'accessoire que celle menant à dénier le caractère accessoire aux garanties indépendantes. Conception qui doit être récusée en raison de son étroitesse.

¹⁰²³ F. JACOB, *op. cit.*, spéc. n° 47 et s. : l'auteur, malgré son opposition au caractère accessoire du constitut, reconnaît que cette sûreté s'apparente au cautionnement en ce qu'il permet d'assurer une satisfaction au créancier.

¹⁰²⁴ Ch. JAMIN, *op. cit.*, n° 408 ; M. COZIAN, *op. cit.*, n° 329 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 623 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 324 ; plus implicitement, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 334.

¹⁰²⁵ Tel est le cas lorsque le délégué est débiteur d'une obligation préexistante envers le délégant. La principale fonction de la délégation est alors le paiement. Les auteurs considèrent en revanche que la qualification de sûreté est correcte en l'absence d'un tel rapport préalable, en vertu du critère de l'affectation exclusive au paiement de la créance principale. V., en ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 531 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 323 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 487.

¹⁰²⁶ Cass. com., 21 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 225 ; D. 1995, somm. p. 91, obs. L. AYNES ; *Defrénois* 1994, p. 1468, note D. MAZEAUD ; *JCP* 1994, I, 3803, note M. BILLIAU ; *RTD civ.* 1995, p. 113, obs. J. MESTRE.

juridique ne préexiste entre le délégataire et le délégant, l'analyse perd de sa valeur en présence d'un tel rapport¹⁰²⁷. Chacun admet que la délégation occupe alors une fonction de garantie comparable, selon son caractère certain ou incertain, à la garantie autonome ou au cautionnement¹⁰²⁸. Lui dénier la qualification de sûreté au motif qu'elle peut remplir d'autres fonctions que la garantie procède d'une analyse très artificielle et justifiée par la seule volonté de circonscrire la notion de sûreté¹⁰²⁹.

Un autre auteur dénie à l'engagement du délégué la qualification d'accessoire pour une autre raison. Ce n'est pas lui, en effet, qui garantit la créance du délégataire sur le délégant. C'est au contraire la subsistance de l'engagement du délégant qui procure au délégataire une garantie de sa créance nouvelle contre le délégant¹⁰³⁰. Cette affirmation s'appuie sur l'idée selon laquelle une priorité est donnée à l'engagement nouveau et propre du délégué par rapport à l'obligation préexistante, qui se trouve dans sa dépendance. Or les accessoires, en tant que moyens d'accomplir le but du principal, sont voués à une position hiérarchiquement inférieure.

Cette position prend appui sur des arguments solides. Il est vrai que le dénouement naturel de la délégation est le paiement du délégué au délégataire. Si les parties se sont accordées sur cette opération, c'est bien souvent dans un désir de simplification de leurs relations. Le paiement fait par le délégué entre les mains du délégataire dénoue deux relations juridiques préexistantes, celle l'unissant préalablement au délégant et celle qui lie le délégant au délégataire. Dans ces conditions, il est préférable d'accorder une priorité à l'engagement nouveau du délégué¹⁰³¹.

C'est, du reste, ainsi que procède la Cour de cassation. Les juges tranchent à juste titre le conflit entre le délégataire et les créanciers du délégant, tous titulaires de droits concurrents sur le patrimoine du délégué, en faisant primer la créance du délégataire¹⁰³². Cette solution

¹⁰²⁷ Rapport qui existe par hypothèse dans la délégation imparfaite, puisque le délégant reste tenu envers le délégataire. En revanche, la délégation parfaite, ou novatoire, ne saurait appartenir à la catégorie des accessoires de la créance, pas davantage qu'à celle des garanties, faute d'obligation principale.

¹⁰²⁸ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 487 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 323.

¹⁰²⁹ V. *supra*, n° 83. On ne voit pas, en effet, quelles conséquences associer au fait que le délégué paie sa propre dette et ne bénéficie pas, à ce titre, d'un recours contre le délégant.

¹⁰³⁰ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 293 et s.

¹⁰³¹ Ph. SIMLER, « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 295 et s. ; Ch. LARROUMET, note sous Cass. com., 16 avril 1996, *D.* 1996, p. 571 et s., n° 7 ; L. AYNES, obs. sous Cass. com., 16 avril 1996, *D.* 1996, somm. p. 333, qui évoque un « rapport de hiérarchie » entre les créances du délégataire et du délégant.

¹⁰³² Cass. com., 14 février 2006, *Dr. et patr.* juillet-août 2006, p. 95 et s., obs. P. CROCQ ; *RTD civ.* 2006, p. 319, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Rev. dr. banc. fin.* 2006, comm. n° 104, obs. A. CERLES ; *Banque et dr.* mai-juin 2006, p. 74, obs. N. RONTCHEVSKY ; *JCP* 2006, II, 10145, note M. ROUSSILLE ; *JCP E* 2006, p. 1819, note

n'est qu'une traduction de l'idée selon laquelle les parties se sont entendues pour éteindre l'ensemble de leurs relations juridiques préalables par le seul paiement du délégué au délégataire. On comprendrait mal, après avoir donné son accord à ce mode de paiement simplifié, que le délégant y fasse obstacle en poursuivant l'exécution de sa propre créance préexistante¹⁰³³. Ces considérations justifient que cette créance soit paralysée, indisponible et insaisissable jusqu'à l'exécution de la délégation. Les créanciers du délégant ne pouvant se prévaloir de davantage de droits que leur auteur, ils doivent s'incliner face au droit du délégataire. Cela confirme que les créances initiales entre les intervenants, sans pour autant disparaître, occupent une position subsidiaire par rapport à l'engagement du délégué.

267. Caractère accessoire de la délégation imparfaite. Malgré ces arguments de valeur, il n'est pas certain que l'engagement du délégué doive être rejeté de la catégorie des accessoires de la créance. D'abord, certains éléments du régime juridique de la délégation s'opposent à l'infériorité. En effet, on voit mal par quel mécanisme s'opère ce renversement, cette transformation d'une obligation principale du délégant en obligation accessoire. La notion de garantie n'exige pas une subsidiarité de la garantie par rapport à l'obligation principale. La seule exigence est celle d'un renforcement des chances, pour le créancier, d'obtenir la satisfaction envisagée d'une obligation préalablement née ou déterminée. On peut raisonnablement penser que l'engagement du délégué remplit ces critères, car il renforce les droits du délégataire, tirés de l'engagement antérieur du délégant. Lorsque les parties s'accordent pour recourir à la délégation aux fins de garantie, le délégataire a dans l'idée d'améliorer sa position au regard de la situation antérieure, dans laquelle il dispose de sa seule créance contre le délégant. Même s'il passe au second plan par la suite, c'est cet engagement préalable qui est renforcé par la garantie et peut être considéré comme principal. Un tel raisonnement permet de préserver le caractère accessoire de l'obligation du délégué. Il apparaît d'autant plus logique que la délégation imparfaite s'apparente, selon les cas, soit au cautionnement, soit à la garantie indépendante¹⁰³⁴, et qu'elle suit logiquement le même schéma.

Ch. LACHIEZE ; *Dr. et patr.* octobre 2006, p. 95, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK. V., déjà, Cass. com., 16 avril 1996, *Bull. civ.* IV, n° 120 ; *D.* 1996, somm., p. 333, obs. L. AYNES ; *ibid.*, p. 571, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 1997, p. 132, obs. J. MESTRE ; *contra* Cass. com., 29 avril 2002, *Bull. civ.* IV, n° 72 ; *JCP* 2004, II, 10154, note A.-S. BARTHEZ ; *D.* 2002, p. 2073, note D. HOUTCIEFF ; *Defrénois* 2002, p. 1239, obs. R. LIBCHABER ; *Rev. dr. banc. fin.* 2002, comm. n° 135, obs. A. CERLES.

¹⁰³³ Ph. SIMLER, « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », art. préc., spéc. p. 305 et s.

¹⁰³⁴ V. *supra*, n° 108.

268. Obstacles à la qualification d'accessoire de la solidarité passive. La solidarité est un autre mécanisme dont la qualification d'accessoire est contestée. Pour comprendre cette position, il faut se référer à l'idée selon laquelle l'accessoire doit comporter un minimum d'originalité au regard de la créance garantie¹⁰³⁵. C'est la raison pour laquelle sont exclues de cette catégorie les prérogatives inhérentes à la qualité de créancier, telles que le droit de gage général, l'action oblique ou l'action paulienne. La solidarité, quant à elle, est caractérisée par l'unité de dette et la pluralité de liens obligatoires¹⁰³⁶. Elle ne satisfait donc pas l'exigence de l'adjonction d'un élément supplémentaire, suffisamment indépendant de la dette principale¹⁰³⁷.

Pourtant, la solidarité doit être considérée comme une garantie, au même titre que l'obligation *in solidum* et l'indivisibilité, qui partagent avec elle plusieurs effets¹⁰³⁸. En procurant au créancier une pluralité de débiteurs, tous susceptibles de payer la totalité de la dette avant de supporter l'éventuelle insolvabilité de l'un d'eux, ces mécanismes lui octroient un avantage dérogatoire au droit commun. Faut-il en conclure qu'ils constituent des garanties non accessoires ? Dans ce cas, il serait possible de conclure que si tous les accessoires sont des garanties, toutes les garanties ne sont pas accessoires.

Le régime juridique de la solidarité aurait pu fournir un argument contraire à cette thèse. Normalement, la solidarité naît¹⁰³⁹, se transmet¹⁰⁴⁰ et s'éteint en même temps que la créance garantie. Que la garantie suive l'obligation principale pourrait être un indice non négligeable de la qualité d'accessoire. Toutefois, cette considération est en soi insuffisante. Elle révèle simplement que la solidarité est gouvernée par la règle de l'accessoire parce qu'elle est inhérente à l'obligation, mais non qu'il s'agit d'un accessoire¹⁰⁴¹. Autrement dit, il est impossible de déduire du régime juridique de la solidarité sa nature d'accessoire.

¹⁰³⁵ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 22 et s. ; *adde*, G. GOUBEUX, *op. cit.*, n° 23. Comme l'énonce ce dernier auteur, « ni séparation, ni absorption, c'est une situation intermédiaire qui correspond exactement à l'image qu'évoque le vocable « accessoire » » ; v. également, en ce sens, P. CROCQ, *op. cit.*, n° 121 ; C. HOUIN-BRESSAND, *op. cit.*, n° 186.

¹⁰³⁶ F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1253 et s. ; M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 510 ; V. toutefois, pour une critique de cette assertion, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 114 et s. ; A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n° 138 et s.

¹⁰³⁷ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 38.

¹⁰³⁸ V. *supra*, n° 109.

¹⁰³⁹ V. sur l'impossibilité de s'engager en tant que codébiteur solidaire non intéressé à la dette par acte séparé postérieur à la naissance de l'obligation garantie, M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 76 et s.

¹⁰⁴⁰ Du moins lorsque la créance est transférée par cession ou subrogation. V., sur la question de cette transmission, *infra*, n° 331.

¹⁰⁴¹ La distinction doit être faite entre la notion d'accessoire et la règle de l'accessoire : v., sur ce point, Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 14 : « l'apparence du caractère accessoire ou le caractère autonome d'un élément ne sauraient servir d'instruments dans la recherche de la notion d'accessoire de la créance ». L'application de l'adage *accessorium sequitur principale* constitue cependant un indice non négligeable en faveur de la

269. Caractère accessoire de la solidarité passive. Pour autant, il est permis de s'interroger sur l'affirmation selon laquelle l'accessoire doit présenter une différenciation suffisante avec la créance principale. Une telle condition est évidemment nécessaire : ce qui fait partie de la créance elle-même n'a nul besoin d'être qualifié d'accessoire. De plus, la notion même d'accessoire suppose un lien entre deux éléments complémentaires. Mais la solidarité comporte un tel élément, car la faculté offerte au créancier de s'adresser pour le tout à l'un ou l'autre des débiteurs demeure dérogatoire¹⁰⁴². Il est alors difficile d'affirmer que la solidarité est inhérente à l'obligation. Toute obligation n'est pas solidaire en présence d'une pluralité de débiteurs, une stipulation expresse est au contraire requise pour que le créancier se voie accorder le droit de demander le paiement du tout à l'un ou l'autre de ses débiteurs¹⁰⁴³. La solidarité apporte donc un élément supplémentaire à l'obligation : un droit d'action étendu au profit du créancier¹⁰⁴⁴. C'est d'autant plus le cas concernant l'obligation *in solidum*, qui repose moins sur l'unité de dette que sur la volonté de procurer une garantie à la victime d'un dommage¹⁰⁴⁵. Apparaît d'autant plus nettement la fonction de renforcement du principal, caractéristique de l'accessoire.

Comme pour la délégation, il est toujours possible d'apporter une justification au caractère accessoire de la garantie. Il semble donc, en dépit des contestations auxquelles donne lieu cette affirmation, que les garanties personnelles de paiement soient accessoires, l'élément principal résidant dans la dette garantie.

qualification d'accessoire. On voit mal comment un élément pourrait suivre un autre sans en constituer un accessoire.

¹⁰⁴² V. cependant, A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n° 362 et s. L'auteur conteste la présentation habituelle et réunit obligation au tout et obligation conjointe. Mais cette théorie, qui nécessite l'adoption d'une conception dualiste de l'obligation, se heurte pour l'heure au droit positif.

¹⁰⁴³ Le fait que l'obligation puisse être affectée d'une solidarité imparfaite en dehors d'une telle disposition n'y change rien : l'obligation *in solidum* est également cantonnée par la jurisprudence, même si son domaine est assez large : v., sur ce point, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 420 et s. ; *adde*, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 247 et s.

¹⁰⁴⁴ Comp., concernant l'engagement solidaire non intéressé à la dette, M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 143 et s. L'auteur estime que l'absence de contribution à la dette révèle l'adjonction d'un nouveau débiteur accessoire. Cela lui permet d'intégrer la solidarité dans la catégorie des sûretés.

¹⁰⁴⁵ M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 370 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 411 ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, t. I, *Responsabilité délictuelle*, 5^{ème} éd., Litec, 1996, n° 1129 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, *op. cit.*, n° 171.

B) Caractère accessoire des garanties réelles de paiement.

270. Sûretés réelles accessoires par détermination de la loi. Certaines garanties réelles ne posent aucune difficulté de qualification et font indiscutablement partie des accessoires de la créance. Tel est le cas de certaines sûretés réelles proprement dites, notamment l'hypothèque et les privilèges, mentionnés au titre des accessoires de la créance par l'article 1692 du Code civil. Leur analyse corrobore cette qualification légale, puisqu'elles visent sans nul doute au seul paiement de la créance. Il reste toutefois à déterminer si les autres sûretés réelles, ignorées par l'article 1692, présentent la même qualité.

271. Autres sûretés réelles accessoires. La doctrine apporte une réponse positive à cette question. Les gages avec ou sans dépossession, l'antichrèse et les nantissements ont également la qualité d'accessoire de la créance¹⁰⁴⁶. Leur qualification de sûreté réelle, généralement accordée à raison de leur qualité d'accessoire de la créance principale, en témoigne. Un droit est accordé au créancier, venant renforcer son droit personnel contre le débiteur. Comme en matière de sûretés personnelles, les notions d'accessoire et de garantie coïncident, car elles se réfèrent toutes deux à un mécanisme défini par sa fonction de renforcement d'une créance principale, sans que cette fonction ne soit exclusive.

L'affaiblissement du principe de spécialité des sûretés réelles est-il de nature à remettre en cause ces solutions ? Traditionnellement, l'accessoire est étroitement lié à ce principe, selon lequel une sûreté réelle est nécessairement affectée au paiement d'une créance précise, et qui requiert donc une détermination assez nette de cette créance principale¹⁰⁴⁷. Mais des assouplissements significatifs sont aujourd'hui admis. Outre celui, traditionnel, opéré par le législateur lorsqu'il prévoit des privilèges garantissant des créances indéterminées¹⁰⁴⁸, ils concernent des sûretés telles que le gage, l'hypothèque ou le nantissement, qui peuvent porter sur des créances futures, pourvu qu'elles soient déterminables¹⁰⁴⁹. La réforme des sûretés du 23 mars 2006 donne même la possibilité au

¹⁰⁴⁶ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 339 et s.

¹⁰⁴⁷ On retrouve ces exigences dans les textes issus de la réforme des sûretés du 23 mars 2006 : les articles 2336 et 2421 du Code civil prévoient que l'écrit comporte la cause de la créance principale et la désignation de la dette garantie pour le gage et l'hypothèque de dette future.

¹⁰⁴⁸ V., par exemple, le privilège du bailleur, qui couvre toutes les créances nées de l'exécution du bail, en vertu de l'article 2332 du Code civil.

¹⁰⁴⁹ V. respectivement, pour ces sûretés réelles, les articles 2333, 2421 et 2355 du Code civil.

débiteur de faire survivre une hypothèque à l'extinction de la créance principale en la reportant sur des créances autres que celles qui apparaissent dans l'acte constitutif¹⁰⁵⁰.

Mais cette évolution n'est pas en mesure de porter atteinte à la qualification d'accessoire de l'hypothèque et des sûretés réelles en général. Outre qu'elles sont parfois accessoires par détermination de la loi, leur évolution rappelle celle qu'a connue le cautionnement, dont le caractère accessoire est incontesté. Non seulement le garant peut couvrir une dette future, sous réserve d'une suffisante déterminabilité, mais il peut également faire porter sa protection sur un ensemble de dettes futures. Pourtant, la garantie demeure accessoire car elle vient aider au paiement de la créance principale, laquelle peut être définie en elle-même ou à travers une période de temps. L'instauration d'une phase de couverture vise à la détermination du principal¹⁰⁵¹. Ce mécanisme, utilisé en matière de sûretés réelles¹⁰⁵² comme de cautionnement, ne remet pas véritablement en cause l'exigence de détermination de la créance garantie ni, en conséquence, le caractère accessoire des sûretés réelles. Celles-ci couvrent un certain nombre de dettes principales présentant un degré suffisant de déterminabilité, jusqu'à l'issue de la phase de couverture.

272. Affirmation récente du caractère accessoire des garanties fondées sur la propriété.

Si ces sûretés réelles traditionnelles ont toujours été considérées comme des accessoires de la créance, il n'en est pas ainsi des garanties réelles reposant sur le droit de propriété. Ainsi, d'aucuns récusent la transmission à titre accessoire de la clause de réserve de propriété¹⁰⁵³. Les différents arguments présentés ont pourtant été repoussés par la jurisprudence¹⁰⁵⁴ et le législateur¹⁰⁵⁵, qui ont consacré le caractère accessoire de la clause de réserve de propriété. La

¹⁰⁵⁰ V., sur cette nouvelle figure, Ph. THERY, « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et patr.* mai 2007, p. 42 ; l'auteur estime que l'hypothèque n'est pas accessoire. V. également M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *D.* 2006, p. 1294 ; J.-D. PELLIER, « Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable », *LPA* 17 janvier 2008, p. 3 et s. : l'auteur évoque une « distension des principes de spécialité et d'accessoriété de l'hypothèque quant à la créance garantie ».

¹⁰⁵¹ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 468.

¹⁰⁵² La présence de cette période de couverture n'est d'ailleurs pas propre à l'hypothèque rechargeable, puisque l'article 2423, alinéa 3 du Code civil rend compte de la dissociation entre elle et la phase de règlement.

¹⁰⁵³ J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », art. préc. spéc. n° 36 et s. ; A. GHOZI, « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », art. préc., spéc. p. 320 et s. Comp. B. SOINNE, « La transmission de la réserve de propriété », art. préc., spéc. p. 290 ; *contra* J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, préf. P. KAYSER, LGDJ, 1979, n° 498 ; M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., spéc. n° 27 ; Ch. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », art. préc., spéc. n° 32, 37 et 37.

¹⁰⁵⁴ Cass. com., 23 janvier 2001, *D.* 2001, p. 702, obs. A. LIENHARD ; *Rev. dr. banc. fin.* 2001, comm. n° 161, obs. D. LEGEAIS ; *RTD civ.* 2001, p. 399, obs. P. CROCO ; *JCP E* 2001, p. 755, obs. M.C. V. déjà Cass. com., 15 mars 1988, *Gaz. Pal.* 1988, I, p. 244, note B. SOINNE ; *D.* 1988, p. 330, note F. PEROCHON ; *RTD com* 1988, p. 287, obs. B. BOULOC et J. HEMARD.

¹⁰⁵⁵ Article 2367, alinéa 2 du Code civil, issu de l'ordonnance du 23 mars 2006 qui a réformé le droit des sûretés.

qualification de sûreté de cette clause, aujourd'hui difficilement contestable¹⁰⁵⁶, clôt définitivement le débat.

De même, les aliénations fiduciaires appartiennent à la catégorie des accessoires de la créance. Qu'il s'agisse d'une fiducie ou d'une cession de créances professionnelles par bordereau selon les modalités prévues par la loi du 2 janvier 1981, la solution apparaît clairement. Un droit sur la valeur de la chose est accordé au créancier, qui peut définitivement acquérir la propriété une fois la défaillance du débiteur consommée¹⁰⁵⁷. La propriété est bien utilisée dans l'objectif de prémunir le créancier contre l'impayé. Destinée à renforcer l'obligation principale, elle appartient à la fois aux garanties et aux accessoires de la créance.

273. Obstacles au caractère accessoire du crédit-bail. Résolues s'agissant de la réserve de propriété et des aliénations fiduciaires, les difficultés se sont ensuite reportées sur le crédit-bail. Ce mécanisme complexe fait appel à la propriété, de façon à garantir au crédit-bailleur le paiement des loyers. En cas de difficultés de son cocontractant, le crédit-bailleur peut utiliser l'action en revendication inhérente à son droit de propriété pour échapper au concours des autres créanciers. Le mécanisme appartient à la catégorie des garanties, mais sa qualification d'accessoire est vivement contestée¹⁰⁵⁸. La Cour de cassation a pourtant admis le transfert de la propriété par la voie de la subrogation¹⁰⁵⁹, ce qui laisse présager qu'elle la tient pour un accessoire de la créance de loyers du crédit-bailleur. Mais à l'encontre de cette solution, on fait valoir que le paiement des loyers ne transfère pas la propriété de la chose. Celle-ci a en effet vocation à rester dans le patrimoine du créancier à l'issue de la période irrévocable, peu important à cet égard que le débiteur soit défaillant ou non. La propriété n'est donc pas un remède juridique au non-paiement : son sort ne dépend pas de la survenance d'un incident de paiement. Pour que la qualification d'accessoire soit retenue, il faudrait que la propriété,

¹⁰⁵⁶ Les dispositions qui la régissent sont insérées dans le Livre IV du Code civil, consacré aux sûretés.

¹⁰⁵⁷ V. les articles 2371 du Code civil et L. 624-9 du Code de commerce en matière de clause de réserve de propriété ; l'article 2029 en matière de fiducie ; Cass. com., 22 novembre 2005, *D.* 2005, p. 3081, obs. X. DELPECH ; *RTD com.* 2006, p. 169, obs. D. LEGAIS ; *Defrénois* 2006, p. 601, obs. E. SAVAUX ; *D.* 2006, p. 2855, obs. P. CROCQ ; *D.* 2007, p. 760, obs. D. R. MARTIN ; *Banque et dr.* mars 2006, p. 67, obs. Th. BONNEAU ; *Dr. et patr.* septembre 2006, p. 80, obs. J.-P. MATTOU et A. PRÜM ; *JCP E* 2006, n°1569, obs. M. CABRILLAC, s'agissant de la cession Dailly.

¹⁰⁵⁸ M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., n° 12 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS par Y. PICOD, *op. cit.*, n° 57-1 ; P. CROCQ, *op. cit.*, n° 123 ; C. HOUIN-BRESSAND, *op. cit.*, n° 187 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 298 et s. ; plus nuancés : M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 587 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles, op. cit.*, n° 23.

¹⁰⁵⁹ Cass. com., 14 février 1995, *Bull. civ.* IV, n° 41 ; *D.* 1996, p. 218, obs. F. PEROCHON.

temporaire au départ, devienne définitive à la suite de la seule défaillance du débiteur¹⁰⁶⁰. Tel n'est pas le cas dans le crédit-bail : propriété et survenance du risque se trouvent dissociés.

274. Qualification d'accessoire du crédit-bail. Cette vision, cependant, apparaît peu réaliste au regard de l'économie de l'opération. Si le crédit-bail ne transfère pas immédiatement la propriété au crédit-preneur au fur et à mesure des paiements, c'est parce que le contrat est à exécution successive et que le risque du non-paiement subsiste jusqu'à l'issue de la période irrévocable. Le fait que la propriété demeure en principe au créancier à l'issue de la période irrévocable n'est guère probant, car cette propriété n'a plus, ni de contenu, ni même un quelconque intérêt, l'opération de financement du bien étant souvent achevée. L'option ne servira en pratique au débiteur qu'à achever l'amortissement de la chose, pour une somme diminuée par l'usure du bien à ce moment donné¹⁰⁶¹. Au demeurant, on ne peut affirmer que la défaillance du débiteur soit sans effet sur le transfert de propriété définitif. Les contrats de crédit-bail contiennent généralement une clause prévoyant que le débiteur ne pourra exercer son droit d'option à défaut d'avoir réglé l'ensemble des loyers¹⁰⁶².

Même si la méthode employée est quelque peu différente de celle de la propriété réservée, le droit de propriété est utilisé aux mêmes fins dans les deux cas. Le crédit-bailleur n'a aucun intérêt à conserver ou obtenir la propriété, si ce n'est pour garantir le paiement des loyers¹⁰⁶³. Dans une optique finaliste de la notion d'accessoire, on comprend donc mal pourquoi la qualification d'accessoire devrait être admise dans le cadre de la réserve de propriété et niée dans le cadre du crédit-bail, alors que la propriété de la chose est dans les

¹⁰⁶⁰ F. PEROCHON, obs. préc. sous Cass. com., 14 février 1995 ; R.-N. SCHÜTZ, *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, préf. Ph. REMY, PUF, 1994, n° 35.

¹⁰⁶¹ V., sur cette question, M. GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, préf. J. HEMARD, Litec, 1980, n° 491 et s. L'auteur qualifie la propriété du crédit-bailleur de sûreté réelle. Le droit d'option du preneur est en réalité un choix entre le paiement du dernier acompte et la renonciation au droit de jouissance.

¹⁰⁶² Une telle clause est opposable à la procédure collective : Cass. com., 26 novembre 2002, *D.* 2003, p. 122, note P.-M. LE CORRE ; *Act. proc. coll.* 31 janvier 2003, obs. J.-C. BOULAY ; *JCP* 2003, I, 144, n° 11, obs. M. CABRILLAC ; *Dr. proc.* 2003, comm. n° 161, obs. P. CROCQ. V. également les articles L. 621-77, alinéa 3 et L. 621-88, alinéa 4 du Code de commerce, qui prévoient que la levée de l'option ne peut avoir lieu, après l'ouverture d'une procédure collective, si l'intégralité des sommes dues au crédit-bailleur n'a pas été versée ; *adde*, sur l'étendue des sommes à verser au crédit-bailleur, Cass. com., 23 novembre 2004, *Bull. civ.* IV, n° 205 ; *D.* 2005, p. 510, note E. LE CORRE-BROLY : le plafonnement du paiement à la valeur du bien ne s'applique qu'aux sommes dues avant le plan de cession de l'entreprise en difficulté.

¹⁰⁶³ Ch. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », art. préc., n° 37. V. également Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 299 : l'auteur admet que la propriété du crédit-bailleur constitue économiquement un accessoire de la créance de loyers. Mais il parvient à la conclusion inverse en se plaçant d'un point de vue strictement juridique. Les deux sont pourtant liés. La propriété conservée par le crédit-bailleur à l'issue du contrat ne présente strictement aucun intérêt, dans la mesure où il s'agit d'une opération de financement portant sur un bien jusqu'à ce que celui-ci devienne obsolète. Si tel est le cas, la propriété est dépourvue de toute valeur.

deux hypothèses affectée au seul paiement. A cet égard, la similitude économique entre la propriété réservée et la propriété du crédit-bailleur impose des règles identiques concernant la transmission des accessoires par subrogation. La solution de la Cour de cassation doit être approuvée.

275. Affirmation du caractère accessoire de la rétention. Qu'en est-il, enfin, du droit de rétention ? La jurisprudence semble bien le considérer comme un accessoire de la créance, lorsqu'elle permet à la caution de se prévaloir de la perte de la détention par le créancier pour se libérer¹⁰⁶⁴. Cela signifie nécessairement que le droit de rétention est transmissible par subrogation, ce qui induit son caractère accessoire. L'analyse est digne d'approbation. Si le droit de rétention n'est généralement pas considéré comme une sûreté, c'est parce qu'on voit en lui une simple situation de fait¹⁰⁶⁵ ou un terme de la créance de restitution¹⁰⁶⁶. Pourtant, cela importe peu, dès lors que l'on s'attache à sa seule fonction, qui est de pousser le débiteur à s'exécuter¹⁰⁶⁷.

En fin de compte, même si de nombreuses garanties réelles de paiement font l'objet de discussions, il est possible de leur reconnaître un caractère accessoire. Elles rejoignent en cela les garanties personnelles de paiement. Il reste à déterminer le sort, au regard de la notion d'accessoire, des garanties indirectes de paiement.

C) Caractère accessoire des garanties indirectes de paiement.

276. Caractère accessoire des garanties indemnitaires. Les garanties indirectes de paiement sont celles qui préservent le patrimoine du débiteur afin de sauvegarder les chances de paiement du créancier, ainsi que celles qui lui apportent une satisfaction indirecte. On pourrait penser que le caractère médiat de la sécurité procurée au créancier s'oppose à la

¹⁰⁶⁴ Cass. civ., 18 décembre 1844, *DP* 1845, 1, p. 47 ; Cass. Req., 8 février 1909, *S.* 1910, 1, p. 433 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 novembre 1973, *Bull. civ.* I, n° 322 ; Cass. com., 25 novembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 301. Cette solution implique la possibilité pour la caution de bénéficier, par subrogation, du droit de rétention. Il s'agit alors d'un accessoire de la créance.

¹⁰⁶⁵ V., pour une telle conception du droit de rétention, R. LIBCHABER, obs. préc. sous Cass. com., 20 mai 1997 ; Th. REVET, obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, *RTD civ.* 2006, p. 584 et s., spéc. p. 588 ; D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 703.

¹⁰⁶⁶ V., en ce sens, A. AYNES, *op. cit.*, n° 296 et s. ; N. CATALA-FRANJOU, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, p. 9 et s., spéc. n° 3 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 568.

¹⁰⁶⁷ V., en ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 591 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 568 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 443 et s., qui insistent sur le rôle du pouvoir de blocage conféré au créancier ; A. AYNES, *op. cit.*, n° 325 et s. ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 176 et s. Ce dernier auteur s'attache également à démontrer que le droit de rétention, en tant que droit réel, est de nature identique à la créance. Nous avouons ne pas percevoir en quoi cette circonstance devrait procéder de la notion d'accessoire.

qualité d'accessoire : les garanties indemnitaires n'ont pas directement pour objet le paiement de la créance, mais plus exactement la réparation de l'entier préjudice résultant de l'inexécution, voire du démantèlement du patrimoine du débiteur.

Malgré cette objection, de telles techniques font partie des accessoires de la créance. Visant à renforcer les chances du créancier d'obtenir le paiement, il s'agit à la fois d'accessoires de la créance et de garanties, en raison de la correspondance entre ces deux notions. Ainsi, la préservation du patrimoine du débiteur par les sûretés négatives a pour ultime objectif le paiement au créancier qui en bénéficie. Elle n'a d'intérêt que parce qu'elle augmente les chances du créancier d'être payé. Au demeurant, la sanction attachée à la méconnaissance de la sûreté négative est la responsabilité contractuelle, qui nécessite la démonstration d'un préjudice pour le créancier. Un tel préjudice n'existe que s'il ne parvient à recouvrer sa créance¹⁰⁶⁸. Ce n'est donc, finalement, qu'à travers la défaillance du débiteur que la violation de la sûreté négative apparaît et peut être sanctionnée. En conséquence, on voit que la préservation du patrimoine du débiteur, s'il constitue l'objet immédiat de la sûreté, n'est qu'un moyen d'augmenter les chances de paiement, et figure donc parmi les accessoires de la créance¹⁰⁶⁹.

De même, si la lettre de confort n'a pas pour objet direct l'exécution de l'obligation, il est bien évident qu'elle recherche cet objectif, et que la responsabilité contractuelle du confortant n'est qu'un moyen de pallier l'inexécution de l'obligation principale qui en est une condition¹⁰⁷⁰. Le renforcement des chances de paiement du créancier de la filiale est donc l'unique raison d'être de la lettre d'intention. Au regard de ce but, la qualification d'accessoire doit être adoptée¹⁰⁷¹. Il en est de même s'agissant de la promesse de porte-fort. Tandis que la chambre commerciale l'assimile, semble-t-il, au cautionnement¹⁰⁷², tel n'est pas le cas de la première chambre civile, qui la juge au contraire autonome¹⁰⁷³. Mais que l'on

¹⁰⁶⁸ M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 155.

¹⁰⁶⁹ M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 147 et s. ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 306 et s.

¹⁰⁷⁰ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 363 et s. Effectivement, le préjudice, condition de la responsabilité civile, n'existerait pas si l'obligation principale était correctement exécutée.

¹⁰⁷¹ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 481 ; D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 298 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 363 et s.

¹⁰⁷² Cass. com., 13 décembre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 256 ; *JCP E* 2006, 1342, note P. GROSSER ; *Deffrénois* 2006, p. 414, obs. E. SAVAUX ; *Contrats conc. conso.* 2006, n° 63, obs. L. LEVENEUR ; *Banque et dr.* mars-avril 2006, p. 60, obs. N. RONTCHEVSKY ; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 18 décembre 2007, *Banque et dr.* mars-avril 2008, p. 43, obs. N. RONTCHEVSKY.

¹⁰⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *RTD civ.* 2005, p. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Contrats conc. conso.* 2005, n° 81, obs. L. LEVENEUR ; *Dr. et patr.* octobre 2005, p. 104, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. SIMLER.

retienne l'une ou l'autre de ces conceptions¹⁰⁷⁴, ces débats sont de toute façon étrangers à la détermination du caractère accessoire de la promesse. Il convient uniquement de rechercher si le but de la promesse est le renforcement des chances du créancier d'obtenir le paiement de la créance principale. Le mécanisme employé pour cela importe peu. Or, de ce point de vue, la promesse de porte-fort est dotée du même caractère accessoire que les mécanismes précédents. Le préjudice indemnisé par le porte-fort n'apparaît qu'une fois consommée l'inexécution de l'obligation principale. C'est donc le paiement de cette créance qui est garanti. Peu importe, alors, le mécanisme mis en œuvre¹⁰⁷⁵ ou encore le régime de la garantie, car il est nécessaire de distinguer le caractère accessoire et l'application de la règle technique de l'accessoire.

277. Obstacles au caractère accessoire de la compensation. Parmi les garanties indirectes de paiement, c'est donc la compensation qui donne lieu aux difficultés les plus importantes. Ce procédé, qui constitue en toute hypothèse une garantie pour les créanciers réciproques puisqu'il les autorise à ne pas s'exécuter dans l'hypothèse d'un non-paiement tout en échappant au concours des autres créanciers, ne semble pas remplir les critères de l'accessoire selon certains auteurs. Ainsi, la qualification d'accessoire devrait lui être refusée car elle ne confère aucun droit sur la créance du débiteur et aucune action supplémentaire au créancier¹⁰⁷⁶. Que la compensation soit légale ou judiciaire, elle n'opère que du moment où ses conditions d'existence sont réunies, si bien que chacune des créances peut être, par exemple, cédée avant ce moment sans que le créancier ne puisse s'y opposer. La compensation ne peut alors jamais se produire, faute de réciprocité des créances. En cela, même si les effets de la compensation se rapprochent de ceux d'une sûreté réelle, elle ne peut lui être assimilée.

278. Qualification d'accessoire de la compensation. Cette argumentation ne convainc guère. Elle fait peu de cas de la compensation des dettes connexes qui, fondée sur l'étroitesse des liens entre les deux créances, s'opère de plein droit dès la naissance des créances réciproques, chacune d'entre elles étant affectée à la garantie du paiement de l'autre. Dans ce

¹⁰⁷⁴ La plupart des auteurs les renvoient dos à dos en considérant que la promesse est une garantie indemnitaire ni accessoire, ni autonome. V., en ce sens, Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005, N. RONTCHEVSKY, obs. préc. sous Cass. com., 13 décembre 2005 ; P. GROSSER, note préc. sous Cass. com., 13 décembre 2005.

¹⁰⁷⁵ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 365 et s.

¹⁰⁷⁶ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 75 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 627 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 172 et s.

cas de figure, la cession de l'une des créances connexes ne fera pas obstacle à la compensation puisque celle-ci s'est produite auparavant. Le créancier pourra alors se prévaloir de l'exception de compensation, quand bien même la condition de réciprocité des créances aurait cessé d'exister. Les arguments exposés pour dénier la qualification d'accessoire à la compensation perdent alors de leur valeur.

S'agissant des compensations légale et conventionnelle, la question est plus délicate. Effectivement, la compensation ne peut être analysée comme un droit du créancier sur la créance de son débiteur. Elle ne confère aucun droit réel à son bénéficiaire, ce en quoi elle se différencie des sûretés réelles et du droit de rétention. Mais est-il possible d'en déduire l'absence de caractère accessoire ? Il est vrai que la plupart des accessoires des créances ont la nature juridique de droits, tout comme les créances qu'ils accompagnent. Mais ces exemples, qui n'ont aucune valeur absolue, ne sauraient être généralisés.

L'argument tiré de la perte de la compensation si l'une des créances est cédée avant que ses conditions soient réunies, quant à lui, est trop large pour revêtir une quelconque valeur démonstrative. Il est bien évident que la garantie offerte par la compensation a pour point de départ la réunion de ses conditions d'existence. Auparavant, elle n'existe pas, si bien que la créance peut être librement cédée. Mais on peut en dire autant, par exemple, de la garantie procurée par une cession de créances professionnelles par bordereau Dailly. Si l'on se place avant la cession, le créancier ne dispose d'aucun droit sur ces créances. Après, en revanche, elle produit tous ses effets. Le raisonnement est identique pour la compensation. Une fois remplies les conditions de la compensation légale ou conventionnelle, les créances en cause peuvent certes être cédées, mais cette cession ne purge pas l'exception de compensation, dont le créancier pourra se prévaloir s'il est assigné en paiement. Il est donc inexact d'affirmer que le créancier perd tout bénéfice de la compensation en cas de cession de créance. Tout dépend du moment où cette cession intervient. Si elle a lieu avant que la période de garantie ne débute, elle prive le créancier de toute possibilité de s'en prévaloir. Si, au contraire, elle se produit durant la période de garantie, elle ne fait pas disparaître la garantie.

Ainsi, les arguments avancés pour refuser à la compensation la qualification d'accessoire demeurent insuffisants. A l'inverse, le critère finaliste de l'accessoire impose de la classer parmi les accessoires, car elle a pour effet de placer le créancier dans une situation

particulièrement favorable, comparable à celle du créancier muni d'une sûreté sur créance, ce que chacun s'accorde d'ailleurs à penser.

Si la qualification d'accessoire des garanties indirectes, et des garanties de paiement en général, mérite parfois réflexion, il semble que chacune d'entre elles appartienne à cette catégorie. Il en est de même des garanties d'indemnisation.

§2 : Caractère accessoire des garanties d'indemnisation.

279. Lien entre les garanties d'indemnisation et un droit du bénéficiaire. Les garanties d'indemnisation, si elles se distinguent des garanties de paiement par leur but consistant à assurer à la victime d'un certain dommage une indemnisation la plus complète possible, ont pour point commun avec elles de se combiner avec une obligation principale qu'elles viennent compléter et aider à réaliser pleinement. Il s'agit, soit de l'obligation de délivrance résultant d'un contrat de vente, de bail ou d'entreprise, soit d'une obligation d'indemnisation. Il est alors nécessaire de rechercher si elles en constituent l'accessoire. Pour cela, une distinction s'impose entre les garanties du droit des contrats (A) et les responsabilités du fait d'autrui (B).

A) Caractère accessoire des garanties du droit des contrats.

280. Accessoires de l'obligation de délivrance. Le caractère accessoire des garanties légales et conventionnelles du droit des contrats est bien souvent consacré. On a même affirmé qu'il s'agissait d'un accessoire par nature¹⁰⁷⁷. Cette affirmation doit quand même être vérifiée. En particulier, il faut rechercher à quel élément principal viennent se greffer ces garanties en tant qu'accessoires.

Les garanties d'éviction et des vices cachés se caractérisent en grande partie par leur fonction de renforcement de l'obligation principale du contrat, c'est-à-dire l'obligation de délivrance ou l'obligation de procurer la jouissance des lieux¹⁰⁷⁸. En conséquence, leur qualification d'accessoire ne fait aucun doute : elles viennent aider le principal à remplir son but, à atteindre son effet utile, en mettant à la charge du vendeur, du bailleur ou du

¹⁰⁷⁷ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 144.

¹⁰⁷⁸ B. GROSS, *op. cit.*, n° 101. Cet auteur juge accessoire la garantie du droit des contrats, tant parce qu'elle renforce l'obligation principale que parce que sa présence ne détermine pas la qualification du contrat. C'est donc une optique à la fois quantitative et qualitative de l'accessoire qui est retenue.

constructeur, des obligations supplémentaires, positives ou négatives selon la doctrine¹⁰⁷⁹. Leur finalité est alors tout à fait conforme à la définition de l'accessoire.

Cette conception est largement admise. Les garanties du droit des contrats sont bien souvent analysées comme un renforcement du contenu obligationnel du contrat¹⁰⁸⁰. Cela sous-entend que le seul et unique but des garanties est de soutenir les obligations principales des contrats dans lesquelles elles figurent, de façon à les rendre plus efficaces.

Cette idée n'est aucunement remise en cause par la négation de la notion d'obligation de garantie ou de couverture. Le contenu positif de l'obligation de garantie demeure, certes, introuvable¹⁰⁸¹, si bien que la qualification d'accessoire de ces garanties ne peut résulter du renforcement de l'obligation principale par des obligations positives. Mais la garantie offerte par les obligations de règlement issues des actions en garantie poursuivent ce même but. Les sanctions associées à la garantie ont pour objet de restaurer l'effectivité du droit du créancier à une jouissance paisible, ou de fournir une indemnisation du préjudice. Or, cette jouissance paisible n'est que la résultante de l'obligation principale de délivrance. En conséquence, les garanties légales et conventionnelles, qui offrent au créancier un droit d'action supplémentaire en cas de survenance du risque, ont pour finalité d'aider l'obligation principale du contrat à atteindre son but. Elles doivent être qualifiées d'accessoires de la créance. Ce raisonnement vaut, tant pour les garanties du vendeur ou du bailleur que pour celles fournies par le constructeur immobilier.

Pour conclure au caractère accessoire des garanties d'indemnisation, il faut encore vérifier si les responsabilités du fait d'autrui investies d'une fonction de garantie entrent dans cette catégorie.

B) Caractère accessoire des responsabilités du fait d'autrui.

281. Accessoires de l'obligation de réparation du primo responsable. Le caractère accessoire des garanties du fait d'autrui dépend du point de savoir si l'obligation de réparation mise à la charge du garant vise à l'effectivité d'une obligation principale. Cette question renvoie directement à la définition de la garantie du fait d'autrui. Celle-ci, on le sait, n'est ou

¹⁰⁷⁹ B. GROSS, *op. cit.*, n° 201 et s.

¹⁰⁸⁰ M.-N. JOBART-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 16 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 248 et s. ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., p. 307 : « L'obligation de garantie vient alors compléter l'obligation principale, dont elle est un prolongement et un accessoire. »

¹⁰⁸¹ V. *supra*, n° 168 et s.

ne devrait¹⁰⁸² être engagée qu'indirectement, c'est-à-dire qu'une responsabilité préalable de l'auteur du dommage doit pouvoir être établie¹⁰⁸³.

L'existence de cette obligation préalable influe sur le fondement de la garantie, c'est-à-dire sur les motifs qui l'inspirent. Son but est la mise à la disposition de la victime d'un deuxième débiteur d'indemnisation, probablement plus apte à fournir une indemnisation que le premier, de façon à ce que la réparation de son dommage soit la plus complète et la plus effective possible. Le commettant, la personne morale et l'association sont réputés plus solvables que les personnes placées sous leur autorité et leur contrôle. Ainsi, la finalité de la garantie du fait d'autrui est le renforcement des droits de la victime à obtenir la réparation du préjudice subi. C'est l'effectivité de l'obligation principale d'indemnisation pesant sur le primo responsable. De toute évidence, les garanties du fait d'autrui constituent des accessoires de la créance principale de réparation du dommage, en application du critère finaliste de définition des accessoires¹⁰⁸⁴.

Il convient, malgré tout, de réserver l'hypothèse de la responsabilité parentale. Le droit positif n'exige pas aujourd'hui de fait fautif ni, par conséquent, de responsabilité préalable de l'enfant auteur du dommage¹⁰⁸⁵. Cet obstacle, qui s'oppose à la qualification d'accessoire tout comme à celle de garantie, devrait être levé en raison des nombreuses objections dont il fait l'objet. Il ne remet en tout cas pas en cause le lien entre garantie et accessoire de la créance.

Ainsi, le caractère accessoire des garanties d'indemnisation ne fait souvent aucun doute, qu'il s'agisse des garanties du droit des contrats ou de celles résultant du droit de la responsabilité. Il s'agit d'accessoires d'une obligation de mise à disposition d'une chose ou d'une obligation de réparation. Cette caractéristique constitue un point commun avec les garanties de paiement, qui constituent également des accessoires d'une créance. La solution ne suscite aucune surprise, tant sont proches les notions de garantie et d'accessoire. La responsabilité des parents, qui ne constitue pas un accessoire en l'état actuel du droit positif, ne constitue qu'une exception apparente, car elle ne remet pas en cause la proximité entre accessoire et garantie. En revanche, la situation est différente dès lors que l'on s'attache à des garanties indépendantes d'une obligation préalable.

¹⁰⁸² On saisit difficilement pourquoi la responsabilité des parents est directe, contrairement aux autres régimes de responsabilité du fait d'autrui : v. *supra*, n° 122.

¹⁰⁸³ M. POUWAREDE, « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », art. préc., spéc. p. 852 et s. ; P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., p. 308.

¹⁰⁸⁴ En ce sens, P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., *eod. loc.*

¹⁰⁸⁵ V. *supra*, n° 122 sur cette solution.

§3 : Diversité du caractère accessoire des garanties d'assurance.

282. Incertitudes sur l'élément principal. A l'inverse des autres catégories de garanties, les garanties d'assurance n'appartiennent pas systématiquement à la catégorie des accessoires, faute d'élément principal dont elles viendraient renforcer l'efficacité. Cette affirmation se vérifie, tant à l'étude du contrat d'assurance (A) qu'à celle des fonds de garantie et d'indemnisation fondés sur la solidarité nationale (B). Cela montre que l'affirmation du caractère accessoire de la garantie n'est que partiellement exacte et ne résiste pas à un examen plus précis.

A) Diversité du caractère accessoire de l'assurance.

Pour mériter sa qualification d'accessoire, il faut que la garantie ait pour fonction d'aider un élément principal à atteindre son but. Cette définition de l'accessoire laisse apparaître deux conditions prépondérantes : la présence de deux éléments, l'un principal et l'autre accessoire, ainsi qu'une communauté de but entre eux. La garantie fournie par l'assureur, comme toute garantie, est caractérisée par son but de protection d'un individu, contre les conséquences dommageables du sinistre. Mais l'assurance, pour appartenir à la catégorie des accessoires, devrait aussi venir s'ajouter à un élément principal pour atteindre ce but. Tel n'est pourtant pas le cas.

283. Mécanismes d'assurance qualifiés d'accessoires. L'assurance s'ajoute parfois à une créance dont elle vient augmenter les chances de paiement. Tel est le cas lorsque le sinistre envisagé par les parties est l'inexécution d'une obligation. Le but de l'assurance-crédit ou de l'assurance-cautionnement est ainsi l'augmentation des chances de paiement du créancier. Dans ces hypothèses, l'assurance constitue à n'en point douter un accessoire d'une créance principale dont elle vient renforcer l'efficacité¹⁰⁸⁶, à tel point qu'elle se différencie d'ailleurs difficilement des garanties personnelles de paiement¹⁰⁸⁷. Si elle dérive d'un contrat d'assurance, la garantie procurée au créancier relève tout autant des garanties de paiement que des garanties d'assurance¹⁰⁸⁸. La solution demeure donc très particulière. Elle ne peut être

¹⁰⁸⁶ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 351 et s.

¹⁰⁸⁷ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 241 ; P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 18 et s. ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 15 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 432.

¹⁰⁸⁸ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 307.

étendue hors des cas où le sinistre envisagé par les parties réside dans l'inexécution d'une obligation.

L'assureur garantit aussi l'exécution d'une obligation dans le cadre de l'action directe exercée par la victime. Même si les conditions de l'action directe sont facilitées, comme le montre notamment l'absence de nécessité d'une mise en cause du responsable, l'engagement de la responsabilité de l'auteur du dommage demeure un préliminaire nécessaire. Ainsi, l'assureur joue un rôle identique à celui d'un garant du fait d'autrui, à la différence qu'il est tenu à raison d'un contrat et non de règles légales impératives. L'action dirigée contre lui permet à la victime de se tourner aisément contre un débiteur solvable d'indemnisation, afin d'obtenir la réparation du dommage subi. Le but de l'action directe est l'augmentation des chances d'indemnisation de la victime, et donc l'accroissement de l'efficacité d'une obligation principale¹⁰⁸⁹. La garantie est alors normalement accessoire¹⁰⁹⁰, mais, une fois encore, il s'agit d'une garantie d'assurance assez atypique, puisqu'elle emprunte un mécanisme de droit des obligations qualifié de garantie de paiement, et qu'elle se rapproche économiquement des garanties d'assurance.

284. Mécanismes d'assurance non accessoires. Mais en dehors de ces hypothèses, certes très importantes en pratique, l'assurance ne vient garantir l'exécution d'aucune créance principale. Parfois, certes, l'assureur intervient pour indemniser l'assuré d'un dommage créé par un acte entraînant la responsabilité de son auteur. La victime dispose donc de deux créances, l'une contre l'assureur, l'autre contre le responsable. Pour autant, le caractère accessoire se trouve très édulcoré¹⁰⁹¹. L'assurance préexiste à la prétendue obligation principale qui, très peu déterminable¹⁰⁹², n'existera peut-être d'ailleurs jamais. Il est donc délicat de considérer que l'assurance de choses est l'accessoire de la créance de réparation contre le responsable.

¹⁰⁸⁹ Ch. JAMIN, *op. cit.*, n° 100 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE, « Réflexions sur la nature juridique des assurances de responsabilité », *Mélanges dédiés à J. VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 193 et s., spéc. p. 197.

¹⁰⁹⁰ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 324.

¹⁰⁹¹ V., défavorable à la qualification d'accessoire dans ces circonstances, L. MAYAUX, « L'assureur est-il un garant ? », art. préc., n° 34 ; *contra*, Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 329.

¹⁰⁹² Ces garanties sont donc difficilement comparables aux sûretés personnelles ou réelles, qui portent sur des dettes futures beaucoup plus définies. Une comparaison avec les garanties du fait d'autrui, qui instaurent une couverture générale, n'est guère plus probante : tendues vers la garantie de la solvabilité de l'auteur du dommage, elles sont systématiquement l'accessoire de son obligation. En revanche, la garantie fournie par l'assureur de chose a pour objet la réparation de l'intérêt lié à cette chose. Ce n'est qu'accidentellement qu'elle correspond avec une obligation de premier rang, et qu'elle garantit le paiement par le responsable.

Bien souvent, le sinistre prévu au contrat et indemnisé par l'assureur de dommage n'a même pas trait à l'inexécution d'une obligation. Il s'agit d'un dommage extracontractuel, pour lequel aucune responsabilité préalable n'est encourue par un auteur du dommage. Dans ce cas, la qualification d'accessoire ne peut résulter d'une identité de but entre la garantie et une obligation qu'elle vient renforcer. A défaut d'obligation préalable, quel pourrait alors être l'élément principal nécessaire à l'existence d'un accessoire ?

On pourrait, certes, songer à l'intérêt d'assurance, à partir de la comparaison effectuée entre le cautionnement et l'assurance. Chacun de ces deux mécanismes a pour objet, dit-on, de préserver un intérêt spécifique, par le biais de la couverture du risque¹⁰⁹³. Pour le cautionnement, l'intérêt protégé est la valeur économique de la créance principale, sauvegardée par le cautionnement qui fait obstacle à sa dépréciation par l'inexécution. En matière d'assurance, l'intérêt assuré est la relation économique entre l'assuré et le bien ou, plus généralement, « l'intérêt qu'a l'assuré ou le bénéficiaire à la réalisation du risque »¹⁰⁹⁴. L'assureur prémunit la victime contre la perte économique résultant du dommage survenu au bien.

L'intérêt assuré, ainsi défini, peut-il constituer l'élément principal de la relation accessoire ? On peut en douter. Cette notion demeure trop vague, comme le montre la pluralité de définitions dont elle fait l'objet¹⁰⁹⁵, et se trouve dépourvue du contenu juridique nécessaire pour l'unir à la garantie. Il ne s'agit, en fin de compte, que d'une vocation générale à ne pas supporter les conséquences de la réalisation du risque. En présence d'une obligation principale, elle se matérialise par un droit de créance contre le débiteur principal. Dans les autres cas, il ne s'agit que d'un simple intérêt à ne pas subir de dommage, intérêt dont le contenu n'est pas assez tangible pour constituer l'élément principal de la relation d'accessoire. L'intérêt protégé ne peut être l'élément principal clairement défini nécessaire à la notion d'accessoire.

De plus, la nécessité d'un intérêt d'assurance est parfois douteuse. A la suite d'autres auteurs¹⁰⁹⁶, on peut citer le cas de l'assurance souscrite par le dépositaire du bien. La perte de la chose donnera toujours lieu à une indemnisation du propriétaire, mais c'est parfois le

¹⁰⁹³ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 259 ; N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », art. préc., spéc. p. 381.

¹⁰⁹⁴ M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 21 et n° 181.

¹⁰⁹⁵ V. J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 26 et s.

¹⁰⁹⁶ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 1571.

dépositaire qui a un intérêt d'assurance, lorsqu'est retenue sa responsabilité dans la perte de la chose.

Ainsi, on ne saurait considérer sans artifice que l'assurance est toujours dotée d'un caractère accessoire identique à celui des garanties de paiement ou d'indemnisation. Elle revêt un tel caractère dans un certain nombre d'hypothèses : action directe contre l'assureur, assurance portant sur un risque d'impayé ou d'insolvabilité. Mais l'assureur de dommage n'intervient pas à titre accessoire, surtout en l'absence de primo responsable. Cela suffit à écarter le postulat selon lequel une garantie est nécessairement accessoire. Le droit français suit ainsi le droit anglais, qui établit le caractère accessoire comme critère de distinction entre l'assurance et la garantie¹⁰⁹⁷. Le même constat s'impose concernant les fonds de garantie et d'indemnisation résultant de la solidarité nationale.

B) Diversité du caractère accessoire de l'intervention des fonds de garantie.

285. Fonds de garantie intervenant à titre accessoire. Comme l'assureur, les fonds de garantie ou d'indemnisation voient parfois leur intervention couplée avec celle d'un responsable ou garant de premier rang. Tel est le cas de ceux qui indemnisent la victime, parallèlement à l'engagement de la responsabilité préalable d'un autre intervenant. Il en est nécessairement ainsi du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages¹⁰⁹⁸, du Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions¹⁰⁹⁹ et du Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme¹¹⁰⁰. Dans ces hypothèses, la situation du fonds de garantie est proche de celle d'un assureur direct ou d'un garant du fait d'autrui. Il n'est appelé que pour assurer l'effectivité d'une obligation de réparation d'un préjudice¹¹⁰¹. On reconnaît là les caractéristiques de l'accessoire : une finalité de renforcement d'un élément principal, en l'occurrence d'une créance principale¹¹⁰².

¹⁰⁹⁷ K. P. MCGUINNESS, *op. cit.*, n° 3.20 : « Being itself a primary obligation, a contract of insurance need not be accessory to any further obligation, nor is it necessary for an insurance contract to the conduct of any party. For example, a contract of insurance may relate to a subject-matter entirely beyond human control, but which may nevertheless occasion loss. Insurance against weather, floods, and other natural hazards are examples of such kinds of insurance ». *Adde*, J. O'DONOVAN et J. PHILLIPS, *op. cit.*, n° 1-111 et s.

¹⁰⁹⁸ Ce fonds n'intervient qu'à la condition préalable de la responsabilité d'un auteur, même si son identité reste inconnue : Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1992, *RGAT* 1992, p. 307, note J. LANDEL.

¹⁰⁹⁹ Article 706-3 du Code de procédure pénale.

¹¹⁰⁰ Article L. 126-1 du Code des assurances.

¹¹⁰¹ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 330.

¹¹⁰² L'intervention du fonds n'est certes pas toujours subsidiaire : v., concernant les victimes d'infractions, Cass. civ. 2^{ème}, 23 juin 1993, *Bull. civ. II*, n° 224 ; Cass. civ. 2^{ème}, 6 novembre 1996, *Bull. civ. II*, n° 243 ; et toutefois,

286. Fonds de garantie n'intervenant pas à titre accessoire. Parfois, en revanche, le fonds de garantie ou d'indemnisation est sollicité à titre principal. Il s'agit des cas dans lesquels le fonds intervient directement, en l'absence de toute obligation de réparation préalable. Il en est ainsi de l'ONIAM en présence d'un dommage consécutif à un aléa thérapeutique et du Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante. Se pose alors le même problème que pour l'assurance de dommage. La garantie n'est liée à aucune créance principale dont elle viendrait renforcer l'efficacité¹¹⁰³, puisque sa raison d'être est précisément de fournir à la victime d'un certain dommage une indemnisation en l'absence de débiteur identifiable. Une fois encore, l'inexistence du principal fait obstacle à la qualification d'accessoire. L'accessoire, en tant qu'il désigne une relation entre deux éléments, voit son existence subordonnée à la caractérisation de chacun d'entre eux. Or, ici, on ne discerne pas à quel élément principal serait reliée la garantie. Les fonds de garantie couvrent un risque de dommage à titre principal.

Il est vrai que l'ONIAM intervient parfois dans des hypothèses où existe une obligation de réparation de premier rang¹¹⁰⁴, y compris dans sa fonction d'indemnisation des victimes contaminées¹¹⁰⁵, tout comme le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante¹¹⁰⁶. Mais comme dans le cas de l'assurance de choses, ce n'est qu'accidentellement que coïncident ces deux obligations, et il ne s'agit en aucun cas d'une condition de la garantie, de sorte qu'on peut difficilement tenir l'une pour l'accessoire de l'autre. Ce n'est pas, dans ce cas, la solvabilité du responsable qui est recherchée, mais plutôt directement la réparation du dommage.

Ainsi, pas plus que l'assurance, les fonds de garantie et d'indemnisation ne constituent des garanties nécessairement accessoires, malgré leur fonction de couverture d'un risque.

s'agissant des accidents de circulation ou de chasse, Cass. civ. 2^{ème}, 14 octobre 1987, *RGAT* 1988, p. 331 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1998, *Resp. civ. assur.* 1999, comm. 91. Mais cette circonstance ne porte pas atteinte au caractère accessoire : celui-ci suppose uniquement, dans une conception finaliste, que le rôle du garant soit le renforcement de l'effet utile de l'obligation principale, mais ne postule aucune hiérarchie dans la mise en œuvre du principal et de l'accessoire.

¹¹⁰³ V. *supra*, n° 284.

¹¹⁰⁴ Il peut le faire dans certains cas où il est substitué à l'assurance de responsabilité, selon l'article L. 1142-15 du Code de la santé publique.

¹¹⁰⁵ V., sur la combinaison des actions de la victime contre le responsable et le fonds, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 8509 et s. ; A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op. cit.*, n° 6-19 et s. Ces derniers développements sont toutefois antérieurs à la substitution de l'ONIAM au précédent fonds d'indemnisation.

¹¹⁰⁶ V., sur les rapports entre l'intervention du fonds de garantie et les autres modes d'indemnisation de la victime, Ch. GUETTIER, « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », art. préc., spéc. p. 6 et s.

Contrairement à l'opinion souvent exprimée, les garanties ne revêtent pas toujours un caractère accessoire.

287. Conclusion de la Section 2. Une étude plus précise des différentes catégories de garanties permet d'affiner la vision de leur caractère accessoire. La définition retenue de l'accessoire est la plus compréhensive qui soit, puisqu'elle repose, comme celle de la garantie, sur un critère fonctionnel tiré du renforcement de l'utilité d'un élément principal.

A partir d'un tel critère, il semble possible de considérer que les garanties de paiement et les garanties d'indemnisation présentent un caractère accessoire. Ces deux catégories de garanties ont pour point commun de porter sur des créances. Le schéma est alors invariable : la garantie permet de renforcer les droits du créancier, afin de l'aider à obtenir l'exécution ou une satisfaction équivalente.

Le caractère accessoire de certaines garanties de paiement peut certes être discuté. Il en est ainsi, s'agissant des garanties personnelles, de la délégation ou de la solidarité. De même, des garanties réelles telles que la propriété dans le crédit-bail font débat. Enfin, parmi les garanties indirectes de paiement, la compensation ou la promesse de porte-fort donnent lieu à incertitude. Mais dans chacune de ces hypothèses, des arguments peuvent être avancés pour justifier le caractère accessoire de la garantie.

En revanche, rien ne peut justifier le caractère accessoire des garanties d'assurance. Bien sûr, l'assureur ou le fonds de garantie interviennent parfois en présence d'une obligation de premier rang. Toutefois, leur intervention est généralement directe et vise en réalité à la réparation du dommage, si bien qu'aucune obligation ne constitue l'élément principal nécessaire à l'établissement d'une relation d'accessoire à principal.

Il convient donc de récuser l'affirmation générale selon laquelle la garantie serait un accessoire par nature. Le plus souvent, on peut la considérer comme un accessoire, lorsqu'elle vient renforcer les chances d'exécution d'une obligation principale. Il s'agit alors d'un accessoire de la créance. Mais en l'absence d'une telle créance préexistante, la garantie n'est pas accessoire, faute de principal. Même si cette hypothèse n'est pas la plus importante quantitativement, elle suffit à invalider le postulat de départ.

288. Conclusion du Chapitre 1. La démonstration du caractère accessoire de la garantie est d'autant plus délicate que le terme d'accessoire est susceptible de plusieurs acceptions bien distinctes. Un préalable était donc l'étude des mérites comparés de ces différentes définitions.

Très vite, il est apparu que l'accessoire devait être envisagé davantage comme un lien hiérarchique entre deux éléments que comme une simple comparaison quantitative de ces éléments, de façon à donner à la notion d'accessoire un contenu plus dynamique. Certaines autres théories, issues principalement du droit des sûretés et fondées sur les notions d'objet et de cause, se sont révélées inaptées à expliquer de façon générale la notion d'accessoire, en raison de leur domaine trop restreint. En fin de compte, seule une conception finaliste de l'accessoire pouvait être de nature à justifier le caractère accessoire des garanties, les autres propositions se révélant inadaptées. Le critère finaliste présentait l'avantage de la proximité avec la définition, également fonctionnelle, de la garantie, ce qui pouvait également laisser présager d'une correspondance entre les deux notions. Il fallait simplement, pour cela, exclure le critère arbitraire et critiquable de l'affectation exclusive à une créance.

A la réflexion, toutefois, la conception fonctionnelle de l'accessoire ne parvient pas plus que les autres à poser les bases du caractère accessoire de la garantie. La garantie ne peut être accessoire que d'une créance. Les autres intérêts qu'elle protège ne possèdent pas une précision suffisante pour constituer le principal uni à la garantie par une communauté de but.

En conséquence, une distinction s'impose au sein des garanties. Celles qui visent au paiement d'une créance ou à l'exécution d'une obligation de réparation sont accessoires à ces créances, malgré les controverses relatives à certaines de ces garanties. A l'inverse, les garanties d'assurance, généralement indépendantes de toute obligation préexistante, ne revêtent pas de caractère accessoire. Il est donc impossible d'ajouter, aux côtés de la fonction de couverture du risque et de la structure dualiste, le caractère accessoire parmi les facteurs d'unité de la notion de garantie.

Au-delà de cette dichotomie au sein des garanties, il convient d'observer si le caractère accessoire des garanties, au sein de celles qui revêtent ce caractère, obéit à des règles unitaires. Il est, en effet, nécessaire de dissocier caractère accessoire et application de la règle de l'accessoire. Le lien entre les garanties accessoires et l'obligation principale pourrait donc varier. De ce point de vue aussi, la recherche d'unité au sein des garanties se solde par un échec.

Chapitre 2

Application de la règle de l'accessoire à la garantie

289. Lien entre le régime du principal et de l'accessoire. Toutes les garanties ne constituent pas des accessoires, même si la plupart d'entre elles sont subordonnées à l'existence préalable d'une obligation dont elles viennent renforcer les chances de paiement. Toutefois, il faut se souvenir que le terme « accessoire » revêt plusieurs significations. Le caractère accessoire se distingue de la règle selon laquelle un élément accessoire suit le sort du principal¹¹⁰⁷. Il est donc possible de concevoir que les garanties, sans pour autant être toutes qualifiées d'accessoires, suivent cette règle *accessorium sequitur principale*, en ce sens qu'elles ne peuvent exister sans un élément principal qu'elles suivent en toutes circonstances¹¹⁰⁸. Cela permettrait, dans une certaine mesure, de justifier l'affirmation selon laquelle les garanties sont accessoires.

Toutefois, l'adoption d'une telle proposition suppose une étude approfondie du degré d'accessoire au sein des garanties qui répondent à ce caractère. Il est nécessaire, pour se déterminer sur cette question, d'examiner le régime des différentes garanties à travers le prisme de la règle de l'accessoire.

Mais de ce point de vue, l'unité des garanties prête largement à discussion. Le constat se vérifie à chacun des stades de la garantie. Le lien tissé par le principe de l'accessoire, en effet, doit être caractérisé à plusieurs moments : au moment de sa naissance et de son extinction, mais aussi au moment d'un éventuel transfert de l'élément principal dont l'accessoire tire son utilité. Or, à chacun de ces stades apparaissent des divergences importantes. La garantie réagit de façon très variable, tant à l'absence d'obligation principale (Section 1) qu'à la transmission de celle-ci (Section 2). Ainsi, aucune homogénéité ne peut être décelée au sein de l'application de la règle de l'accessoire aux différentes garanties.

¹¹⁰⁷ Ch. JUILLET, *op. cit.*, spéc. n° 14.

¹¹⁰⁸ Comp., en droit anglais, J. O'DONOVAN et J. PHILLIPS, *op. cit.*, n° 1-20 : « A contract of guarantee is predicated upon the existence of a valid principal obligation owed by the principal debtor. If there is no such principal obligation, generally the guarantee fails ».

Section 1 : Règle de l'accessoire et existence de l'obligation principale.

290. Subordination de la garantie à l'existence de l'obligation principale. L'application mécanique de la règle de l'accessoire a pour conséquence logique la nécessité pour l'accessoire d'être adossé à un élément principal, sans lequel il ne peut exister. Appliqué aux garanties accessoires, ce raisonnement implique la présence d'une créance principale. Plusieurs règles en découlent : tout d'abord, nulle garantie ne peut naître en l'absence d'une telle créance principale. Ensuite, aucune d'entre elles ne peut survivre à son extinction. De plus, les modalités affectant l'obligation principale doivent nécessairement se répercuter sur la garantie. Ce sont ces différents postulats qu'il convient d'examiner et de réfuter, tant les solutions sont dépourvues de toute généralité en la matière. Tel est le cas en matière de garanties de paiement (§1), la catégorie la plus éclatée, mais aussi de garanties d'indemnisation (§2). Le constat se vérifie enfin concernant les quelques garanties d'assurance présentant un caractère accessoire (§3).

§1 : Existence d'une obligation principale et garanties de paiement.

Il se déduit logiquement de la règle de l'accessoire que la naissance de l'accessoire est subordonnée à la présence d'un élément principal. Ce principe est admis à chaque stade de la garantie. L'application de la règle de l'accessoire exige que la garantie ait pour support une obligation principale. Celle-ci doit donc exister à la naissance de la garantie (A), et les événements qui l'affectent se répercutent sur elle (B). Chacune de ces affirmations doit pourtant être récusée, car aucune véritable unité ne peut être discernée parmi les garanties de paiement.

A) Règle de l'accessoire et naissance des garanties de paiement.

291. Classification des garanties de paiement et critère de l'accessoire. La règle de l'accessoire signifie que l'accessoire ne peut exister qu'en présence d'un principal dont il vient renforcer l'efficacité. Cela signifie que la garantie de paiement doit naître en considération d'une créance valable, sans quoi elle serait privée de la finalité qui la caractérise. De surcroît, le sort de la garantie devrait normalement suivre celui de l'obligation principale. Or, il se trouve que les différentes garanties de paiement obéissent à des principes

extrêmement différents à cet égard. En général, on oppose frontalement le cautionnement, archétype de la sûreté accessoire, et la garantie à première demande, parfaitement autonome, les autres garanties personnelles se situant quelque part entre ces deux extrêmes. Cette présentation, si elle rend correctement compte d'une diversité dans le degré d'accessoire des garanties, doit cependant être nuancée. Aucune garantie n'est et ne peut rationnellement être parfaitement accessoire ou autonome. Une étude des différentes garanties permet d'en convenir.

292. Règle de l'accessoire et naissance du cautionnement. Le cautionnement, en premier lieu, est présenté comme la garantie la plus accessoire qui soit¹¹⁰⁹. Le caractère accessoire détermine les règles applicables aux rapports entre caution et créancier, en même temps qu'il fixe la frontière entre le cautionnement et les autres garanties personnelles de paiement¹¹¹⁰. Sa principale conséquence est l'exigence d'un engagement principal au moment où s'engage la caution, ainsi que le prévoit l'article 2289 du Code civil. Cette condition est évidemment remplie lorsque le cautionnement est conclu à une époque où seule manque l'exigibilité de la créance principale. Elle l'est également lorsque le cautionnement porte sur une multiplicité de dettes, y compris futures. Même si les engagements principaux ne sont pas déterminés avec une entière certitude au moment de la conclusion du cautionnement, ils n'en demeurent pas moins déterminables, si bien que le support de l'obligation principale est bel et bien présent, avant même la naissance de celle-ci¹¹¹¹. Il ne s'agit donc pas d'une véritable atteinte à la règle de l'accessoire qui gouverne le cautionnement.

293. Principe d'opposabilité des exceptions par la caution. La deuxième conséquence de la règle de l'accessoire dans le cautionnement est la nécessaire validité de l'obligation principale. C'est par le biais du mécanisme de l'opposabilité des exceptions que la règle de l'accessoire est censée déployer tous ses effets. En dépit des termes de l'article 2313 du Code civil, qui ne mentionne que les exceptions inhérentes à la dette, de nombreux auteurs estiment que la caution dispose des mêmes exceptions, communes ou personnelles¹¹¹², que le débiteur

¹¹⁰⁹ Pour une étude systématique, v. D. GRIMAUD, *op. cit.* ; *adde*, D. LEGEAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », art. préc.

¹¹¹⁰ D. GRIMAUD, *op. cit.*, spéc. n° 43 et s. sur la fonction normative du caractère accessoire du cautionnement ; n° 190 et s. sur sa fonction de catégorisation ; *adde*, Ph. THERY, *op. cit.*, n° 51 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 65.

¹¹¹¹ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 216 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 468.

¹¹¹² M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 66 et s. ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 48 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 51 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 33 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 126 et s. ; v., toutefois, D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 62 ; D. GRIMAUD, *op. cit.*

principal. La règle d'inopposabilité des exceptions personnelles, corollaire de l'article 2313 du Code civil, est généralement minimisée par la doctrine, qui y voit une simple maladresse rédactionnelle et en limite le champ d'application à la seule incapacité du débiteur principal. Et encore cette solution ne constitue-t-elle pas véritablement une dérogation à la règle de l'accessoire : le contrat ainsi formé ne serait pas un cautionnement, mais uniquement une promesse de porte-fort¹¹¹³. Cela explique que, par dérogation, le garant ne puisse se prévaloir de la nullité de l'obligation principale. Ainsi, toute exception tirée du rapport principal serait opposable par la caution. Seul un aval pourrait être conclu en garantie d'une dette nulle, en application de l'article L. 511-21, alinéa 8 du Code de commerce.

Acceptable malgré l'artifice de la justification tirée de la promesse de porte-fort dans l'hypothèse de l'incapacité du débiteur¹¹¹⁴, cette présentation n'en reste pas moins étrange au regard de la lettre du texte¹¹¹⁵. C'est donc à la lumière du dogme de l'accessoire que sont interprétés les textes relatifs au cautionnement, bien qu'il ne soit que suggéré par une combinaison de textes et non formulé en des termes généraux¹¹¹⁶.

294. Tempéraments à l'opposabilité des exceptions par la caution. Du reste, certains arrêts s'accordent mal avec cette analyse. Une dérogation au principe de l'accessoire résulte de la jurisprudence relative au sort du cautionnement en cas d'anéantissement rétroactif du prêt garanti. Dans cette hypothèse, il est admis que le cautionnement subsiste, de façon à garantir l'obligation de restitution de l'emprunteur¹¹¹⁷. La solution est justifiée par l'identité entre l'obligation de remboursement souscrite par l'emprunteur et l'obligation de restitution engendrée par la nullité ou la résolution du prêt. Mais cette argumentation ne suffit à emporter la conviction. Proches en raison de l'identité de parties et de quantum, les obligations demeurent conceptuellement distinctes. Ainsi, le cautionnement est étendu par les juges au-

¹¹¹³ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 111 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 327 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 52 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 188 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 67 ; *contra*, G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, par Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 577.

¹¹¹⁴ On comprend mal qu'un même engagement puisse être simultanément qualifié de promesse de porte-fort et de cautionnement (v. pourtant en ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 111). Si l'on considère que le cautionnement d'un incapable est véritablement un cautionnement, la qualification de promesse de porte-fort devrait être interdite. De plus, cette explication ne vaut que si la caution connaissait le vice affectant l'obligation principale : J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 188.

¹¹¹⁵ D. LEGAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », art. préc.

¹¹¹⁶ D. GRIMAUD, *op. cit.* ; D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 62. Les autres auteurs, qui perçoivent les tempéraments apportés au caractère accessoire du cautionnement, fondés notamment sur la finalité de la garantie, n'en tirent cependant aucune conséquence et semblent toujours accorder la portée la plus absolue à ce principe.

¹¹¹⁷ Cass. com., 17 novembre 1982, *Bull. civ. IV*, n° 357 ; *D.* 1983, p. 527, note M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *JCP* 1984, II, 20216, note Ph. DELEBECQUE et Ch. MOULY ; *Defrénois* 1984, p. 368, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, *Bull. civ. I*, n° 96.

delà de l'obligation principale, en contradiction avec les termes de l'article 2290 du Code civil.

Au-delà de ce cas de figure assez marginal, le principe d'opposabilité des exceptions, dérivé du principe de l'accessoire dans le cautionnement, connaît aujourd'hui un début de repli. La Cour de cassation a eu récemment l'occasion, en effet, de le remettre en cause, dans une espèce où était invoquée la nullité pour dol de l'engagement principal¹¹¹⁸. L'arrêt, qui reconnaît à la caution la possibilité de se prévaloir du dol commis par le créancier à l'égard du débiteur principal, fut abondamment critiqué, au motif qu'il contreviendrait à la règle de l'accessoire qui gouverne le cautionnement¹¹¹⁹. Sans que cela ne préjuge du bien-fondé de la solution de la Cour de cassation¹¹²⁰, il semble que le reproche qui lui est adressé ne soit pas déterminant¹¹²¹. Erigé en dogme par la doctrine à partir de textes épars, le principe de l'accessoire n'est pas une fin en soi, uniquement une grille de lecture plus ou moins exacte qui supporte déjà certaines dérogations¹¹²². Il serait tout aussi concevable de distinguer, comme le fait le Code civil, entre les exceptions communes et personnelles au débiteur.

En grande partie exacte, l'affirmation de la nécessité d'une obligation valable comme support à l'obligation accessoire de la caution doit ainsi être nuancée. Elle ne repose pas sur des bases textuelles aussi solides qu'on pourrait l'imaginer et ne reflète plus exactement le droit positif.

295. Lien avec le contrat de base à la naissance de la garantie autonome. La garantie autonome, quant à elle, est généralement présentée comme l'antithèse du cautionnement, en

¹¹¹⁸ Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP* 2007, II, 10138, note Ph. SIMLER ; *Rev. dr. banc. fin.* 2007, comm. n° 145, obs. A. CERLES ; *Banque et dr.* juillet-août 2007, p. 48, obs. F. JACOB ; *Dr. et patr.* septembre 2007, p. 85, obs. L. AYNES ; *RTD civ.* 2008, p. 331, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2007, p. 585, obs. D. LEGAIS ; *ibid.*, p. 835, note A. MARTIN-SERF ; *Contrats conc. conso.* 2007, comm. n° 269, obs. L. LEVENEUR ; *JCP E* 2007, p. 1861, note S. PIEDELIEVRE ; *D.* 2007, p. 2201, note D. HOUTCIEFF ; L. ANDREU, « La caution et le dol subi par le débiteur », *D.* 2008, p. 514.

¹¹¹⁹ V. notamment Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 ; P. CROCQ, obs. préc. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 ; D. HOUTCIEFF, note préc. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 ; F. JACOB, obs. préc. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007.

¹¹²⁰ Il est proposé, à juste titre nous semble-t-il, de fixer comme limite à l'application de la règle de l'accessoire l'efficacité de la garantie. Cela justifie les atteintes qui lui sont portées dans le cadre des procédures collectives, mais pas la possibilité pour la caution de se prévaloir du dol commis par le créancier à l'encontre du débiteur principal. La justification de la solution retenue par la Cour de cassation demeure, à cet égard, mystérieuse et risque d'alimenter la confusion entre le cautionnement et d'autres mécanismes tels que la solidarité passive. V., sur une telle acception du principe de l'accessoire, D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 482 et s.

¹¹²¹ V., pour une appréciation moins sévère de l'arrêt, A. MARTIN-SERF, obs. préc. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 ; D. LEGAIS, obs. préc. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007 ; *adde* L. ANDREU, « La caution et le dol subi par le débiteur », art. préc.

¹¹²² D. LEGAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », art. préc. ; D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 215 et s. Cet auteur évoque une crise du dogme de l'accessoire, tant dans sa fonction normative que dans celle de catégorisation.

raison de la rupture du lien entre elle et l'obligation principale. Effectivement, les règles qui la gouvernent diffèrent à première vue de celles applicables à la formation du cautionnement. Comme la dette du garant est propre, sa constitution ne dépend pas de l'existence d'une obligation déterminée ou déterminable.

Cette solution, pourtant, n'est plus aussi certaine depuis la réforme du droit des sûretés, opérée par l'ordonnance du 23 mars 2006. Outre que la notion même de garantie de paiement semble bien, en elle-même, impliquer l'existence d'une créance principale à garantir¹¹²³, l'article 2321 du Code civil précise que la garantie autonome est conclue « en contemplation » d'une obligation principale. Malgré l'autonomie dont dispose la garantie, elle ne saurait intervenir en l'absence d'une telle créance, sans violer les dispositions de ce texte.

296. Inopposabilité des exceptions par le garant autonome. Qu'en est-il de l'opposabilité des exceptions, signe de l'exigence de validité de l'obligation principale ? Il est généralement admis que le garant ne peut, au moment de l'appel de la garantie, se prévaloir d'aucune des exceptions tirées du rapport fondamental¹¹²⁴, notamment celles tirées de la nullité du contrat de base¹¹²⁵. Ce principe incontesté d'inopposabilité des exceptions, justifié par la recherche d'efficacité de la garantie, s'étend aux exceptions tant communes que personnelles. Seuls la fraude et l'abus manifeste peuvent être invoqués par le garant pour s'opposer à la demande du bénéficiaire¹¹²⁶.

¹¹²³ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 58. V. également, sur le paradoxe inhérent à la notion de garantie autonome, Ph. THERY, *op. cit.*, n° 103 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 477.

¹¹²⁴ Outre la nullité du contrat de base, toutes les autres exceptions tenant au contrat de base sont inopposables par le garant, ainsi que le démontre une abondante jurisprudence. V. notamment, concernant l'exécution du contrat de base, Cass. com., 17 octobre 1984, *Bull. civ.* IV, n° 265 ; *D.* 1985, p. 269, note M. VASSEUR ; *JCP* 1985, II, 20436, note J. STOUFFLET ; concernant les conditions d'exécution de ce contrat principal, Cass. com., 25 mars 2003, *JCP* 2003, I, 176, n° 11, obs. Ph. SIMLER ; concernant l'influence du défaut de déclaration de la créance principale à la procédure collective du donneur d'ordre, Cass. com., 30 janvier 2001, *Bull. civ.* IV, n° 25 ; *JCP* 2001, II, 10552, note J.-P. REMERY ; *D.* 2001, p. 3426, obs. A. HONORAT ; *JCP E* 2001, p. 568, note D. LEGEAIS ; *Banque et dr.* mai-juin 2001, p. 50, obs. A. PRÜM ; *RTD com.* 2001, p. 753, obs. M. CABRILLAC ; *ibid.*, p. 763, obs. A. MARTIN-SERF ; *Deffrénois* 2001, p. 1319, obs. S. PIEDELIEVRE.

¹¹²⁵ Cass. com., 20 janvier 1982, *Bull. civ.* IV, n° 417 ; *D.* 1983, p. 365, note M. VASSEUR ; *RTD com.* 1983, p. 446, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Cass. com., 13 décembre 1983, *D.* 1984, p. 420, note M. VASSEUR.

¹¹²⁶ V., pour l'affirmation de ce principe et des illustrations, Cass. com., 11 décembre 1985, *Bull. civ.* IV, n° 292 ; *D.* 1986, p. 213, note M. VASSEUR ; *JCP* 1986, II, 20593, note J. STOUFFLET ; Cass. com., 10 juin 1986, *Bull. civ.* IV, n° 117 ; *D.* 1987, p. 17, note M. VASSEUR ; *Banque* 1986, p. 711, note J.-L. RIVES-LANGE ; Cass. com., 20 janvier 1987, *Bull. civ.* IV, n° 19 ; *D.* 1987, somm. p. 177, obs. M. VASSEUR ; *JCP* 1987, II, 20764, note J. STOUFFLET ; Cass. com., 12 janvier 1993, *Bull. civ.* IV, n° 1 ; *D.* 1995, p. 24, note M. VASSEUR ; *Rev. dr. banc. bourse* 1993, p. 136, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. com., 2 décembre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 312 ; *JCP* 1998, I, 149, n° 9, obs. Ph. SIMLER ; *JCP E* 1999, p. 764, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; *Contrats conc. conso.* 1998, comm. n° 41, obs. L. LEVENEUR ; *Rev. dr. banc. bourse* 1998, p. 110, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

297. Tempéraments à l'inopposabilité des exceptions par le garant autonome. Pourtant, la présentation d'une garantie autonome absolument déconnectée de l'obligation principale doit être relativisée. D'abord, le garant peut se prévaloir de l'absence de cause de son engagement. S'il ne s'agit pas à proprement parler d'une exception dont disposait le débiteur, l'exigence de cause renvoie néanmoins au rapport fondamental, puisqu'elle rend nécessaire un intérêt du donneur d'ordre à la conclusion du contrat de base, c'est-à-dire l'octroi à son profit d'un crédit de la part du créancier bénéficiaire de la garantie¹¹²⁷.

Par ailleurs, si les exceptions tirées du rapport fondamental ne peuvent être opposées au stade de l'appel de la garantie, elles ressurgissent plus tard, lorsqu'il s'agit de savoir si le bénéficiaire peut conserver les sommes versées par le garant¹¹²⁸. La prise en considération de l'obligation principale est donc reportée à une étape ultérieure de la garantie, de sorte que le lien d'accessoire entre la garantie et l'obligation principale n'est que temporairement atténué.

Même au stade de l'appel de la garantie, enfin, le rapport fondamental est réintroduit dans le débat par le truchement de la fraude et de l'abus manifeste. A l'étude de la jurisprudence, en effet, l'abus manifeste semble caractérisé lorsque le bénéficiaire a appelé la garantie alors même qu'il ne disposait à l'évidence d'aucun droit¹¹²⁹. Les juges se réfèrent systématiquement au contrat de base au moment de rechercher si l'abus a été commis. Tel est le cas si le bénéficiaire n'était titulaire d'aucune action au titre du contrat de base, et qu'aucun doute ne planait à ce sujet. On comprend, dès lors, que l'opposition entre cautionnement et garantie autonome est moins tranchée qu'il n'y paraît : si le rapport entre la garantie et le rapport fondamental présente une intensité variable, il n'est pas entièrement rompu.

Tels sont les deux modèles concernant l'application de la règle de l'accessoire dans les garanties de paiement. Nombre de garanties s'apparentent à l'un ou l'autre, tandis que quelques autres présentent une plus grande originalité.

¹¹²⁷ Cass. com., 19 avril 2005, *Bull. civ.* IV, n° 91 ; *D.* 2005, p. 2086, obs. P. CROCQ ; *JCP* 2005, II, 10075, obs. S. PIEDELIEVRE ; *ibid.*, I, 185, n° 9, obs. Ph. SIMLER ; *JCP E* 2005, p. 916, note J. STOUFFLET ; *Dr et patr.* février 2006, p. 131, obs. Ph. DUPICHOT ; *LPA*, 21 mars 2006, obs. S. PIMONT ; *RTD com.* 2005, p. 582, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et dr.* mai 2005, p. 63, obs. F. JACOB.

¹¹²⁸ Cass. com., 7 juin 1994, *Bull. civ.* IV, n° 202 ; *D.* 1995, somm. p. 19, obs. M. VASSEUR ; *JCP* 1994, I, 3807, n° 15, obs. Ph. SIMLER ; *JCP E* 1994, II, 637, note L. LEVENEUR ; *Rev. dr. banc. bourse* 1994, p. 181, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD : « (...) le donneur d'ordre d'une garantie à première demande est recevable à demander la restitution de son montant au bénéficiaire, à charge pour lui d'établir que le bénéficiaire en a reçu indûment le paiement, par la preuve de l'exécution de ses propres obligations contractuelles, ou par celle de l'imputabilité de l'inexécution du contrat à la faute du cocontractant bénéficiaire de la garantie ou par la nullité du contrat de base, et ce sans avoir à justifier d'une fraude ou d'un abus manifeste, comme en cas d'opposition préventive à l'exécution de la garantie par le garant ».

¹¹²⁹ J. STOUFFLET, obs. sous Cass. com., 20 janvier 1987, *JCP* 1987, II, 20764.

298. Règle de l'accessoire et naissance du constitut. Tel que conçu par ses zéloteurs, le constitut n'obéit pas à la règle de l'accessoire, car il ne suit pas le principe d'opposabilité des exceptions¹¹³⁰ : la garantie fournie par le constituant peut être appelée sans qu'il puisse y faire obstacle, alors même que l'obligation principale serait affectée d'un vice mettant en cause sa validité. Le constitut, de ce point de vue, se rapprocherait plutôt de la garantie indépendante si son existence était reconnue en droit positif. Mais tel n'est pas le cas pour le moment¹¹³¹, ce qui s'explique par sa proximité avec le cautionnement. Comme celle de la caution, en effet, celle du constituant est un décalque de la dette principale¹¹³². L'originalité du constitut, du point de vue de la règle de l'accessoire, apparaît alors très incertaine¹¹³³.

299. Règle de l'accessoire et naissance de la délégation imparfaite. Le délégué se trouve dans une situation assez similaire. Une précision préalable doit être apportée : la délégation n'est pas, selon les juges, subordonnée à l'existence d'une obligation préexistante du délégant¹¹³⁴. Peut-on en conclure que la garantie offerte par le délégué est indépendante d'une quelconque obligation préalable ? Il ne le semble pas. Dans cette hypothèse, en effet, la délégation ne saurait être envisagée comme une garantie, faute de renforcer les chances de paiement du créancier¹¹³⁵. Pour que la délégation appartienne à la catégorie des garanties de paiement, il faut qu'un second rapport d'obligation, entre le délégataire et le délégué, s'ajoute à celui, préexistant, qui unit le délégataire et le délégant. Dans cette optique, la délégation-sûreté est subordonnée à une obligation principale déterminée.

La validité de cette obligation du délégant est-elle pour autant nécessaire ? Une réponse négative est de mise, car les juges s'en tiennent, dans l'écrasante majorité des cas, au principe d'inopposabilité des exceptions tirées des rapports fondamentaux¹¹³⁶. La règle de l'accessoire ne trouve pas application dans ce type de garanties.

¹¹³⁰ F. JACOB, *op. cit.*, n° 272 et s.

¹¹³¹ V., à cet égard, L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 319.

¹¹³² F. JACOB, *op. cit.*, n° 68 et n° 271 et s. : l'obligation du constituant, tout en étant propre, voit son *quantum* calqué sur celui de l'obligation principale.

¹¹³³ Comp. Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 472, qui conclut à un *numerus clausus* des garanties personnelles de substitution au cautionnement : aucune ne pourrait se détacher de l'orbite du cautionnement. Selon nous, il convient tout de même de réserver une place particulière à la garantie autonome, pour laquelle, de l'aveu même de l'auteur, l'influence du cautionnement est parfois « plus délicate à combattre » (*op. cit.*, n° 453, *in fine*), ainsi qu'à l'engagement en tant que codébiteur solidaire intéressé à la dette, en raison de l'unité de dette.

¹¹³⁴ Cass. com., 21 juin 1994, *Bull. civ. IV*, n° 225 ; *D.* 1995, somm. p. 91, obs. L. AYNES ; *Defrénois* 1994, p. 1468, note D. MAZEAUD ; *JCP* 1994, I, 3803, note M. BILLIAU ; *RTD civ.* 1995, p. 113, obs. J. MESTRE.

¹¹³⁵ Il en est de même lorsque la délégation est parfaite, ou novatoire, c'est-à-dire que le délégataire consent à libérer le délégant de son obligation préalable. V., en ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 531 ;

¹¹³⁶ Cass. civ., 24 janvier 1872, *DP* 1873, 1, p. 75. V. également Cass. civ. 1^{ère}, 25 février 1992, *JCP* 1992, II, 21922, 2^{ème} espèce, note M. BILLIAU ; Cass. com., 7 décembre 2004, *Bull. civ. IV*, n° 214 ; *Defrénois* 2005, p.

Cette solution se conçoit parfaitement lorsque la délégation est certaine, autrement dit que le délégué paie sa propre dette, indépendamment de toute référence à l'obligation principale¹¹³⁷. Elle apparaît plus contestable lorsque le délégué se contente de s'engager en considération de la dette du délégant. La délégation n'est alors que l'équivalent d'un cautionnement, car le délégué ne paie pas véritablement une dette propre¹¹³⁸. Il conviendrait plutôt d'appliquer, dans ce cas, le même régime des exceptions que pour le cautionnement. Quoiqu'il en soit, la délégation ne présente que peu de spécificité, du point de vue de la règle de l'accessoire¹¹³⁹.

300. Règle de l'accessoire et naissance des garanties indirectes de paiement. Les garanties indirectes de paiement, quant à elles, devraient se situer dans la même optique que le cautionnement. En toute logique, le caractère indemnitaire de la promesse doit laisser la possibilité au garant de soulever les exceptions tirées des vices de l'obligation principale : en l'absence de cet élément, le créancier ne subit aucun préjudice du fait de l'inexécution¹¹⁴⁰. La Cour de cassation semble en décider ainsi, avec, il est vrai, une certaine maladresse. Si l'on connaît les controverses relatives au caractère accessoire de la promesse de porte-fort¹¹⁴¹, les juges se dirigent plutôt vers une assimilation de la promesse de porte-fort au cautionnement¹¹⁴². Contestée au regard de la différence conceptuelle entre le cautionnement et la promesse¹¹⁴³, la solution se justifie au regard du mécanisme du porte-fort d'exécution. Pour

627, obs. E. SAVAUX ; *Banque et dr.* mars-avril 2005, p. 39, obs. N. RONTCHEVSKY. Le principe est tout aussi valable, que l'exception affecte la naissance ou l'exception de la dette du délégant.

¹¹³⁷ L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 324.

¹¹³⁸ N. RONTCHEVSKY, obs. préc. sous Cass. com., 7 décembre 2004 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 361 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, *eod. loc.* *Contra*, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 339 : l'originalité de la délégation provient de ce que la dette du délégué est propre, tandis que la caution paie la dette du débiteur principal. Mais en réalité, le cautionnement fait naître une dette calquée sur celle du débiteur. Aucune différence conceptuelle n'apparaît alors avec la délégation incertaine : Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 361.

¹¹³⁹ C'est ce qui amène certains auteurs à nier l'existence de la délégation en l'absence de créance préexistante du délégant sur le délégué : M. BILLIAU, *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1989, n° 9 et s. ; J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général*, *op. cit.*, n° 509 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, *eod. loc.*

¹¹⁴⁰ L. LEVENEUR, obs. sous Cass. com., 13 décembre 2005, *Contrats conc. conso.* 2006, comm. n° 63 ; Ph. SIMLER, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005.

¹¹⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005, *Bull. civ. I*, n° 43 ; *RTD civ.* 2005, p. 391, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *Contrats conc. conso.* 2005, n° 81, obs. L. LEVENEUR ; *Dr. et patr.* octobre 2005, p. 104, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 13 décembre 2005, *Bull. civ. IV*, n° 256 ; *JCP* 2006, II, 10021, note Ph. SIMLER ; *JCP E* 2006, p. 1342, note P. GROSSER ; *Deffrénois* 2006, p. 414, obs. E. SAVAUX ; *Contrats conc. conso.* 2006, n° 63, obs. L. LEVENEUR ; *Banque et dr.* mars-avril 2006, p. 60, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RTD civ.* 2006, p. 305, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; Cass. com., 18 décembre 2007, *Banque et dr.* mars 2008, p. 43, obs. N. RONTCHEVSKY. La chambre commerciale reconnaît à cette figure un caractère accessoire proche de celui du cautionnement, à l'inverse de la première chambre civile.

¹¹⁴² Cass. com., 18 décembre 2007, préc.

¹¹⁴³ P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 51 et s. ; N. RONTCHEVSKY, obs. préc. sous Cass. com., 13 décembre 2005, spéc. p. 62 et s. ; P. GROSSER, note préc. sous

les mêmes raisons, les lettres d'intention¹¹⁴⁴ et les sûretés négatives¹¹⁴⁵ doivent pouvoir être remises en cause par le vice affectant l'obligation principale, tout comme la compensation, subordonnée à la validité des créances compensables. Elle ne pourrait se produire dans le cas inverse, et ce, quel que soit le type de compensation¹¹⁴⁶. La règle de l'accessoire est donc pleinement suivie par ces garanties indirectes de paiement.

301. Règle de l'accessoire et naissance des garanties réelles de paiement. Les garanties réelles de paiement appliquent, elles aussi, extensivement la règle de l'accessoire au moment de leur naissance. A cet égard, les sûretés réelles peuvent être comparées au cautionnement, avec lequel elles partagent la caractéristique de largement suivre l'obligation principale. D'abord, elles ne sauraient exister en l'absence d'une telle obligation. Le fait que les obligations garanties ne soient pas encore déterminées au moment de la conclusion de la garantie n'établit aucune exception à cette règle, car la créance principale doit tout de même, à ce moment, être déterminée : elle doit naître durant la période de couverture et l'identité des parties est d'ores et déjà connue¹¹⁴⁷. Par ailleurs, la démonstration d'un vice affectant l'obligation garantie se répercute nécessairement sur la garantie réelle, qui disparaît avec elle¹¹⁴⁸.

Ces principes se retrouvent, tant dans les sûretés réelles traditionnelles que dans les propriétés-garanties ou dans le droit de rétention. Le droit réel accordé au créancier est subordonné à la présence d'une obligation principale qu'il vient renforcer et ne peut survivre au prononcé de la nullité de cette obligation.

Cass. com., 13 décembre 2005 ; Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005 ; I. RIASSETTO, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », *RLDC* avril 2006, p. 26, spéc. n° 18 et s. ; D. ARLIE, « Pour une juste conception du porte-fort d'exécution », *D.* 2006, p. 2244. V. toutefois, sur l'absence d'originalité du porte-fort d'exécution, R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc., n° 7 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 423 et s.

¹¹⁴⁴ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 363 et s.

¹¹⁴⁵ La préservation du patrimoine du débiteur n'est pas une fin en soi et, comme pour les garanties indemnitaires, l'engagement de la responsabilité suppose un préjudice constitué par l'inexécution. V., sur ce point, M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 155.

¹¹⁴⁶ Si l'article 1291 du Code civil ne cite pas la validité des obligations compensables au titre des conditions de la compensation légale au côté de la fongibilité, la liquidité et l'exigibilité, c'est parce que cette condition coule de source.

¹¹⁴⁷ Les articles 2336 et 2421 du Code civil posent même en condition de validité du gage et de l'hypothèque, la cause de la créance principale et la désignation de la créance garantie. L'exigence de déterminabilité des créances principales apparaît alors plus stricte qu'en matière de cautionnement.

¹¹⁴⁸ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 340. Il convient de réserver, comme en matière de cautionnement, l'hypothèse de l'obligation de restitution consécutive à l'anéantissement d'une obligation successive. Les juges considèrent que cette obligation est également garantie par la caution. On peut imaginer qu'il en est de même en matière de sûretés réelles. Mais il ne s'agit pas exactement d'une exception au principe, l'obligation de restitution étant elle-même valable.

302. Règle de l'accessoire et naissance de la solidarité passive. Toutes les garanties de paiement, pourtant, ne suivent pas des principes similaires au cautionnement ou à la garantie autonome dans l'application de la règle de l'accessoire. Si l'engagement du codébiteur solidaire, qui repose sur l'unité de dette, est subordonné à la présence de l'obligation, les exceptions opposables par lui sont moins nombreuses que celles dont peut se prévaloir la caution¹¹⁴⁹. Il bénéficie uniquement de celles qui sont inhérentes à la dette, et dans une certaine mesure des exceptions mixtes, mais pas de celles qui sont personnelles à un autre codébiteur¹¹⁵⁰. Même si l'écart avec les règles concernant le cautionnement semble se réduire depuis que la Cour de cassation s'est prononcée en faveur de l'inopposabilité par la caution de certaines exceptions personnelles au débiteur, une assimilation demeure hors de question. Le fait que la dette de la caution soit calquée sur celle du débiteur principal et dans sa dépendance, alors que celle du codébiteur solidaire est la dette principale, fait obstacle à un régime unitaire des exceptions.

Les règles diffèrent même selon que le coobligé est tenu solidairement ou *in solidum*, malgré la proximité de ces deux types de solidarité. L'obligation *in solidum*, en effet, ne produit pas les effets secondaires de la solidarité¹¹⁵¹, solution dont les fondements, il est vrai, ne sont pas à l'abri de tout reproche¹¹⁵².

303. Règle de l'accessoire et naissance de l'action directe. L'action directe, enfin, constitue un parfait exemple de diversité, dans l'opposabilité par le garant des exceptions

¹¹⁴⁹ V., sur le fondement du régime des exceptions dans le cadre de la solidarité, M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 398 et s. Le raisonnement retenu par cet auteur est toutefois contestable, car on ne distingue guère de différence d'objet entre l'engagement de la caution et du débiteur solidaire non intéressé à la dette : Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 379 ; *adde* M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 614 : « il est injuste de traiter différemment le codébiteur non intéressé d'une caution puisque fondamentalement le rôle qu'ils tiennent est le même » ; *contra*, P. ANCEL, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, spéc. p. 409.

¹¹⁵⁰ L'article 1208 du Code civil établit clairement la distinction entre ces deux types d'exceptions. V., sur cette question, J. FRANÇOIS, *Les obligations, régime général, op. cit.*, n° 202 et s ; M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 398 et s. et 507 et s. ; et, dans une perspective historique, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 714 et s.

¹¹⁵¹ La Cour de cassation donne par exemple des solutions opposées quant à l'opposabilité de la transaction par les coobligés solidaires et *in solidum* : Cass. com., 28 mars 2006, *D.* 2006, p. 2381, note A.-L. THOMAT-RAYNAUD ; *RDC* 2006, p. 806, obs. X. LAGARDE ; *RTD civ.* 2006, p. 766, obs. J. MESTRE et B. FAGES, concernant la solidarité et Cass. com., 31 octobre 2001, *Bull. civ.* IV, n° 115, concernant l'obligation *in solidum*.

¹¹⁵² V., pour une réflexion sur le fondement de l'obligation *in solidum* à partir de la question des exceptions, J. FRANÇOIS, *Les obligations, régime général, op. cit.*, n° 232 : la seule idée de garantie devrait conduire à reconnaître les effets secondaires de la solidarité au profit du créancier de l'obligation *in solidum*, qui pourrait plus aisément exercer les poursuites contre les différents débiteurs. Toutefois, il est possible de considérer que l'obligation *in solidum*, tout comme la solidarité parfaite, constitue une garantie sans pour autant être fondée sur la garantie.

issues du rapport principal¹¹⁵³. En l'absence de règles générales relatives à l'action directe, il faut, pour déterminer le régime des exceptions, observer au cas par cas chaque action octroyée à un créancier impayé. La distinction entre actions directes parfaites et imparfaites¹¹⁵⁴ offre une grille de lecture satisfaisante : la date d'immobilisation de la créance du débiteur intermédiaire marque, en effet, le moment à compter duquel les exceptions tirées de leurs relations sont inopposables au bénéficiaire¹¹⁵⁵. L'action directe parfaite est donc beaucoup plus efficace, puisque la créance est irrémédiablement immobilisée au profit du créancier dès sa naissance. Mais ces règles ne sont pas appliquées aux actions directes en garantie ou responsabilité, la Cour de cassation retenant en la matière une opposabilité des exceptions¹¹⁵⁶. Les fondements de cette distinction¹¹⁵⁷ doivent probablement être trouvés dans les principes d'équité¹¹⁵⁸, ce qui montre bien que la fonction de garantie n'est pas réellement facteur d'unité en la matière.

L'application de la règle de l'accessoire lors de la naissance de la garantie divise donc les garanties personnelles en trois catégories bien distinctes, même si l'écart tend à se réduire entre elles. Certaines d'entre elles donnent lieu à une application extensive de cette règle, d'autres sont au contraire marquées par un principe d'autonomie et d'autres encore, bien plus rares, se situent dans une position intermédiaire. Les solutions sont assez similaires au stade de l'extinction des garanties.

B) Règle de l'accessoire et extinction des garanties de paiement.

304. Distinction entre les deux phases de la garantie. Il ne s'agit pas, ici, de déterminer les causes autonomes d'extinction de la garantie¹¹⁵⁹, mais uniquement de vérifier la façon dont elle réagit à l'anéantissement de l'obligation garantie.

¹¹⁵³ V. toutefois Ch. JAMIN, *op. cit.*, n° 357 et s. L'auteur estime que l'inopposabilité des exceptions procède de la combinaison de l'existence d'un droit propre et de l'immobilisation de la créance. Plus généralement, il montre que l'action directe n'est qu'un mécanisme correcteur reposant sur des considérations d'équité (*op. cit.*, n° 299 et s.) L'unité déduite de ces concepts apparaît malgré tout précaire en raison de leur imprécision. V., sur la diversité de fondements de l'action directe, M.-L. IZORCHE, *Rép. civ. Dalloz, V° Action directe*, art. préc., n° 27 et s. ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 1105 et s.

¹¹⁵⁴ A. PLANCQUEEL, *Contribution à l'étude des actions directes*, thèse Lille, 1935.

¹¹⁵⁵ M. COZIAN, *op. cit.*, n° 55 et s. ; J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 1203 et s.

¹¹⁵⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 9 janvier 1991, *Bull. civ. III*, n° 10 ; Cass. civ. 3^{ème}, 26 mai 1992, *Bull. civ. III*, n° 176 ; *JCP* 1992, I, 3625, n° 13, obs. G. VINEY ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 249 ; *Contrats conc. conso.* 1995, comm. n° 159, obs. L. LEVENEUR ; *JCP* 1995, I, 3893, n° 29, obs. G. VINEY ; *D.* 1996, p. 396, somm. p. 395, obs. D. MAZEAUD ; *ibid.*, somm., p. 14, obs. O. TOURNAFOND ; *Rev. dr. immo.* 1996, p. 74, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI.

¹¹⁵⁷ Sur laquelle v. J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 1211 et s.

¹¹⁵⁸ Ch. JAMIN, *op. cit.*, n° 299.

¹¹⁵⁹ Sur ces questions, v. *supra*, n° 221 et s.

La phase de couverture prend fin par voie accessoire lorsque plus aucune incertitude ne demeure sur l'exécution de l'obligation principale. En effet, plus aucun risque n'est couvert, ce qui fait obstacle à l'existence de toute garantie¹¹⁶⁰. Tel est le cas lorsque la garantie porte sur une dette déterminée et unique, quand elle s'éteint pour un motif quelconque, ou encore, si la garantie porte sur plusieurs dettes ou sur des dettes indéterminées, lorsque la dernière d'entre elle disparaît.

La question de l'obligation de règlement présente bien plus de difficultés. Comme précédemment concernant la naissance de la garantie, son extinction par voie accessoire est étroitement liée à la question de l'opposabilité des exceptions. Si, en effet, l'obligation principale est éteinte, la règle de l'accessoire postule la possibilité, pour le garant, de s'en prévaloir pour combattre la demande en paiement du bénéficiaire.

La liste des exceptions relatives à l'extinction de l'obligation principale est longue. Elle comprend le paiement direct ou par compensation, mais aussi la prescription, la novation, la dation en paiement. La créance principale pouvait également, avant la réforme du 26 juillet 2005, être éteinte en raison d'un défaut de déclaration de créance à la procédure collective du débiteur, mais cette sanction n'est plus en vigueur aujourd'hui, remplacée par l'impossibilité, pour le créancier négligent, de prendre part à la répartition de l'actif restant entre créanciers. Plusieurs catégories de modes d'extinction coexistent au sein de cette énumération : parfois, le créancier trouve satisfaction, ce qui met fin au rapport d'obligation. Parfois, au contraire, l'extinction se produit sans pour autant que le créancier n'obtienne le résultat envisagé ou un équivalent. Cela préfigure le danger qu'il y a à appliquer aveuglément le principe de l'accessoire, sans distinguer selon les causes d'extinction. C'est pourquoi son champ d'application est nécessairement limité, y compris dans les garanties les plus accessoires.

305. Atténuation jurisprudentielle du caractère accessoire du cautionnement. La caution, ainsi, ne pouvant être engagée plus sévèrement que le débiteur principal, devrait pouvoir se prévaloir de toutes ces causes d'extinction de la créance principale. Pourtant, la réalité est différente. La jurisprudence semble aujourd'hui remettre en cause la portée réputée absolue du caractère accessoire du cautionnement¹¹⁶¹. Il est possible que les juges se prononcent en faveur du caractère purement personnel de certaines exceptions relatives à l'extinction de la dette principale, tout comme ils l'ont fait en matière de dol¹¹⁶². Une décision

¹¹⁶⁰ V. *supra*, n° 101, sur les relations entre le risque et les sûretés personnelles.

¹¹⁶¹ V. *supra*, n° 294.

¹¹⁶² Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, préc.

peut déjà être interprétée en ce sens, qui énonce que la renonciation par le créancier aux poursuites contre le débiteur ne libère pas la caution¹¹⁶³. On se trouve alors dans une situation où la caution demeure tenue alors que le débiteur est déjà libéré. La solution, encore une fois, est critiquée¹¹⁶⁴. Elle pourrait s'expliquer par le fait que la renonciation aux poursuites contre le débiteur ne fait pas disparaître la dette principale, de sorte que la caution reste tenue¹¹⁶⁵. Elle n'en apporte pas moins une dérogation notable au principe de l'accessoire, la caution étant finalement plus sévèrement tenue que le débiteur¹¹⁶⁶, en dépit des termes de l'article 2290 du Code civil.

306. Conflit entre le caractère accessoire du cautionnement et son efficacité. Par ailleurs, le principe de l'accessoire trouve une limite rationnelle dans la définition de la garantie. Le but du cautionnement, comme de toute garantie, est de procurer au bénéficiaire une certaine sécurité, qui se concrétise par la naissance d'une phase de règlement en cas de survenance du risque. En conséquence, c'est au moment où se réalise le risque d'impayé que le cautionnement doit se révéler le plus efficace, si bien que la finalité de cette sûreté doit primer sur le caractère accessoire¹¹⁶⁷. C'est d'ailleurs le propre de l'accessoire que de renforcer le principal dans le cas où il peinerait à atteindre son but¹¹⁶⁸. Si, en conséquence, l'extinction de la garantie apparaît naturelle dans l'hypothèse où le créancier obtient satisfaction, elle prête largement à discussion en cas de défaillance du débiteur principal.

Cette constatation est riche de conséquences lorsque le débiteur principal se trouve sous le coup d'une procédure collective. Le risque d'impayé n'est jamais aussi important que dans cette situation, de sorte que les garanties doivent présenter un degré supérieur d'efficacité. Une application à la lettre du principe de l'accessoire est alors difficilement envisageable. L'ouverture de la procédure collective entraîne en effet une limitation drastique

¹¹⁶³ Cass. com., 22 mai 2007, *D.* 2007, p. 1999, note O. DESHAYES ; *Rev. dr. banc. fin.* 2007, comm. n° 147, obs. A. CERLES ; *JCP* 2007, I, 212, n° 8, obs. Ph. SIMLER.

¹¹⁶⁴ O. DESHAYES, obs. préc. sous Cass. com., 22 mai 2007, n° 17 et s. ; Ph. SIMLER, obs. préc. sous Cass. com., 22 mai 2007.

¹¹⁶⁵ O. DESHAYES, obs. préc. sous Cass. com., 22 mai 2007. L'auteur se réfère à la théorie dualiste de l'obligation.

¹¹⁶⁶ Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 713.

¹¹⁶⁷ D. LEGAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », art. préc. ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 35 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 52 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 716 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 67.

¹¹⁶⁸ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 19 et s. ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 280 et s. ; M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », art. préc., n° 20.

des droits du créancier antérieur contre le débiteur principal¹¹⁶⁹. Si ces solutions étaient étendues aux rapports entre le créancier et la caution, la garantie n'ajouterait rien aux prérogatives du créancier dans les situations les plus critiques, si bien qu'elle perdrait toute efficacité et toute utilité. La fonction de la garantie, qui est son principal élément de définition, ne serait pas accomplie. Logiquement, quelques aménagements au principe de l'accessoire doivent donc être apportés. De nombreux auteurs en conviennent, sans pour autant en tirer de conséquences sur l'intensité du principe de l'accessoire¹¹⁷⁰.

307. Tempéraments au caractère accessoire du cautionnement en cas de procédure collective. Dans ces conditions, il est compréhensible que le droit positif manque singulièrement de cohérence. Avant la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005¹¹⁷¹, la jurisprudence estimait que le défaut de déclaration de créance à la procédure collective du débiteur empêchait le créancier de poursuivre la caution, car il s'agissait d'une exception inhérente à la dette¹¹⁷². De même, l'arrêt du cours des intérêts durant la période d'observation profite à la caution¹¹⁷³, à moins qu'elle ne soit une personne physique et que le débiteur ne se trouve en redressement judiciaire¹¹⁷⁴. Le garant peut enfin se prévaloir des dispositions de l'accord homologué consécutif à un traitement amiable des difficultés de l'entreprise débitrice, en application de l'article L. 611-10, alinéa 3 du Code de commerce. Mais au contraire, les mesures résultant d'un plan de redressement ne peuvent profiter à la caution¹¹⁷⁵, et les dispositions du plan de sauvegarde ne peuvent être invoquées que par les cautions personnes physiques¹¹⁷⁶. Ainsi, l'application du principe de l'accessoire dans le cautionnement donne lieu, en cas de procédure collective du débiteur principal, à des

¹¹⁶⁹ L'ouverture de la procédure collective fait notamment obstacle aux paiements et aux poursuites des créanciers antérieurs, et interrompt le cours des intérêts. V., en ce sens, les articles L. 622-7 et, par renvoi, L. 631-14 du Code de commerce, concernant respectivement la sauvegarde et le redressement judiciaire.

¹¹⁷⁰ V. toutefois D. LEGAIS, *op. cit.*, n° 62.

¹¹⁷¹ V. sur cette question, sous l'empire de la loi du 15 janvier 1985, F. BUSSIERE, *Garanties personnelles et procédures collectives*, thèse Paris I, 2002, n° 17 et s. L'auteur estimait que la position de la caution lors de la procédure collective du débiteur était à la fois très variable et insusceptible d'explication unitaire.

¹¹⁷² Cass. com., 17 juillet 1990 (2 arrêts), *Bull. civ. IV*, n° 214 ; *D.* 1990, p. 494, note. A. HONORAT ; *D.* 1991, somm. p. 12, obs. F. DERRIDA ; *Rev. dr. banc. bourse* 1990, p. 246, obs. M.-J. CAMPANA et J.-M. CALENDINI ; *JCP E* 1991, I, 46, n° 11, obs. M. CABRILLAC et Ph. PETEL ; *RTD com.* 1990, p. 643, obs. Y. CHAPUT ; *Rev. proc. coll.* 1991, p. 110, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. com., 23 octobre 1990, *Bull. civ. IV*, n° 244. Aujourd'hui, la question se pose beaucoup moins, car le créancier négligent n'est plus sanctionné par l'extinction de la créance non déclarée.

¹¹⁷³ Article L. 622-28 du Code de commerce, issu de la loi de sauvegarde du 26 juillet 2005. Cette mesure ne profite toutefois qu'aux personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales.

¹¹⁷⁴ Article L. 631-14 du Code de commerce. La mesure a pour but d'augmenter l'attractivité de la procédure de sauvegarde par rapport au redressement judiciaire.

¹¹⁷⁵ Article L. 631-20 du Code de commerce.

¹¹⁷⁶ Article L. 626-11 du Code de commerce.

solutions variées et transactionnelles qui suffisent à révéler l'existence d'impératifs multiples et parfois contradictoires. La règle de l'accessoire et la finalité de la garantie s'accompagnent d'autres considérations, telles que la qualité du garant. Or la règle de l'accessoire ne peut en elle-même justifier des différences de traitement entre les cautions personnes physiques ou personnes morales. Quelles que soient leurs justifications, les entorses qui l'assortissent montrent bien qu'il ne s'agit que d'un principe directeur ne revêtant en aucun cas une portée absolue¹¹⁷⁷. L'extinction du cautionnement n'a pas toujours lieu lorsque disparaît la créance principale, entièrement ou pour partie.

308. Subsistance de la règle de l'accessoire lors de l'extinction de la garantie autonome.

Si l'application de la règle de l'accessoire n'est jamais absolue au stade de l'extinction de la garantie, elle ne peut pas davantage être entièrement écartée. Le garant autonome ne peut en principe opposer au bénéficiaire, lors de l'appel de la garantie, aucune exception tenant à l'extinction de la dette principale¹¹⁷⁸. En conséquence, une garantie autonome peut fort bien survivre à l'anéantissement de la dette du donneur d'ordre. La règle de l'accessoire se trouve purement et simplement écartée.

Le constat doit pourtant être nuancé, pour les raisons déjà exposées s'agissant de la validité de l'obligation principale. Le principe d'inopposabilité des exceptions ne s'applique qu'au moment de l'appel de la garantie. Si, ultérieurement, cet appel se révèle mal fondé, le bénéficiaire ne pourra conserver les sommes perçues. Le lien entre la garantie et le contrat de base n'est donc pas entièrement rompu, mais temporairement écarté¹¹⁷⁹. Ensuite, le garant dispose malgré tout de la possibilité de s'opposer à la demande sur le fondement de la fraude¹¹⁸⁰ ou de l'abus manifeste¹¹⁸¹. Tel est le cas lorsque le bénéficiaire avait reconnu son inexécution du contrat de base¹¹⁸², ou encore lorsque l'exécution par le donneur d'ordre était indiscutée¹¹⁸³. En somme, si le principe demeure celui de l'inopposabilité des exceptions, le rapport fondamental réapparaît indirectement par l'intermédiaire de la notion d'abus manifeste¹¹⁸⁴. Le bénéficiaire peut obtenir le paiement sans aucune contestation si un doute

¹¹⁷⁷ D. GRIMAUD, *op. cit.*, n° 215 et s. ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 62.

¹¹⁷⁸ V. *supra*, n° 296.

¹¹⁷⁹ V., sur la question des recours ouverts aux différents intervenants, *infra*, n° 383 et 386.

¹¹⁸⁰ Cass. com., 11 décembre 1985, préc. ; Cass. com., 10 juin 1986, préc.

¹¹⁸¹ Cass. com., 20 janvier 1987, préc.

¹¹⁸² Cass. com., 6 février 1990, *Bull. civ.* IV, n° 33 ; D. 1990, somm. p. 213, obs. M. VASSEUR ; et, dans la même affaire, CA Paris, 27 juin 1988, D. 1989, somm. p. 151, obs. M. VASSEUR.

¹¹⁸³ Cass. com., 10 juin 1986, préc.

¹¹⁸⁴ J. STOUFFLET, obs. préc. sous Cass. com., 20 janvier 1987.

persiste sur la subsistance d'une obligation principale. En l'absence d'une telle incertitude, l'appel de la garantie présente un caractère manifestement abusif¹¹⁸⁵. La solution est compréhensible : eu égard à la fonction de garantie de cette sûreté personnelle, on admettrait difficilement que le bénéficiaire puisse obtenir un double paiement et, en conséquence, un enrichissement injustifié. Elle est aussi conforme à l'origine de la garantie autonome, qui est au départ une alternative à la constitution d'un dépôt de garantie¹¹⁸⁶. Nul n'est besoin d'y recourir si le contrat principal a manifestement été exécuté par le donneur d'ordre.

Enfin et surtout, la règle de l'inopposabilité des exceptions par le garant autonome est soumise à rude épreuve dans le cadre des procédures collectives. Auparavant étranger à l'ouverture de la procédure à l'encontre du donneur d'ordre¹¹⁸⁷, le garant autonome y est de plus en plus souvent traité comme une caution¹¹⁸⁸. L'objectif visé par le législateur apparaît clairement. Les parties recourent de plus en plus souvent aux garanties autonomes de préférence au cautionnement, jugé moins efficace en raison de son caractère accessoire très accentué et de la faculté largement reconnue à la caution de se prévaloir des imperfections de l'obligation principale¹¹⁸⁹. Ce phénomène, perceptible depuis que la Cour de cassation avait fait une règle de forme de la mention manuscrite de l'article 1326 du Code civil¹¹⁹⁰, procède aussi d'une volonté de contournement des nombreuses règles protectrices de la caution. Ainsi, les dispositions de la loi de sauvegarde, ainsi que l'assimilation par les juges de la garantie

¹¹⁸⁵ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 421 : l'important est que l'absence de droit du bénéficiaire soit incontestée.

¹¹⁸⁶ V., concernant les origines historiques de la garantie indépendante, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 315. Et, sur les conséquences de cette analyse sur sa nature juridique, Ch. MOULY, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne », art. préc. ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 343 et s. ; P. CROCQ, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », art. préc., n° 7 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 449 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 337 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 483.

¹¹⁸⁷ V., à cet égard, F. BUSSIERE, *op. cit.*, n° 166 et s. L'étude fut menée sous l'empire de la loi du 25 janvier 1985.

¹¹⁸⁸ Un certain nombre de dispositions de la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005, insérée dans le Code de commerce, s'appliquent aussi bien aux cautions qu'aux garants autonomes, voire aux coobligés : v. les articles L. 611-10, relatif à l'opposabilité de l'accord homologué consécutif à la conciliation ; L. 622-28 et L. 631-14, relatifs à la suspension des poursuites et à l'arrêt du cours des intérêts durant la période d'observation ; L. 626-11 et L. 631-20, relatifs à l'opposabilité des plans de sauvegarde et de redressement.

¹¹⁸⁹ V. notamment Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », art. préc.

¹¹⁹⁰ V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1984, *Bull. civ. I*, n° 71 ; *JCP* 1985, II, 20442, note M. STORCK ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1987, *Bull. civ. I*, n° 210 ; *D.* 1987, somm. p. 442, obs. L. AYNES ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 mai 1988, *Bull. civ. I*, n° 163 ; *D.* 1989, somm. p. 289, 1^{ère} espèce, obs. L. AYNES ; *JCP* 1989, II, 21181, note Ph. SIMLER. Cette solution de la première chambre civile, jamais suivie par la chambre commerciale, a ensuite été abandonnée : Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 1989, *Bull. civ. I*, n° 348 ; *D.* 1990, p. 177, note Ch. MOULY ; *JCP* 1990, II, 21422, note D. LEGEAIS ; *Deffrénois* 1990, p. 441, obs. L. AYNES ; *RTD civ.* 1990, p. 313, obs. M. BANDRAC. Toutefois, cet épisode a marqué le début de l'établissement d'un formalisme du cautionnement. V., sur cette question générale de la protection de la caution par le formalisme, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 177 et s.

autonome au cautionnement, relativement à l'étendue des biens engagés par le garant¹¹⁹¹, ont pour but de faire échec à cette liberté des parties dans la qualification de la garantie.

Cela montre le caractère artificiel de la distinction entre cautionnement et garantie autonome selon le critère de l'opposabilité des exceptions. Ces deux figures sont bien souvent assimilées, dans une optique de création d'un régime primaire des sûretés personnelles dans lequel serait mise en avant la protection du garant¹¹⁹². Mais l'enseignement principal est le caractère relatif de l'inopposabilité des exceptions au sein de la garantie autonome. Les dispositions applicables en cas de procédure collective du débiteur mettent en évidence le lien subsistant entre elles et le rapport fondamental.

309. Différence de degré dans le caractère accessoire du cautionnement et de la garantie autonome. De même que l'application au cautionnement de la règle de l'accessoire est beaucoup moins systématique qu'on ne l'admet habituellement, la garantie autonome demeure unie par un lien, même s'il est très distendu, avec l'obligation principale. On assiste alors à un rapprochement significatif entre les deux pôles des sûretés personnelles, cautionnement et garantie autonome, ce qui plaide en faveur d'une certaine unité dans l'application du principe de l'accessoire au sein des garanties de paiement. En réalité, la différence entre eux, de ce point de vue, n'est pas aussi significative qu'il n'y paraît. Tous deux constituent des garanties de paiement, subordonnées dans une certaine mesure à une obligation principale et donnant lieu à l'opposabilité de certaines exceptions.

Pour autant, l'unification est loin d'être absolue. Seules certaines dispositions éparses assimilent cautionnement et garantie autonome, et le régime des exceptions diffère toujours dans une large mesure au moment de l'appel de la garantie. Même si leur structure et leur but sont finalement comparables, comme le montre le fait que la garantie autonome soit utilisée en tant que substitut au cautionnement, l'étendue du risque couvert par le garant n'en diffère pas moins. Ainsi, la caution couvre principalement le risque d'inexécution de l'obligation, beaucoup plus rarement celui de l'imperfection de cette obligation. Le garant autonome, pour sa part, prend non seulement à sa charge le risque d'impayé, mais également celui

¹¹⁹¹ La Cour de cassation a jugé que l'article 1415 du Code civil, qui restreint l'étendue des biens engagés par le garant commun en biens, était applicable à la garantie autonome : Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, *D.* 2006, p. 2539, note A.-S. COURDIER-CUISINIER ; *JCP* 2006, II, 10141, note S. PIEDELIEVRE ; *RTD civ.* 2006, p. 593, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 2006, p. 2425, note O. GOUT ; *ibid.*, p. 2824, note Ph. SIMLER ; *Banque et dr.* juillet.-août 2006, p. 56, note F. JACOB.

¹¹⁹² M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 838 et s. ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 43. Les auteurs fondent les règles protectrices du garant personnel sur le devoir de loyauté dont est tenu le créancier. Mlle BOURASSIN propose également des règles spéciales liées à la qualité de personne physique (*op. cit.*, n° 876 et s.) ou de consommateur (*op. cit.*, n° 892 et s.)

d'imperfection de l'obligation principale¹¹⁹³. Ainsi, la différence d'intensité du caractère accessoire subsiste malgré le rapprochement relatif des garanties personnelles.

310. Règle de l'accessoire et extinction des autres garanties personnelles de paiement.

Concernant les autres garanties personnelles de paiement, il convient dans une large mesure de se reporter aux solutions gouvernant la formation des garanties. Le constitut et la délégation imparfaite sont régis, à chaque stade de la garantie, par le même principe d'inopposabilité des exceptions que subit le garant autonome, si bien que l'extinction de la dette principale ne peut être invoquée par le constituant ou le délégué.

Au contraire, l'extinction par accessoire des garanties indemnitaires se rapproche de celle du cautionnement, quand bien même le garant ne s'engagerait pas à payer la dette du débiteur¹¹⁹⁴. Si l'obligation du débiteur disparaît pour une raison quelconque, le créancier ne peut plus se prévaloir d'un préjudice pour engager la responsabilité du souscripteur, à moins d'une stipulation contraire, de sorte que le caractère indirect de ces garanties ne s'oppose pas à une large application de la règle de l'accessoire au stade de leur extinction¹¹⁹⁵.

Seules la solidarité et l'action directe présentent une originalité, de ce point de vue de l'opposabilité des exceptions¹¹⁹⁶. Les appréciations suscitées par ces solutions au stade de la formation de la garantie s'appliquent également au moment de leur extinction.

311. Règle de l'accessoire et extinction des sûretés réelles. Les garanties réelles de paiement répondent aussi très largement à la règle de l'accessoire, au stade de leur extinction. Elles ne résistent pas à l'anéantissement de l'obligation principale, à moins, bien sûr, que la garantie ne porte sur une pluralité de dettes ou ne s'étende sur une période donnée. C'est le cas concernant les sûretés traditionnelles telles que le gage, l'hypothèque, l'antichrèse ou le

¹¹⁹³ Et ce, même si cette prise en charge, seulement provisoire, peut ensuite donner lieu à des recours contre le bénéficiaire : v., sur cette question, *infra*, n° 386.

¹¹⁹⁴ En ce sens, L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 325 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 391 et s. ; I. RIASSETTO, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », art. préc., spéc. n° 18 et s. ; Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005, spéc. p. 317 ; J. MESTRE et B. FAGES, obs. préc. sous Cass. com., 13 décembre 2005, spéc. p. 307. *Contra*, R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc., n° 7 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 423. V. sur cette question, *infra*, n° 431.

¹¹⁹⁵ Rapp., au stade de la formation, *supra*, n° 300. V., toutefois, H. SYNDET, obs. préc. sous Cass. com., 21 décembre 1987, spéc. p. 404 : l'auteur estime que le défaut de déclaration de créance à la procédure collective du débiteur ne fait pas obstacle à l'action contre le souscripteur de la lettre d'intention. L'analyse, pourtant, ne convainc pas. Il n'est d'abord guère cohérent que la caution puisse profiter d'une protection dans cette hypothèse et que le souscripteur d'une lettre d'intention ne puisse s'en prévaloir malgré le caractère médiat de la garantie accordée. Le créancier, ensuite, a alors contribué à son propre dommage, ce qui doit mener à une exonération au moins partielle du garant.

¹¹⁹⁶ V., au stade de la formation de la garantie, *supra*, n° 302 et s.

nantissement¹¹⁹⁷. De même, la propriété retenue ou transférée à titre de garantie revient au débiteur une fois la dette garantie disparue¹¹⁹⁸. C'est naturellement le cas lorsque la sûreté a atteint son but, mais aussi lorsque l'obligation est anéantie à raison d'un vice qui l'aurait affectée, dans sa formation ou son exécution¹¹⁹⁹. Enfin, le créancier ne bénéficie plus d'un droit de rétention après l'extinction de la créance garantie, faute alors d'un lien de connexité entre la créance et la rétention, nécessaire à l'exercice de la faculté de blocage¹²⁰⁰.

Cette large application de la règle de l'accessoire n'est toutefois pas absolue. Comme le cautionnement, les sûretés réelles voient leur sort modifié par l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur. Il est vrai que les sûretés réelles assortissant les créances antérieures à l'ouverture de la procédure sont paralysées durant la période d'observation¹²⁰¹, voire annulées si elles ont été consenties durant la période suspecte¹²⁰², et aucun pacte comissoire ne peut être conclu ou mis en œuvre une fois la procédure ouverte¹²⁰³. Toutefois, de nombreuses exceptions entament ces principes, explicables par les objectifs spécifiques recherchés par les procédures collectives. Ainsi, les créanciers bénéficiant des privilèges des salaires peuvent être payés à l'échéance¹²⁰⁴, tout comme ceux qui disposent du privilège attaché aux créances postérieures au jugement d'ouverture et utiles à la procédure¹²⁰⁵. La Cour de cassation a aussi considéré que la réserve de propriété survivait à l'extinction de la créance garantie à raison du défaut de déclaration à la procédure collective de l'acquéreur¹²⁰⁶. C'est parfois aussi la finalité de garantie qui semble primer sur le principe de l'accessoire,

¹¹⁹⁷ J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 340.

¹¹⁹⁸ V. les articles 2371 du Code civil et L. 624-9 du Code de commerce en matière de réserve de propriété ; l'article 2029 du Code civil en matière de fiducie ; Cass. com., 22 novembre 2005, préc., concernant la cession de créances professionnelles par bordereau.

¹¹⁹⁹ On peut toutefois s'interroger sur la transposition aux sûretés réelles de la jurisprudence relative au sort du cautionnement en cas de disparition rétroactive du prêt, obligation principale. V., sur cette question en matière de cautionnement, Cass. com., 17 novembre 1982, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 mars 1997, préc.

¹²⁰⁰ Ici encore, il est concevable que le droit de rétention puisse garantir l'obligation de restitution en cas d'anéantissement rétroactif de l'obligation principale. V., en ce sens, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 1515.

¹²⁰¹ L'article L. 622-30 du Code de commerce prévoit en principe l'arrêt des inscriptions des sûretés à compter du jugement d'ouverture, sous réserve de quelques exceptions consenties notamment au Trésor public, au vendeur de fonds de commerce ou aux sûretés substituées. Les sûretés réelles sont surtout affectées par le principe d'interdiction des paiements formulé par l'article L. 622-7 du Code de commerce.

¹²⁰² La nullité est soit automatique, soit facultative selon que l'on se trouve dans les hypothèses prévues par les articles L. 632-1 ou L. 632-2, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

¹²⁰³ Articles L. 622-7, alinéa 1^{er}, L. 631-14, alinéa 1^{er} et L. 641-3 du Code de commerce.

¹²⁰⁴ Article L. 625-8 du Code de commerce.

¹²⁰⁵ Articles L. 622-17, I et L. 641-13, I du Code de commerce, relatifs respectivement à la période d'observation et la liquidation judiciaire.

¹²⁰⁶ Cass. com., 9 janvier 1996, *D.* 1996, p. 184, obs. F. DERRIDA ; *Rev. dr. immo.* 1996, p. 259, obs. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1996, p. 436, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 1997, p. 331, obs. A. MARTIN-SERF ; Cass. com., 1^{er} avril 2008, *D.* 2008, p. 2111, obs. P. CROCQ.

comme lorsque le législateur admet le retrait, durant la procédure collective, de la chose qui fait l'objet d'un gage ou d'un droit de rétention¹²⁰⁷, ou encore lorsqu'il autorise certaines revendications ou restitutions au profit de créanciers bénéficiaires de propriétés-garanties¹²⁰⁸.

Si les garanties réelles sont généralement entraînées dans la chute de l'obligation principale, elles s'en détachent parfois, sans que les motifs de cette dissociation ne soient parfaitement clairs ni unitaires. La nature du droit réel affecté en garantie¹²⁰⁹ apparaît à cet égard comme un paramètre tout aussi important que la politique législative¹²¹⁰ et le manque de cohérence dont elle fait preuve dans sa vision des sûretés et des procédures collectives¹²¹¹. Cela montre encore une fois qu'une garantie ne saurait être unie par un lien accessoire absolu à l'obligation principale, et que le caractère prétendument accessoire de la garantie fait face à d'autres impératifs contre lesquels elle doit s'incliner.

312. Règle de l'accessoire et extinction de la compensation. La question de l'anéantissement de l'obligation prend enfin un tour très singulier dans le cadre de la compensation, puisqu'il faut distinguer selon la date de l'extinction de la créance. Si l'exception est antérieure à la date à laquelle se produit la compensation, elle peut être utilement invoquée par le débiteur¹²¹², y compris dans le cadre d'une procédure collective¹²¹³. Ce découpage chronologique tranche au regard des solutions admises en matière de garanties personnelles de paiement.

¹²⁰⁷ Articles L. 622-7, alinéa 3 et L. 642-25, alinéa 1^{er} du Code de commerce.

¹²⁰⁸ V. les articles L. 624-16 du Code de commerce s'agissant de la réserve de propriété, et L. 624-10 de ce même code, qui dispense même le créancier de revendication lorsque le contrat portant sur le bien a fait l'objet d'une publicité obligatoire avant le jugement d'ouverture. Tel est le cas du contrat de crédit-bail.

¹²⁰⁹ Il est difficile d'assimiler la propriété au simple droit réel du créancier gagiste ou hypothécaire, en raison de la particularité du droit de propriété.

¹²¹⁰ Le sort réservé aux salariés s'explique par de tels impératifs, primordiaux dans le cadre des procédures collectives.

¹²¹¹ V., à cet égard, P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354, n° 8, sur la différence de traitement entre les sûretés réelles traditionnelles et la fiducie.

¹²¹² Il convient alors de comparer la date à laquelle la compensation s'opère de plein droit et celle de l'exception soulevée. Si les conditions de la compensation sont antérieures, elle ne peut être remise en cause. V., à titre d'illustration, Cass. com., 11 mars 1991, *Bull. civ.* IV, n° 105 ; *D.* 1991, p. 542, note G. DUBOC ; *JCP* 1991, II, 21726, note J.-F. MONTREDON ; *JCP E* 1991, II, 174, note D. LEGEAIS ; *RTD com.* 1991, 454, obs. A. MARTIN-SERF ; *Rev. proc. coll.* 1991, p. 211, obs. C. SAINT-ALARY-HOUIN, s'agissant de l'ouverture d'une procédure collective à l'encontre de l'un des créanciers ; Cass. com., 15 juin 1993, *Bull. civ.* IV, n° 242 ; *D.* 1993, p. 495, note Ch. LARROUMET ; *D.* 1994, somm. p. 18, obs. L. AYNES ; *RTD com.* 1993, p. 696, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Cass. com., 14 décembre 1993, *Bull. civ.* IV, n° 469 ; *D.* 1994, p. 269, note Ch. LARROUMET ; *RTD com.* 1994, p. 332, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE ; Cass. com., 8 février 1994, *Bull. civ.* IV, n° 55 ; *JCP* 1995, II, 22455, note D. AMMAR, s'agissant de la cession de l'une des deux créances.

¹²¹³ L'article L. 622-7 du Code de commerce exclut explicitement la compensation des dettes connexes du domaine de l'interdiction des paiements. Cette réserve est logique, puisque la compensation a pu se produire dès avant l'ouverture de la procédure.

313. Conclusion partielle. Le bilan de l'application de la règle de l'accessoire dans les garanties de paiement s'avère très contrasté, même si la règle de l'accessoire est appliquée à peu près à l'identique aux stades de la formation et de l'extinction de la garantie. Si l'opposition traditionnelle entre le cautionnement et la garantie autonome n'est finalement pas si tranchée qu'elle ne le semble au premier abord, elle n'en demeure pas moins présente. Certaines garanties suivent de toute évidence la règle de l'accessoire, en ce sens que la présence d'une obligation principale est nécessaire, et que les anomalies affectant cette obligation portent atteinte à l'efficacité de la garantie, sans que la règle de l'accessoire ne soit revêtue d'une portée absolue. D'autres, au contraire, présentent un lien accessoire très atténué, puisqu'elles obéissent à un principe d'inopposabilité des exceptions ou peuvent exister en toute indépendance. D'autres, enfin, suivent des règles intermédiaires entre celles que suivent le cautionnement et la garantie autonome.

Les motifs d'une telle diversité apparaissent très divers. Peu dépendante de l'objet de l'obligation du garant¹²¹⁴ ou de l'exclusivité du service de la créance¹²¹⁵, elle paraît surtout dictée par la diversité des techniques employées, mais également par la contradiction entre le caractère accessoire et l'efficacité de la garantie, voire par de simples motifs de politique législative. De plus, le nombre d'exceptions opposables par le garant varie selon la garantie considérée, car il peut, dans une mesure variable, couvrir le risque d'imperfection de l'obligation principale, en même temps que celui d'inexécution. Aucune garantie de paiement, ainsi, ne nécessite de façon absolue une obligation valable, ou au contraire ne s'en désintéresse.

§2 : Existence d'une obligation principale et garanties d'indemnisation.

314. Nécessité d'une obligation principale. Comme les garanties de paiement, les garanties d'indemnisation sont systématiquement dépendantes d'une obligation, même si elles s'en distinguent par leur fonction d'indemnisation de certains dommages particuliers. Mais cette fois, une certaine homogénéité peut être dégagée entre les différentes garanties de cette catégorie plus restreinte que la précédente. La règle de l'accessoire semble trouver une pleine application, tant en matière de garanties du droit des contrats que de garanties

¹²¹⁴ La présence d'une telle obligation n'est pas systématique, comme le rappelle l'exemple des sûretés réelles : v., sur ce point, *supra*, n° 160. De plus, cautionnement et solidarité semblent tous deux gouvernés par l'unité de dette, sans que ces garanties ne donnent lieu à un seul et même régime des exceptions : v., en ce sens, Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 229.

¹²¹⁵ Garantie autonome et cautionnement sont opposés à cet égard, mais leur caractère accessoire est semblable.

extracontractuelles du fait d'autrui. Comme précédemment, la méthode suivie sera l'étude successive de la règle de l'accessoire au moment de la formation de la garantie (A), puis au cours de son existence (B).

A) Règle de l'accessoire et naissance des garanties d'indemnisation.

Les garanties d'indemnisation répondent à des principes assez simples, s'agissant de l'intensité du lien d'accessoire au moment de leur formation. Tout comme les garanties de paiement, elles s'appuient en effet sur une obligation principale dont elles viennent renforcer l'efficacité. Elles ne se conçoivent donc en aucun cas sans cette obligation à laquelle elles viennent s'adjoindre, car le lien d'accessoire serait rompu, faute d'élément principal à renforcer. Ces garanties suivent donc largement l'obligation garantie.

315. Règle de l'accessoire et naissance des garanties du droit des contrats. Ainsi, les garanties du droit des contrats ont pour unique objet de renforcer l'effectivité des droits du créancier sur la chose, droits issus de la délivrance¹²¹⁶. Il est donc bien évident que ces garanties, légales ou conventionnelles, ne peuvent exister en cas de nullité ou de résolution de l'obligation principale. Elles n'y résisteraient pas, parce que le bénéficiaire, privé de la jouissance de la chose, ne pourrait se prévaloir de la couverture d'un risque affectant cette jouissance. Elles seraient privées de leur objectif de renforcement de l'obligation principale, qui constitue leur unique raison d'être.

316. Règle de l'accessoire et naissance des garanties du fait d'autrui. De même, le seul objectif des garanties du fait d'autrui est l'augmentation des chances d'indemnisation de la victime d'un dommage causé par un auteur présumé peu solvable, qu'il s'agisse d'un préposé, d'un dirigeant de société, d'un enfant mineur ou d'une personne placée sous la garde d'une association. Ces garanties ne peuvent logiquement prendre corps indépendamment de l'obligation principale d'indemnisation due par l'auteur du dommage. Une simple étude des conditions de la responsabilité suffit à s'en convaincre. Les responsabilités du commettant du fait de son préposé, de la société du fait de ses organes dirigeants, et des associations du fait des personnes placées sous sa garde, sont subordonnées à la responsabilité préalable de l'auteur direct du dommage, et donc à une obligation de réparation préalable. Leur existence

¹²¹⁶ P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », art. préc., spéc. p. 307 ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 101. *Adde*, en matière de construction immobilière, B. SOINNE, *op. cit.*, n° 164.

en dépend. L'unique exception à ces principes, en matière de responsabilité parentale, apparaît hautement contestable¹²¹⁷.

317. Immunité du préposé et règle de l'accessoire. Il est malgré tout possible de s'interroger sur plusieurs situations. Outre la question de la responsabilité parentale, celle de la garantie contractuelle ou extracontractuelle fournie par le commettant attire l'attention. On sait que le préposé est exonéré de sa responsabilité s'il a agi dans le cadre de sa mission¹²¹⁸. S'agit-il d'une entorse à la règle de l'accessoire ? Le commettant, en effet, est tenu de son obligation de réparation à titre de garantie, alors même que le préposé sera dispensé de procéder à l'indemnisation de la victime. Dans ce cas de figure, la garantie prétendument accessoire ne suit pas exactement le principal, puisque le garant, qui ne bénéficie pas de l'empêchement dont peut se prévaloir le débiteur principal d'indemnisation, est tenu plus sévèrement que lui.

Cette limite à l'application du principe de l'accessoire n'est certes pas aussi importante qu'il n'y paraît. Elle ne signifie pas que l'accessoire surmonte l'absence de principal. La responsabilité de l'auteur du dommage n'est pas effacée, mais laissée ponctuellement de côté, de sorte que son assureur demeure tenu¹²¹⁹. Toutefois, la solution n'est pas sans rappeler celle qui dénie à la caution la possibilité d'invoquer, à titre libératoire, la renonciation du créancier aux poursuites contre le débiteur principal¹²²⁰ : tout en restant tenu, le débiteur principal ne peut être appelé par le bénéficiaire, si bien que le garant voit son sort aggravé. En résultent certaines interrogations sur l'unité des garanties d'indemnisation. Le moyen d'y remédier¹²²¹ serait, soit de laisser l'immunité reconnue au préposé se propager aux autres garanties de cette catégorie, soit au contraire, de la supprimer dans tous les cas. Porteuse d'une meilleure protection des droits des victimes, bénéficiaire d'actions contre deux débiteurs d'indemnisation au lieu d'un seul, cette dernière solution apparaît comme la plus satisfaisante¹²²².

¹²¹⁷ V. *supra*, n° 122.

¹²¹⁸ Cass. AP, 25 février 2000, *Costedoat*, préc. V., déjà, Cass. com., 12 octobre 1993, *Sté des parfums Rochas*, *Bull. civ.* IV, n° 338 ; *D.* 1994, p. 124, note G. VINEY ; *JCP* 1995, II, 22493, note F. CHABAS ; *RTD civ.* 1994, p. 111, obs. P. JOURDAIN ; *Defrénois* 1994, p. 812, obs. J.-L. AUBERT.

¹²¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 2007, *Bull. civ.* I, n° 270 ; *D.* 2007, p. 2908, note S. PORCHY-SIMON ; *JCP* 2007, II, 10162, note S. HOCQUET-BERG ; *JCP* 2008, I, 125, n° 8, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK.

¹²²⁰ Cass. com., 22 mai 2007, préc. V., sur cette question, *supra*, n° 317.

¹²²¹ V. toutefois, sur les objections théoriques auxquelles se heurterait une éventuelle unification des responsabilités du fait d'autrui, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 789.

¹²²² V., pour une critique de la jurisprudence *Costedoat* fondée sur l'affaiblissement de la protection de la victime, M. BILLIAU, note sous Cass. AP, 25 février 2000, *JCP* 2000, II, 10295, n° 4 ; P. JOURDAIN, obs. sous Cass. AP, 25 février 2000, *RTD civ.* 2000, p. 582 et s., spéc. p. 583.

Ainsi, l'homogénéité des garanties d'indemnisation, du point de vue de l'intensité du caractère accessoire, ne dépend pas uniquement de la notion de garantie. La question est liée au fondement de la responsabilité du fait d'autrui. Si la responsabilité du commettant demeure une garantie, elle apparaît aujourd'hui davantage fondée sur le risque, ce qui a pour effet de rendre le lien accessoire avec l'obligation principale beaucoup plus lâche. Une telle évolution ne s'est pas produite dans les autres régimes de responsabilité, de sorte que des divisions se font jour. Il reste à savoir si ce constat vaut également lors de l'extinction de l'obligation principale.

B) Règle de l'accessoire et extinction des garanties d'indemnisation.

318. Règle de l'accessoire et extinction des garanties du fait d'autrui. Il s'agit ici de déterminer si ces garanties survivent à l'extinction de l'obligation principale qu'elles viennent renforcer. Les garanties extracontractuelles du fait d'autrui, comme au stade de la formation de la garantie, laissent une place importante à la règle de l'accessoire au stade de l'extinction des obligations. Le garant est tenu *in solidum* avec le responsable direct, si bien que les règles spécifiques à cette garantie de paiement ont lieu de s'appliquer¹²²³. Ainsi, l'anéantissement de la dette principale entraîne corrélativement celui de la garantie, celle-ci étant alors privée de son but. Tel est le cas si la victime obtient satisfaction par paiement, compensation ou dation en paiement, mais également par prescription, même s'il est possible, dans ce dernier cas, de se demander si l'extinction intervient à titre accessoire ou principal. Le principe de l'accessoire trouve donc une pleine application dans ces garanties du fait d'autrui.

319. Spécificité des garanties du droit des contrats. En revanche, la question prend un tour singulier dans le cadre des garanties du droit des contrats. Ces mécanismes sont précisément destinés à prolonger dans le temps l'effet utile de la délivrance. Lorsque l'obligation de délivrance est accomplie par le vendeur ou le bailleur, ou que l'ouvrage est édifié par le constructeur, l'obligation principale est normalement éteinte du fait de son exécution, à moins que des réserves n'aient été exprimées par le créancier. Pourtant, la garantie subsiste, de façon à ce que les aléas postérieurs à la délivrance ne viennent pas compromettre ses effets. La spécificité des garanties légales, par rapport aux autres garanties accessoires à une obligation,

¹²²³ V. sur ce point M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 353 et s. Du reste, le principe de réparation intégrale s'oppose à un double paiement à la victime de la part du primo responsable et du responsable du fait d'autrui.

est de ne pas se superposer à l'obligation de délivrance qu'elle vient renforcer, car le risque survit à la délivrance¹²²⁴.

Dans ces conditions, le principe de l'accessoire ne revêt aucun sens dans le cadre de ces garanties. Il ne peut rationnellement trouver application que dans son premier volet, celui de l'existence de l'obligation principale valable. Mais l'extinction de cette obligation demeure sans conséquence sur la garantie, car celle-ci a précisément pour but de prolonger ses effets dans le temps. C'est dire que la technique utilisée aux fins de garantie ne se prête absolument pas à une application de la règle de l'accessoire lors de l'extinction de la garantie.

Malgré leur nombre relativement modeste par comparaison avec les garanties de paiement, les garanties d'indemnisation ne répondent pas à une parfaite unité, du point de vue de l'intensité du caractère accessoire. Les raisons en sont diverses, mais ne relèvent pas exclusivement de la notion de garantie.

§3 : Existence d'une obligation principale et garanties d'assurance.

La méthode suivie ici ne diverge en rien de celle adoptée précédemment pour les autres catégories de garanties. Il faudra successivement vérifier les deux postulats de la règle de l'accessoire : la garantie ne peut naître qu'en considération d'une obligation valable (A), et elle ne peut survivre à sa disparition (B). L'étude est toutefois restreinte par l'absence de caractère accessoire de certaines garanties d'assurance.

A) Règle de l'accessoire et naissance des garanties d'assurance.

320. Règle de l'accessoire et naissance de l'obligation de l'assureur. Les garanties d'assurance ne sont pas nécessairement des accessoires, car elles ne sont parfois liées, ni à une créance principale, ni à un autre élément sous la domination duquel elles se trouveraient¹²²⁵. Mais dans un certain nombre d'hypothèses, l'assurance se trouve couplée à une obligation de réparation de l'auteur du dommage. Tel est le cas lorsque l'assureur est

¹²²⁴ L'effet utile de la jouissance de la chose s'apprécie en effet dans le temps, tandis que celui d'une obligation de somme d'argent, par exemple, s'apprécie immédiatement.

¹²²⁵ V. *supra*, n° 204 et s.

défendeur à l'action directe intentée par la victime¹²²⁶, lorsque l'intérêt assuré est l'exécution d'une obligation. L'assurance suit alors la règle de l'accessoire. Dans chacune de ces hypothèses, la présence d'une obligation principale est indispensable à celle de la garantie. Si l'existence de cette obligation est encore douteuse au moment de la conclusion du contrat, elle n'en demeure pas moins déterminable en raison du mécanisme de la couverture, comme en matière de sûretés personnelles. En revanche, l'obligation de l'assureur de choses n'est pas subordonnée à celle d'un éventuel responsable du dommage, avec laquelle elle ne coïncide que par accident¹²²⁷.

La règle de l'accessoire doit surtout être respectée lorsque l'assureur doit indemniser la victime d'un dommage contractuel. En effet, la couverture porte sur un risque d'inexécution d'une obligation valable. On imagine mal l'assureur prendre en charge le risque d'impayé d'une obligation affectée d'un vice, si bien que la question de l'opposabilité des exceptions est en réalité liée à celle du risque couvert¹²²⁸. L'assurance-crédit constitue un exemple significatif de cette situation. La situation de l'assureur y est assez similaire à celle du garant indemnitaire. Son engagement n'est pas autonome¹²²⁹ car les vices de l'obligation principale se répercutent nécessairement sur lui, mais il ne se substitue pas non plus au débiteur¹²³⁰. Quant à l'assurance-cautionnement, souscrite par le débiteur, elle ne présente guère d'originalité par rapport au cautionnement dont elle devrait suivre le régime¹²³¹.

321. Règle de l'accessoire et naissance de l'obligation du fonds de garantie. Les fonds de garantie ou d'indemnisation, eux non plus, n'interviennent généralement pas à titre accessoire¹²³². Ceux qui le font, toutefois, procurent une garantie très marquée par la règle de l'accessoire. La présence d'une obligation de réparation, incombant, soit à l'auteur du

¹²²⁶ V. en général, sur le degré d'accessoire de l'action directe, *supra*, n° 303 et 310. Celle dont dispose la victime contre l'assureur est particulièrement accessoire, car l'assureur peut s'appuyer sur toutes les causes d'exonérations dont dispose l'auteur du dommage.

¹²²⁷ V. *supra*, n° 284.

¹²²⁸ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 15 : « L'assureur ne saurait être tenu de verser l'indemnité s'il se révèle que le risque couvert n'existe pas. Par exemple, on ne comprendrait pas que l'assureur doive s'exécuter si la dette du débiteur est nulle ou si l'inexécution s'explique par un manquement imputable à l'assuré lui-même ».

¹²²⁹ *Contra* L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 124.

¹²³⁰ Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 24 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 429 et s. *Adde*, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 15.

¹²³¹ P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 20 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 26 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 427 et s. ; comp. J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 16 et s. L'auteur propose également la qualification d'assurance pour compte.

¹²³² V. *supra*, n° 286.

dommage, soit à un assureur, est en effet nécessaire à sa saisine¹²³³. L'intervention du fonds est même parfois subsidiaire¹²³⁴, même si cette solution n'est pas systématique¹²³⁵ et que l'articulation entre la garantie et la responsabilité n'est pas toujours sans poser des difficultés¹²³⁶.

B) Règle de l'accessoire et extinction des garanties d'assurance.

322. Règle de l'accessoire et extinction de l'obligation de l'assureur. Cette question ne se pose naturellement que lorsque l'obligation du garant d'assurance coexiste avec celle de l'auteur du dommage. L'extinction de la garantie accessoire de l'assureur est assez largement dictée par le principe de l'accessoire dans le cadre de l'action directe dirigée par la victime contre l'assureur. Comme en droit commun de l'obligation *in solidum*, à laquelle se rattache cette action directe, l'extinction de la dette de responsabilité met fin à la possibilité pour la victime de se tourner vers l'assureur¹²³⁷. Du reste, le délai de prescription est normalement commun à l'action en responsabilité et à l'action directe¹²³⁸.

¹²³³ Il en est ainsi du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, du Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions et du Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme : v. sur cette question, *supra*, n° 285.

¹²³⁴ Ainsi, le Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages ne peut être sollicité que si aucune indemnisation ne peut être obtenue du responsable ou de l'assureur. Un épuisement des actions est donc un préalable nécessaire : Cass. civ. 1^{ère}, 7 mars 1973, *D.* 1973, p. 289, note C.M. Il ne saurait en être autrement que si le responsable est inconnu : v., en ce sens, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 2565.

¹²³⁵ V., concernant le Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions, l'article 706-9 du Code de procédure pénale, *adde* Cass. civ. 2^{ème}, 23 juin 1993, préc. ; Cass. civ. 2^{ème}, 6 novembre 1996, préc. Cette solution, qualifiée d'« heureuse » (A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op. cit.*, n° 3-102), a pour effet une indemnisation plus rapide et efficace des victimes, ce qui correspond à la vocation des fonds de garantie. Elle vaut également pour le fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme ainsi que, semble-t-il, l'ONIAM (en ce sens, A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op. cit.*, n° 5-42 et s.)

¹²³⁶ En témoignent les controverses ayant entouré l'indemnisation des victimes du VIH. Le Conseil d'Etat avait admis que la victime puisse obtenir une indemnisation dans le cadre de l'action en responsabilité, déduction faite des sommes allouées par le fonds de garantie (CE, 16 juin 1997, *Assistance publique - Hôpitaux de Paris*, *D.* 1999, somm. p. 57, obs. P. BON et D. DE BECHILLON). La Cour de cassation, en revanche, n'admettait une nouvelle action qu'aux fins d'indemnisation d'un préjudice distinct (Cass. AP, 6 juin 1997, *D.* 1998, somm. p. 204, obs. D. MAZEAUD ; *JCP* 1997, I, 4070, n° 36, obs. G. VINEY ; *adde* CEDH, 30 octobre 1998, *RTD civ.* 1999, p. 490, obs. J.-P. MARGUENAUD). Lors de la mise en place du fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante, le législateur a privilégié la solution préconisée par la juridiction de l'ordre judiciaire : v., sur cette question, Ch. GUETTIER, « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », préc., spéc. p. 7 et s. ; *adde*, pour une critique, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 1029. Cet épisode illustre en tout cas la coexistence de la responsabilité et de l'intervention du fonds de garantie, ainsi que l'absence de subsidiarité.

¹²³⁷ La victime ne saurait obtenir un paiement, à la fois du responsable et de l'assureur de responsabilité, sans contrevenir au principe de réparation intégrale. Inversement, l'assureur peut opposer les clauses du contrat d'assurance de responsabilité, hormis les déchéances, en vertu de l'article L. 112-6 du Code des assurances.

¹²³⁸ V., pour une application, Cass. civ. 2^{ème}, 13 septembre 2007, *RGDA* 2007, p. 903, note M. BRUSCHI. Une exception doit tout de même être relevée lorsque le délai de prescription de l'action en responsabilité est très bref. Dans ce cas, les juges soumettent l'action directe à une prescription biennale, identique à celle affectant l'action récursoire de l'assuré. V. en ce sens Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1986, *D.* 1987, somm. p. 183, obs.

Quant à l'assurance portant sur un dommage contractuel, proche du cautionnement, elle doit logiquement suivre des préceptes identiques à ceux du cautionnement ou des garanties indemnitaires, figures dont elle se rapproche. La solution ne varie en rien selon que l'exception affecte la naissance¹²³⁹ ou l'extinction de l'obligation principale.

323. Règle de l'accessoire et extinction de l'obligation du fonds de garantie. Enfin, l'intervention des fonds de garantie est aussi guidée par une large application du principe de l'accessoire, lorsqu'elle vient renforcer une obligation préexistante de réparation incombant au responsable ou à l'assureur. Ainsi, l'indemnisation de la victime par l'auteur du dommage ou son assureur fait obstacle à sa requête devant le fonds de garantie¹²⁴⁰. L'extinction du principal met fin à l'existence de l'accessoire, qui perd sa raison d'être une fois que le principal a réalisé son objectif.

Mais en fin de compte, c'est une certaine disparité qui ressort des garanties d'assurance sur cette question. Ces garanties peuvent à l'occasion coexister avec une obligation de premier rang sans que cela ne soit systématique, et leur degré de dépendance par rapport à cette obligation se révèle très variable.

324. Conclusion de la Section 1. Même si l'on sait déjà que certaines garanties ne constituent pas des accessoires d'une créance ou d'un quelconque élément principal, il était également nécessaire de vérifier si les garanties accessoires présentaient, de ce point de vue, un minimum d'homogénéité. Il aurait fallu, pour cela, une application unitaire du principe de l'accessoire, dont il résulte entre autres que l'existence et la subsistance de l'accessoire dépendent du sort de l'élément principal. Or, au moment de leur naissance comme à celui de leur extinction, les différentes garanties laissent entrevoir une grande diversité d'application du principe de l'accessoire.

Les garanties de paiement, qui forment la catégorie la plus hétérogène, sont à la fois unitaires et très divisées. Elles ne sont pas séparées selon une césure entre accessoire et autonomie, car toutes se situent quelque part entre ces deux états. Chaque garantie ouvre en

H. GROUDEL ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 juillet 1987, *D.* 1988, somm. p. 151, obs. H. GROUDEL. Même marginale, cette solution est une fois encore révélatrice du manque d'unité dans l'application aux garanties de la règle de l'accessoire.

¹²³⁹ V. *supra*, n° 320.

¹²⁴⁰ V. sur les hésitations relatives à l'indemnisation des victimes du VIH : *supra*, n° 321. Toutefois, le Conseil d'Etat n'a jamais admis que l'octroi à la victime d'un complément d'indemnisation lui permette un enrichissement. Le principe indemnitaire est donc suivi en toute hypothèse : CE, avis, 15 octobre 1993, *D.* 1994, somm. p. 539, obs. P. BON et P. TERNEYRE ; CE, 15 juin 1997, préc.

réalité à son souscripteur la possibilité de se prévaloir d'une quantité plus ou moins importante d'imperfections de l'obligation principale. Corrélativement, le garant couvre un risque plus ou moins large, qui peut osciller de la simple inexécution de l'obligation à son anéantissement. Bien évidemment, certaines garanties couvrant un risque assez similaire posent des problèmes de délimitation, mais cette proximité ne suffit à masquer une différence indéniable.

Les garanties d'indemnisation révèlent aussi des divergences. Ainsi, la responsabilité du commettant du fait de son préposé réserve un sort plus sévère au garant, tenu alors même que le débiteur principal d'indemnisation bénéficie d'une immunité jurisprudentielle. La règle de l'accessoire, globalement assez présente pour cette catégorie de garanties, est alors appliquée avec une rigueur bien moindre. Elle est même écartée en matière de responsabilité parentale. Mais ces solutions sont contestables dans un domaine où rien n'impose de distinguer entre les différentes garanties. Par ailleurs, l'extinction des garanties du droit des contrats ne dépend aucunement de celle de l'obligation principale qu'elle vient renforcer, car elles viennent précisément prendre sa suite.

Enfin, les garanties accessoires d'assurance, souvent détachées de toute obligation de premier rang, dépendent dans une mesure très variable d'une telle obligation lorsqu'elle existe.

Rares sont donc les garanties qui apparaissent entièrement accessoires. Même les sûretés réelles et le cautionnement, unanimement considérés comme les sûretés les plus accessoires qui soient, ne permettent de pousser le caractère accessoire dans ses plus ultimes conséquences. Cette situation s'explique par la fonction spécifique de la garantie, qui est de protéger le bénéficiaire contre l'impayé. Le caractère accessoire de la garantie ne peut coexister avec sa fonction, car les deux entrent en conflit ouvert au moment de l'extinction de l'obligation principale. En effet, lorsque la créance principale est éteinte en tout ou partie, dans une optique d'apurement de la situation du débiteur, il est bien évident que la garantie doit se désolidariser de la créance principale dont elle vient renforcer l'efficacité. C'est en effet dans cette situation extrême d'impayé que la garantie a vocation à jouer et qu'elle apparaît la plus utile. D'autres paramètres, tels que les particularités des techniques utilisées aux fins de garantie, ou encore la politique législative, entrent en ligne de compte.

Dans ces conditions, la notion de garantie apparaît impuissante à unifier les solutions, qui dépendent surtout de l'étendue du risque pris en charge par le garant. La même diversité ressort de l'étude de la transmission de la garantie.

Section 2 : Règle de l'accessoire et transmission de l'obligation principale.

325. Dissociation du principal et de l'accessoire. La règle de l'accessoire ne se manifeste pas seulement par l'exigence d'un élément principal au stade de la formation et de l'extinction de la garantie. Suivant le postulat de l'indissociabilité du principal et de l'accessoire, la transmission de la créance garantie à un nouveau créancier devrait être accompagnée de celle de la garantie. Dans le cas inverse, l'obligation principale serait privée des mécanismes permettant de renforcer les chances de paiement, alors que la garantie deviendrait dépourvue du support nécessaire à son existence.

En revanche, une transmission de la garantie à titre principal apparaît à première vue inconcevable, car une garantie accessoire, détachée de l'élément principal avec lequel elle fait corps, serait dépourvue de tout intérêt¹²⁴¹. La garantie accessoire se caractérise par sa fonction de renforcement de l'efficacité de l'obligation principale et demeurerait donc profondément inutile en l'absence d'une telle obligation. Mais cette affirmation demande à être vérifiée. Si une garantie pouvait être transférée indépendamment d'une obligation principale, il s'agirait d'une entorse majeure au principe de l'accessoire.

Ces différentes questions seront examinées à la lumière de la distinction entre garanties de paiement (§1), d'indemnisation (§2) et d'assurance (§3).

§1 : Transmission des garanties de paiement.

La transmission des garanties de paiement peut s'opérer, soit par accessoire de l'obligation principale, soit à titre principal.

La transmission active de l'obligation principale désigne le changement de créancier au sein du rapport fondamental. Elle est susceptible d'influer sur le sort de la garantie, comme chaque évènement touchant l'obligation principale. En effet, une application du principe de l'accessoire devrait normalement avoir pour corollaire la transmission de l'accessoire en même temps que celle du principal, de façon à ce que ces deux éléments interdépendants demeurent liés (A).

¹²⁴¹ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 24 : « Le principal forme un tout ; pas l'accessoire. C'est pourquoi l'accessoire doit être joint au principal. L'accessoire seul est incomplet. Il lui manque quelque chose d'essentiel que le principal lui procure. C'est là le ressort de la « règle de l'accessoire » exprimée par l'adage *accessorium sequitur principale*. »

De même, il semble logique que les garanties de paiement ne puissent être transférées à un autre créancier indépendamment de la créance principale. La règle de l'accessoire postule donc une intransmissibilité à titre principal de la garantie (B).

Telles sont les deux hypothèses de travail qu'il convient d'étudier afin de déterminer l'impact de la règle de l'accessoire au sein des garanties de paiement, et ainsi le degré d'unité de celles-ci.

A) Transmission à titre accessoire des garanties de paiement.

326. Diversité des hypothèses de transmission. Qu'advient-il des garanties de paiement en cas de modification de la personne du créancier au rapport principal ? Nombreuses sont les hypothèses de transfert de créance. Les principales résultent de la cession de créance et de la subrogation, mais également de la novation par changement de créancier. Il faut encore envisager le décès du créancier, qui opère transfert de ses biens, particulièrement de ses créances, à ses héritiers, ou encore la fusion, l'absorption ou la scission touchant une entreprise créancière. La transmission peut donc se produire à titre particulier ou universel, s'étendre aux seules obligations de règlement ou également à la couverture du risque. Il s'agit de savoir si toutes les garanties de paiement réagissent à l'identique devant ces importants changements dans la situation de la créance principale. La diversité des situations ne facilite évidemment pas le travail de synthèse. La méthode la plus sûre consiste alors à distinguer la transmission de la couverture du risque et celle des obligations de règlement déjà nées à la charge du garant, en étudiant successivement les différents modes de transmission.

327. Transmission universelle des obligations de règlement. La première question concerne la transmission universelle des garanties. L'hypothèse est celle du décès du créancier personne physique ou de la fusion, absorption ou scission touchant le créancier personne morale. Les garanties sont-elles alors transmises à l'héritier ou à la société nouvellement créée ?

La réponse est assez aisée, s'agissant des obligations de règlement issues des garanties. Aucun motif ne s'oppose à leur transmission au nouveau créancier. Mieux encore, cette solution se déduit inévitablement du principe de transmission universelle du patrimoine¹²⁴². Les obligations de règlement déjà nées, qui font partie intégrante du

¹²⁴² Principe énoncé par l'article L. 236-3 du Code de commerce, s'agissant des opérations de fusion ou scission de sociétés. V., sur son étendue, M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société »,

patrimoine transféré, suivent alors le même sort que la créance principale. Mais cette justification met elle-même en évidence le rôle mineur tenu par la règle de l'accessoire. Si les obligations de règlement suivent les obligations principales, ce n'est pas tant en raison de l'application de cette règle qu'à raison du principe de transmission universelle du patrimoine.

328. Transmission universelle de la couverture dans le cautionnement. La transmission universelle de la couverture du risque est beaucoup plus strictement admise, hormis pour les sûretés réelles. Traditionnellement, on considère que le décès du créancier met fin à la couverture du risque par la caution, laquelle demeure cependant tenue des obligations de règlement nées antérieurement à cet événement¹²⁴³. De même, les juges estimaient qu'aucune nouvelle dette ne pouvait naître à la charge de la caution en cas de disparition de la personne morale créancière par fusion, absorption ou scission¹²⁴⁴. Seules, restaient dues les dettes antérieures. Cette interprétation s'accorde avec l'idée, exprimée par certains, selon laquelle la couverture du risque est affectée d'un caractère *intuitu personae* en raison de la spécificité du service rendu par la caution¹²⁴⁵.

Un arrêt assez récent a semblé revenir sur cette solution¹²⁴⁶, mais son interprétation est ardue. De deux choses l'une, soit la Cour de cassation admet que la fusion-absorption de la société créancière ne met pas fin à la phase de couverture du cautionnement, rompant ainsi

Mélanges offerts à J. DERRUPPE, GLN Joly éd. et Litec, 1991, p. 287 ; O. BARRET, « A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », *Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 109 ; N. PERREAU et C. ACKERMANN, « La transmission de contrats *intuitu personae* dans le cadre d'opérations d'apports partiels d'actif et de fusion », *LPA* 3 juin 2004, p. 4. *Adde*, en matière de successions, l'article 724 du Code civil. Le cautionnement s'en fait l'écho : v. l'article 2294 du Code civil. V., plus largement sur la transmission universelle, J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *op. cit.*, n° 390 et s.

¹²⁴³ D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 208 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 356 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 702.

¹²⁴⁴ Cass. com., 22 janvier 1985, *Bull. civ. IV*, n° 30 ; *JCP* 1986, II, 20591, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 20 janvier 1987, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 janvier 1999, *JCP* 1999, I, 162, n° 10, obs. A. VIANDIER et J.-J. CAUSSIN ; *Banque et dr.* juillet-août 1999, p. 36, 1^{ère} espèce, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Rev. dr. banc. bourse* 1999, p. 77, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. com., 17 juillet 2001, *Bull. civ. IV*, n° 139 ; *D.* 2001, p. 2414, note A. LIENHARD ; *JCP* 2001, I, 356, n° 7, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. dr. banc. fin.* 2001, comm. n° 185, obs. D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2001, p. 959, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com., 4 juin 2002, *JCP* 2003, I, 124, n° 8, obs. Ph. SIMLER ; *RTD com.* 2003, p. 114, obs. C. CHAMPAUD et D. DANET.

¹²⁴⁵ Ch. MOULY, *op. cit.*, n° 331 ; S. PRIGENT, note sous Cass. com., 8 novembre 2005, *LPA* 5 janvier 2006, p. 10. V. en général, sur l'influence de l'*intuitu personae* sur le principe de transmission universelle en droit des sociétés, M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », art. préc. ; A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », *Mélanges MOULY*, t. II, Litec, 1998, p. 193.

¹²⁴⁶ Cass. com., 8 novembre 2005, *D.* 2006, p. 2858, obs. P. CROCQ ; *JCP* 2006, II 10170, note D. HOUTCIEFF ; *ibid.*, I, 123, n° 17, obs. A.-S. BARTHEZ ; *ibid.* I 131, n° 9, note Ph. SIMLER ; *Dr. et patr.* février 2006, p. 126, obs. Ph. DUPICHOT ; *Defrénois* 2006, p. 1147, obs. H. HOVASSE ; *JCP E* 2006, p. 14, note D. LEGEAIS ; *RTD com.* 2006, p. 145, obs. P. LE CANNU ; *ibid.*, p. 179, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et dr.* janvier-février 2006, p. 52, obs. N. RONTCHEVSKY. *Adde*, Cass. com., 14 mai 2008, *Dr. soc.* 2008, comm. n° 155, obs. H. HOVASSE ; *Rev. dr. banc. fin.* 2008, comm. n° 105, obs. A. CERLES.

avec sa jurisprudence antérieure¹²⁴⁷. Soit elle se contente de faire application de sa solution relative à la date de naissance des créances dans les contrats à exécution successive. Si la caution reste tenue des échéances postérieures à la fusion-absorption, c'est parce que les dettes, déjà nées à ce moment-là, étaient couvertes par elle¹²⁴⁸.

Les commentateurs, divisés sur l'interprétation à adopter de l'arrêt, le sont également sur le bien-fondé de ces solutions. Plusieurs auteurs sont favorables à la survivance du cautionnement dans ces hypothèses, non seulement en raison du principe de transmission universelle du patrimoine¹²⁴⁹, mais aussi et surtout parce que la personne du créancier n'est guère prise en considération par la caution lors de son engagement. Le changement de créancier n'est donc pas de nature à lui porter atteinte, à moins que la preuve ne soit apportée du caractère déterminant de la personne du créancier¹²⁵⁰. A l'encontre de ces arguments, on fait valoir que de nouvelles dettes, nées après le changement de créancier, ne peuvent être prises en charge par la caution, celle-ci ne s'étant engagée qu'à l'égard de son seul cocontractant¹²⁵¹.

Le caractère accessoire du cautionnement ne suffit à trancher le débat. L'application de la maxime *accessorium sequitur principale* aurait pour effet la transmission de la couverture du risque d'impayé au nouveau créancier. Mais on sait que le caractère accessoire d'une garantie, et d'un élément en général, ne préjuge pas d'une application systématique de la règle de l'accessoire. Le lien entre le principal et l'accessoire peut largement différer entre les différentes garanties, ainsi qu'on a déjà pu le constater¹²⁵². On ne saurait donc affirmer que la transmission de l'obligation principale s'accompagne de celle de la couverture du risque par la caution. C'est donc, en dernier ressort, le degré d'*intuitus personae* de la couverture du

¹²⁴⁷ P. LE CANNU, obs. préc. sous Cass. com., 8 novembre 2005 ; D. LEGEAI, obs. préc. sous Cass. com., 8 novembre 2005 ; Ph. DUPICHOT, obs. préc. sous Cass. com., 8 novembre 2005 ; G. DAMY, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : évolutions et précisions jurisprudentielles pour les banques », *Banque et dr.* mai-juin 2006, p. 28 et s. V., à titre d'illustration de cette précédente jurisprudence n'admettant pas la transmission par accessoire de la couverture, Cass. com., 20 janvier 1987, *Bull. civ.* IV, n° 20 ; D. 1987, somm. p. 453, obs. L. AYNES ; *JCP* 1987, II, 20844, note M. GERMAIN ; *Rev. soc.* 1987, p. 397, note O. BARRET ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2004, D. 2004, p. 2957, obs. J-C. HALLOUIN ; *JCP E* 2005, p. 569, note A.-S. BARTHEZ ; *Dr. et patr.* mars 2005, p. 96, obs. D. PORACCHIA ; *Rev. soc.* 2005, p. 371, note D. LEGEAI ; *Bull. Joly* 2005, p. 586, note M.-L. COQUELET.

¹²⁴⁸ D. HOUTCIEFF, obs. sous Cass. com., 8 novembre 2005, *RDC* 2006, p. 467 ; Ph. SIMLER, obs. préc. sous Cass. com., 8 novembre 2005 ; P. CROCO, obs. préc. sous Cass. com., 8 novembre 2005.

¹²⁴⁹ D. PORACCHIA, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2004 ; N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 933 et s.

¹²⁵⁰ D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'intuitus personae, la considération de la personne du créancier par la caution », art. préc. ; N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », art. préc.

¹²⁵¹ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, op. cit., n° 361.

¹²⁵² V. *supra*, n° 291 et s., concernant la nécessité d'une obligation principale dans le cadre des garanties de paiement.

risque qui conditionne la solution. A cet égard, on ne voit pas pourquoi, sauf exception qui devrait être stipulée par les parties, le cautionnement ne devrait bénéficier qu'au créancier initial et non à tout titulaire postérieur de la créance principale.

329. Transmission universelle de la couverture dans les autres garanties personnelles.

Les autres garanties personnelles répondent sans nul doute à des règles très disparates. Si l'arrêt du 8 novembre 2005, pourtant, était interprété comme une application du principe de transmission universelle du patrimoine, la règle qu'il énonce devrait trouver un large champ d'application. Cette règle aurait ainsi vocation à être étendue à l'hypothèse du décès du créancier¹²⁵³ et surtout à l'ensemble des garanties personnelles, tous les accessoires de la créance transmise figurant dans le patrimoine de la société absorbée. Ainsi, la couverture du risque par la solidarité parfaite ou imparfaite doit être transmise, en tant que caractéristique inhérente à l'obligation.

Pourtant, l'alinéa 2 de l'article 2321 du Code civil énonce le principe contraire en matière de garantie autonome, en refusant la transmission de la garantie indépendante par accessoire à l'obligation principale. La solution devrait logiquement être transposée à la délégation imparfaite et au constitut, similaires à la garantie autonome du point de vue du degré d'autonomie.

La transmission universelle des garanties de paiement donne donc lieu à des solutions incertaines. On peut affirmer que la règle de l'accessoire n'est appliquée qu'avec parcimonie, et les hypothèses de transmissions de garantie pourraient être dictées par d'autres considérations, tel le degré d'*intuitus personae*. Il en est de même lorsque la transmission intervient à titre particulier, d'autant plus que de nombreux mécanismes pourraient permettre un tel résultat.

330. Hypothèses de transmission accessoire des garanties par novation.

La transmission accessoire à titre particulier des garanties dépend autant du mécanisme translatif de la créance que de l'intensité du caractère accessoire de la garantie, ce qui ne favorise guère la recherche d'un fil conducteur. Certaines techniques, en effet, laissent subsister les accessoires de la créance, à l'inverse d'autres qui les éteignent.

¹²⁵³ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, op. cit., n° 361.

La novation par changement de créancier appartient de toute évidence à cette dernière catégorie. Elle a pour effet d'anéantir les garanties¹²⁵⁴, car elle opère simultanément extinction de la créance principale et création d'une nouvelle créance¹²⁵⁵. Les parties peuvent, certes, convenir que cette dernière sera assortie de sûretés ou, plus généralement, accompagnée d'accessoires¹²⁵⁶, mais il ne s'agira pas à proprement parler du transfert de la garantie. C'est une nouvelle garantie, distincte de la précédente, qui vient à apparaître. Ainsi, la modification de la personne du créancier par novation n'emporte pas, en principe, transmission des garanties.

Mais si cette solution vaut pour les garanties personnelles de paiement, elle ne s'applique pas aux garanties réelles. Les parties ont en effet la possibilité de reporter certaines sûretés, tels les privilèges immobiliers et hypothèques, sur la nouvelle créance en cas de novation par changement de créancier, sans que ces sûretés ne perdent leur rang¹²⁵⁷. Même si certains plaident pour sa généralisation à l'ensemble des sûretés réelles¹²⁵⁸, cette règle doit être relativisée, car le report ne s'opère pas de plein droit. Mais elle fournit déjà un indice de la différence de degré d'accessoire entre les sûretés personnelles et réelles. L'accord des parties parvient à faire survivre la même garantie réelle dont bénéficiait déjà le créancier, tandis qu'il ne peut que créer une autre garantie personnelle, distincte de la précédente.

331. Hypothèses de transmission accessoire des garanties par cession de créance ou subrogation. A l'inverse, il est généralement admis que la cession de créance¹²⁵⁹ et la subrogation¹²⁶⁰ opèrent transfert des accessoires accompagnant la créance. Il s'agit là d'une parfaite illustration des rapports singuliers entre principal et accessoire. L'accessoire par destination partage la finalité de l'élément principal auquel il se joint, et aucune dissociation ne saurait intervenir entre eux sans affaiblir le principal et éliminer l'accessoire par

¹²⁵⁴ V., en matière de cautionnement, l'article 1281, alinéa 2 du Code civil : « La novation opérée à l'égard du débiteur principal libère les cautions ».

¹²⁵⁵ V., sur les conséquences de ce double mouvement, J.-L. AUBERT, *Rép. civ. Dalloz, V° Novation*, 2003, n° 56 et s.

¹²⁵⁶ L'article 1281 du Code civil prévoit d'ailleurs l'hypothèse, en des termes trompeurs. La novation peut être conclue sous la condition que la caution garantisse l'obligation nouvellement créée. Mais il ne s'agit en aucun cas d'un report du cautionnement précédent.

¹²⁵⁷ Les articles 1278 et 1279, alinéa 2 du Code civil permettent aux parties de procéder à un tel report, sous la condition toutefois que le propriétaire du bien affecté en garantie fournisse son accord lorsque la novation s'effectue par changement de débiteur.

¹²⁵⁸ J. FRANÇOIS, *Les obligations, Régime général, op. cit.*, n° 116 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 551.

¹²⁵⁹ L'article 1692 du Code civil le prévoit expressément, citant même à titre illustratif les « caution, privilège et hypothèque ».

¹²⁶⁰ Selon la Cour de cassation, « le subrogé dispose de toutes les actions qui appartenaient au créancier et qui se rattachaient à cette créance immédiatement avant le paiement » : Cass. civ. 1^{ère}, 7 décembre 1983, *Bull. civ. I*, n° 291 ; *RTD civ.* 1984, p. 717, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 6 mai 1997, *Bull. civ. IV*, n° 126.

suppression de sa finalité, de sa raison d'être. La transmission du cautionnement par subrogation ou cession de créance en est la conséquence logique. Elle ne peut être sérieusement mise en doute, même si un arrêt de la Cour de cassation, rendu en matière de cession de loyers¹²⁶¹, a pu jeter un certain doute, avant que les juges n'en reviennent à la solution traditionnelle¹²⁶², approuvés en cela par la doctrine¹²⁶³. Aujourd'hui, il est admis sans difficulté que la cession des loyers à un nouveau créancier opère à son profit transfert du cautionnement, sans qu'il soit nécessaire de distinguer obligations de règlement et couverture du risque.

Au-delà du cautionnement, la solidarité, caractéristique même de l'obligation, se trouve transférée avec elle¹²⁶⁴, tout comme l'obligation *in solidum* et l'indivisibilité. De même, l'exception de compensation survit au transfert d'une créance et peut être opposée au nouveau créancier, à condition qu'elle ait déjà éteint les créances de plein droit, à l'insu des parties. La cession ultérieure de l'une des créances est inefficace, puisque l'exception de compensation peut être opposée au cessionnaire¹²⁶⁵, y compris dans le cadre de la cession de créances professionnelles par bordereau¹²⁶⁶. Rien, enfin, ne s'oppose à la transmissibilité par ce moyen de l'action directe ou des garanties indemnitaires telles que le porte-fort d'exécution, la lettre de confort ou les sûretés négatives¹²⁶⁷. De nombreuses garanties personnelles semblent donc, de ce point de vue, répondre au principe de l'accessoire.

¹²⁶¹ Cass. com., 26 octobre 1999, *Bull. civ. IV*, n° 184 ; *D.* 2000, p. 224, note L. AYNES ; *JCP* 2000, II, 10320, note J. CASEY ; *JCP E* 2000, p. 416, note O. GOUT ; *Banque et dr.* janvier-février 2000, p. 57, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Rev. dr. banc. fin.* 2000, comm. n° 10, obs. D. LEGAIS ; *Defrénois* 2000, p. 480, note S. PIEDELIEVRE ; *adde*, Ch. LARROUMET, « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », *D.* 2000, chron. p. 155.

¹²⁶² Cass. AP, 6 décembre 2004, *Bull. Ass. plén.*, n° 14 ; *D.* 2005, p. 227, note L. AYNES ; *Defrénois* 2005, p. 634, obs. E. SAVAUX ; *JCP* 2005, II, 10010, note S. PIEDELIEVRE ; *RDC* 2005, p. 406, obs. D. HOUTCIEFF ; *LPA* 18 octobre 2005, p. 15, note N. BAILLON-WIRTZ.

¹²⁶³ L. AYNES, note préc. sous Cass. AP, 6 décembre 2004 ; D. HOUTCIEFF, obs. préc. sous Cass. AP, 6 décembre 2004 ; E. SAVAUX, obs. préc. sous Cass. AP, 6 décembre 2004. V. également les arguments présentés par Ch. LARROUMET, « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », art. préc.

¹²⁶⁴ V. en faveur d'un transfert de la solidarité passive par cession de créance, J. FRANÇOIS, *Droit des obligations, Régime général, op. cit.*, n° 381.

¹²⁶⁵ En vertu de l'article 1295, alinéa 2 du Code civil, la cession n'empêche que la compensation des dettes postérieures à la notification. V. par exemple, pour une application de ces principes, Cass. com., 10 mars 1987, *JCP* 1987, II, 20908, note B. PETIT ; Cass. com., 18 juillet 1989, *Bull. civ. IV*, n° 227 ; *D.* 1990, somm. p. 215, obs. A. HONORAT ; *JCP E* 1991, II, 108, note M. GORE. Il en est autrement lorsque la cession a été purement et simplement acceptée par le débiteur cédé : l'article 1295, alinéa 1^{er} fait obstacle à l'invocation de la compensation.

¹²⁶⁶ La difficulté concerne plutôt la date à prendre en considération pour apprécier si la compensation peut être opposée. L'article L. 313-27 du Code monétaire et financier plaide en faveur de la date apposée sur le bordereau, mais les juges en décident autrement et retiennent la date de notification de la cession : Cass. com., 14 décembre 1993, *Bull. civ. IV*, n° 469 ; *D.* 1994, p. 269, note Ch. LARROUMET. V., déjà, dans une espèce où la compensation jouait entre des dettes connexes, Cass. com., 15 juin 1993, *Bull. civ. IV*, n° 242 ; *D.* 1993, p. 495, note Ch. LARROUMET.

¹²⁶⁷ V. en effet, sur la large portée du principe de transmission par accessoire des accessoires des créances, Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 421 et s.

La transmission accessoire des garanties réelles de paiement par subrogation ou cession de créance est aussi largement admise, sans distinction entre les phases de couverture et de règlement. Ainsi, les privilèges participent de la créance et sont transmis avec elle, comme l'illustre l'article 1692 du Code civil relatif à la cession de créance. Il était, certes, possible de douter de cette solution dans les hypothèses où les privilèges sont attachés à la qualité de la personne du créancier. Pourtant, la Cour de cassation a eu l'occasion d'affirmer que les privilèges attachés à la créance des salariés¹²⁶⁸ et du Trésor public¹²⁶⁹ ne disparaissent pas avec le transfert de la créance privilégiée.

Les juges estiment aussi, en dépit du particularisme du droit de rétention¹²⁷⁰, que cette garantie n'est pas perdue par la transmission de la créance principale. Ces règles peuvent alors être étendues aux sûretés réelles qui, à l'inverse du droit de rétention, ne sont pas subordonnées à une détention matérielle sur la chose et accordent au créancier un droit réel purement juridique. Il est ainsi de la propriété, susceptible d'être transférée à titre accessoire comme la Cour de cassation a pu le reconnaître en matière de réserve de propriété, mais aussi des droits réels résultant du gage, de l'hypothèque¹²⁷¹, du nantissement ou de l'antichrèse.

L'adoption de la règle de l'accessoire quant aux sûretés réelles est telle que ces garanties se reportent parfois sur la créance de répétition née du paiement indu d'une créance déjà compensée¹²⁷², ainsi, comme nous l'avons vu, que sur la créance nouvelle issue d'une novation par changement de créancier¹²⁷³. C'est dire que les sûretés réelles sont dominées, à cet égard, par l'application de la règle de l'accessoire. Conjuguées à celles gouvernant le

¹²⁶⁸ Cass. com., 3 juin 1982, *D.* 1982, p. 483, note A. HONORAT ; Cass. com., 13 novembre 1984, *Bull. civ.* IV, n° 305 ; Cass. com., 7 février 1989, *Bull. civ.* IV, n° 51 ; Cass. com., 6 juillet 1993, *Bull. civ.* IV, n° 285.

¹²⁶⁹ Cass. com., 23 novembre 1982, *Bull. civ.* IV, n° 365.

¹²⁷⁰ Si l'on considère qu'il est fondé sur la rétention, il faut en déduire qu'il ne peut être transféré que par un transfert matériel. Les juges adoptent parfois cette conception : v. par exemple Cass. com., 11 juillet 2000, *Bull. civ.* IV, n° 142 ; *JCP E* 2001, p. 222, obs. M. CABRILLAC ; *D.* 2001, p. 441, note S. PIEDELIEVRE. Mais cette solution, peu satisfaisante pour le créancier, est aujourd'hui à nuancer en raison de l'avènement de plus en plus visible du droit de rétention fictif depuis le décret n° 53-960 du 30 septembre 1953, relatif à la vente à crédit des véhicules automobiles. Le texte confère au créancier gagiste sur véhicule automobile un droit de rétention fictif. Adde, F. DERRIDA, « La « dématérialisation » du droit de rétention », *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur P. VOIRIN*, LGDJ, 1967, p. 177 et s. ; et la reconnaissance, par la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, d'un droit de rétention au profit du créancier bénéficiant d'un gage sans dépossession. V., pour une critique de cette disposition, A. AYNES, « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2008, étude n° 13 ; D. LEGAIS, obs. sous l'avant-projet de réforme du droit des procédures collectives, *Rev. dr. banc. fin.* 2008, comm. n° 67. Le droit de rétention ainsi consacré ne revêt guère, en effet, les caractères traditionnellement reconnus à cette garantie.

¹²⁷¹ Cette sûreté accessoire par détermination de la loi est d'ailleurs comprise parmi les accessoires transmis par cession de créance, selon l'article 1692 du Code civil.

¹²⁷² Ce cas de figure est prévu par l'article 1299 du Code civil. Encore faut-il, pour cela, que le créancier ait pu légitimement ignorer l'existence de la compensation.

¹²⁷³ Selon l'article 1278 du Code civil, le report ne s'effectue pas de plein droit, mais peut être organisé par les parties.

cautionnement, ces solutions laissent à penser à une large adoption de cette règle en matière de garanties de paiement.

332. Hypothèses d'intransmissibilité accessoire des garanties par cession de créance ou subrogation. Mais ce constat provisoire est largement démenti par les dérogations qui viennent entamer le principe de transmissibilité par accessoire des garanties. Ainsi, l'article 2321 du Code civil énonce clairement que la garantie autonome ne suit pas l'obligation principale. La solution ne manque pas d'étonner¹²⁷⁴. On peut d'abord s'interroger sur le sort de la garantie après la transmission de l'obligation principale. Bénéficie-t-elle toujours au créancier initial ou est-elle purement et simplement éteinte ? Le texte omet de le préciser. Surtout, la réforme des sûretés du 23 mars 2006 témoigne d'une vision simpliste de la garantie autonome. Certes, cette sûreté personnelle est marquée par son indifférence au sort de l'obligation principale. Mais ce constat doit être nuancé, en raison de la subsistance indirecte du lien entre ces deux entités¹²⁷⁵. Ce lien apparaît non seulement au stade des recours, mais aussi à travers l'exigence d'une obligation principale à la naissance de la garantie, et le tempérament de la fraude et de l'abus manifeste au moment de son appel par le bénéficiaire.

Tous ces éléments plaident en faveur du caractère relatif de l'autonomie de la garantie, et donc de sa transmissibilité. La Cour de cassation, avant la réforme du droit des sûretés, s'était d'ailleurs prononcée en ce sens, admettant la transmission de la garantie au nouveau créancier à titre d'accessoire de la créance principale contre le donneur d'ordre¹²⁷⁶. Une telle solution paraît plus logique que celle, énoncée par l'article 2321 du Code civil, qui prive le cessionnaire ou le subrogé d'une garantie particulièrement efficace, sans qu'aucune justification ne l'impose¹²⁷⁷. Elle devrait *a fortiori* valoir pour les autres sûretés personnelles¹²⁷⁸.

¹²⁷⁴ A.-S. BARTHEZ, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2004, *Defrénois* 2005, p. 1226 ; M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 872 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 432 ; *contra* D. HOUTCIEFF, « Les sûretés personnelles », *JCP* 2006, supplément au n° 20, p. 7 et s. ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 887 ; A. PRÜM, « La consécration légale des garanties autonomes », *Etudes offertes au Doyen Ph. SIMLER*, Dalloz-Litec, 2006, p. 409 et s., spéc. p. 415.

¹²⁷⁵ V. *supra*, n° 297 et 308.

¹²⁷⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2004, *Bull. civ.* II, n° 464 ; *D.* 2005, p. 692, note S. CABRILLAC ; *Defrénois* 2005, p. 1226, note A.-S. BARTHEZ.

¹²⁷⁷ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 432. V. également, pour une critique du nouveau texte, fondée sur la notion de garantie, D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 354.

¹²⁷⁸ V., en ce sens, M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 870 et s. ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 258, en matière de constitut.

333. Conclusion partielle. A la lumière de ces solutions particulièrement éclatées, déceler une ligne conductrice quant à la transmissibilité active des garanties de paiement s'avère être une tâche des plus ardues. Les garanties réelles sont, certes, toutes transmises simultanément à la créance principale, sans qu'il n'y ait lieu d'opérer une quelconque distinction. Mais les autres garanties de paiement posent d'importantes difficultés. La transmission universelle de la couverture du risque, qui n'est généralement envisagée que dans le cadre du cautionnement, divise les auteurs et son admission par la jurisprudence n'est pas dénuée d'ambiguïté. Elle dépend moins de la règle de l'accessoire que de la relation d'*intuitus personae* entre les parties, circonstance éminemment contingente. Quant à la transmission à titre particulier, elle dépend à la fois des modes de transmission de l'obligation principale et du degré d'accessoire de la garantie, ce dernier fluctuant lui-même en fonction de l'étendue du risque pris en charge par le garant. En toute hypothèse, le législateur a interdit toute application uniforme de la règle de l'accessoire en posant de façon péremptoire que la garantie autonome ne suit pas l'obligation principale. Cette solution, qui priverait le créancier d'un avantage présentant un lien étroit avec la créance, ne saurait être étendue à l'ensemble des garanties sans que ne soit dénaturée la notion d'accessoire.

Ainsi, la diversité rencontrée aux stades de la formation et de l'extinction de la garantie se retrouve lors de la transmission par accessoire des garanties. Si toutes les garanties de paiement peuvent être considérées comme des accessoires d'une créance, cela ne signifie pas pour autant que le principe de l'accessoire y est scrupuleusement respecté, car différents facteurs peuvent entrer en contradiction avec lui. Il ne s'agit donc que d'une directive générale, susceptible d'être ponctuellement écartée, et non d'une règle absolue.

Cette discordance est tout aussi visible, s'agissant de la transmission à titre principal des garanties de paiement, malgré l'impossibilité apparente d'un tel mécanisme.

B) Transmission à titre principal des garanties de paiement.

334. Incompatibilité avec la règle de l'accessoire. Dans une première approche, une application stricte de la règle de l'accessoire a pour conséquence une impossibilité logique de transférer à titre principal une garantie. Une transmission universelle s'accompagne nécessairement de celle de la créance principale, car elle concerne l'ensemble du patrimoine du créancier. Quant à la transmission à titre particulier, elle heurte de front la règle de l'accessoire. En effet, l'accessoire se caractérise par sa seule fonction de renforcement de l'élément principal, si bien que leur dissociation lui fait perdre toute utilité. Un accessoire, de

par sa position intermédiaire entre indépendance et infériorité hiérarchique, ne peut évoluer sans l'appui du principal¹²⁷⁹. Une séparation entre garantie de paiement et obligation principale serait donc impossible, exception faite d'obligations ponctuelles de règlement. Cet axiome apparaît pourtant bien malmené.

335. Hypothèses d'intransmissibilité à titre principal des garanties de paiement. La transmission des garanties personnelles de paiement n'est que partiellement possible. L'obligation de règlement peut être cédée comme toute créance une fois que les conditions en sont réunies, mais en aucun cas la couverture du risque qui, attachée à une ou plusieurs créances bien définies, ne saurait être reportée sur d'autres créances. On fait valoir, à l'appui de cette solution, que la transmission de la sûreté à titre principal aurait pour effet un changement de débiteur principal, en méconnaissance des prévisions légitimes du garant¹²⁸⁰. On retrouve là le même motif expliquant le refus de la Cour de cassation d'admettre le maintien de plein droit de la phase de couverture du cautionnement en cas de décès du débiteur personne physique ou de fusion, d'absorption ou de scission touchant le débiteur personne morale¹²⁸¹. La considération de la personne dans le cautionnement vaut surtout dans le rapport entre la caution et le débiteur, davantage que dans celui entre le créancier et le débiteur. En effet, le degré de solvabilité du débiteur est un élément de la plus haute importance pour la caution, qui sera éventuellement amenée à se substituer à lui et à exercer un recours contre lui. En revanche, la personne du créancier importe peu pour la caution, tant que le quantum et les modalités de sa dette demeurent identiques¹²⁸².

Ces motifs, compréhensibles dans le cadre du cautionnement, sont transposables aux autres garanties personnelles de paiement, en dépit de leur degré plus important d'autonomie. Il est admis, à cet égard, que la fonction de garantie doit primer sur l'autonomie de l'engagement du garant¹²⁸³.

336. Hypothèses de transmissibilité à titre principal des garanties de paiement. Mais le principe d'intransmissibilité à titre principal des garanties de paiement ne s'étend pas aux garanties réelles. Il est loisible, pour un créancier hypothécaire, de transmettre sa sûreté à titre principal, indépendamment du sort de l'obligation principale, sans distinction entre les phases

¹²⁷⁹ G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 23 et s.

¹²⁸⁰ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 617.

¹²⁸¹ V. *supra*, n° 328.

¹²⁸² V. sur cette question D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'intuitus personae, la considération de la personne du créancier par la caution », art. préc.

¹²⁸³ Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 886 ; A. PRÜM, *op. cit.*, n° 214 ; Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 617 et s.

de couverture et de règlement. L'article 2424 du Code civil, qui émane de la réforme du 26 mars 2006, a expressément validé les conventions en ce sens. Sont également admises les cessions d'antériorité, par lesquelles deux créanciers inversent le rang de leurs sûretés respectives. Même si l'hypothèque a été consentie en contemplation de la dette initiale, elle entre également dans la dépendance d'une autre dette. Les autres sûretés réelles semblent marquées par la transmissibilité à titre principal, même si aucun texte spécial ne consacre véritablement cette règle¹²⁸⁴.

Le fossé est donc large entre les différentes garanties de paiement, du point de vue de leur transmissibilité à titre accessoire. Interdite en matière de sûretés personnelles au nom de la protection des intérêts du garant, dont le sort serait aggravé par le changement de débiteur, elle est largement acceptée en matière de sûretés réelles. C'est dire que la règle de l'accessoire est diversement appliquée parmi les garanties de paiement, ce qui révèle une fois encore l'hétérogénéité des principes les gouvernant. Les facteurs intervenant dans la mise en œuvre des différentes garanties personnelles sont trop nombreux pour qu'une certaine unité puisse être préservée.

§2 : Transmission des garanties d'indemnisation.

Comme précédemment en matière de garanties de paiement, il est nécessaire d'étudier successivement la réaction de la garantie à la transmission active de l'obligation principale (A), puis sa propre transmission à titre principal (B). Une fois encore, ce panorama du droit positif est marqué par de nombreuses et irréductibles divergences.

A) Transmission à titre accessoire des garanties d'indemnisation.

337. Simplicité des règles relatives aux garanties du fait d'autrui. Concernant les garanties du fait d'autrui, il convient simplement de se reporter aux règles applicables à l'obligation *in solidum*, puisque les garanties du fait d'autrui ne sont que des applications particulières de la solidarité imparfaite¹²⁸⁵. Ainsi, il est tout à fait loisible à la victime de céder sa créance ou de la transférer par le mécanisme de la subrogation, cette dernière hypothèse se produisant bien souvent au profit de l'assureur qui a versé une indemnisation. Le cessionnaire et le subrogé bénéficient alors à leur tour de la garantie du fait d'autrui procurée par le

¹²⁸⁴ Ch. JUILLET, *op. cit.* n° 615.

¹²⁸⁵ V., sur cette question, M. MIGNOT, n° 353 et s. et 445 et s.

commettant, la société ou l'association, en même temps que de la créance principale contre l'auteur direct du dommage. C'est l'ensemble constitué par les obligations *in solidum* des deux répondants qui bénéficie au cessionnaire ou au subrogé. De même, la transmission peut s'opérer à titre universel au profit de l'héritier ou d'une nouvelle personne morale, le sort de la créance principale et celui de l'obligation du garant étant alors liés. L'unique limite à ces principes concerne la novation. Ce mécanisme, qui éteint l'obligation initiale, en fait naître une autre dépourvue de toute solidarité, parfaite ou imparfaite. La nouvelle obligation est conjointe, à moins que les parties n'en décident autrement.

Il convient malgré tout de souligner que l'obligation de règlement du garant peut seule être transférée de la sorte. La phase de couverture ne le peut, par définition, car elle présente dans ce cadre un caractère général. Seul le remplacement d'une personne morale par une autre nouvellement créée peut donner lieu à un transfert de la phase de couverture¹²⁸⁶.

338. Complexité des règles relatives aux garanties du droit des contrats. La transmission des garanties du droit des contrats fait l'objet d'une évolution mouvementée et laisse place aujourd'hui encore à une certaine incertitude. On ne voit pas, au premier abord, comment la garantie pourrait être transmise simultanément à l'obligation principale. Celle-ci, en effet, n'est autre que l'obligation de délivrance dont sont notamment tenus le vendeur, le bailleur et le constructeur. Une fois exécutée, elle est éteinte et ne saurait donc être transmise. La garantie succède à l'obligation principale au lieu de coexister avec elle.

On conçoit, certes, parfaitement que la créance de réparation soit transmise à l'ayant droit à titre universel du créancier¹²⁸⁷. L'héritier du créancier défunt ou la société absorbante du créancier initial se voit transférer l'ensemble du patrimoine de son auteur, en vertu du principe de transmission universelle du patrimoine. L'obligation de règlement issue de la garantie légale ou conventionnelle est alors traitée comme une créance parmi d'autres, au sein du patrimoine de l'auteur.

¹²⁸⁶ Même si une entité juridique nouvelle apparaît à la place d'une autre, il est possible de parler de transmission, contrairement à ce qui se produit en matière de novation par changement de créancier. L'ensemble du patrimoine de l'auteur passe directement dans celui de l'ayant droit, dans le même état où il se trouvait au moment du transfert.

¹²⁸⁷ V. notamment, lorsque la victime a déjà exercé l'action en réparation du préjudice, Cass. civ., 2 août 1933, *S.* 1933, 1, p. 365 ; Cass. Req., 8 mars 1937, préc. ; Cass. crim., 9 octobre 1985, *Bull. crim.*, n° 305 ; *D.* 1987, p. 93, note A. BRETON. Et, lorsque l'action n'a pas encore été entreprise au moment du décès de la victime, Cass. civ., 18 janvier 1943, *DC* 1943, p. 45, note H. MAZEAUD ; Cass. ch. mixte, 30 avril 1976, *Bull. ch. mixte*, n° 2 ; *D.* 1977, p. 185, note M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *Defrénois* 1977, p. 856, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1976, p. 556, obs. G. DURRY ; Cass. crim., 28 octobre 1992, *Bull. crim.*, n° 188 ; *D.* 1993, somm. p. 203, obs. J. PRADEL.

Mais qu'en est-il des transmissions à titre particulier ? Peut-on considérer, lorsqu'un acquéreur transfère à son tour la propriété de la chose, que la garantie procurée par le vendeur initial s'applique également à l'égard du sous-acquéreur ? De même, le bailleur est-il tenu personnellement de garantir la jouissance des lieux par le sous-locataire ? Enfin, le constructeur est-il tenu de ses garanties vis à vis des ayants droits du maître de l'ouvrage ? Ces questions font l'objet de vifs débats, alimentés par une jurisprudence assez confuse.

339. Evolution jurisprudentielle. Afin de rendre compte des solutions jurisprudentielles, il convient de distinguer selon l'ensemble contractuel en cause. Une action directe de nature contractuelle est reconnue par les juges au sein de chaînes translatives de propriété, par dérogation au principe d'effet relatif des contrats. Ainsi, le sous-acquéreur dispose des actions en garantie nées au profit de l'acquéreur contre le vendeur initial¹²⁸⁸. Le maître de l'ouvrage bénéficie de cette même action directe à l'encontre du fournisseur, contractant direct de l'entrepreneur¹²⁸⁹. Mais l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a mis un terme à cette expansion en posant que l'action du maître de l'ouvrage contre le sous-traitant est nécessairement de nature délictuelle¹²⁹⁰.

Ces épisodes semblent avoir durablement fixé la jurisprudence. Aujourd'hui, la transmission des actions contractuelles est uniquement admise dans les chaînes de contrats, translatives de propriété. Si, en revanche, les contrats ne sont unis que par leur but, sans que ne s'opère un transfert de propriété à chaque contrat, l'action revêt nécessairement une nature délictuelle, à moins bien sûr qu'elle ne soit exercée contre un cocontractant direct. Ces solutions sont généralement expliquées par le principe de l'accessoire¹²⁹¹. Les actions attachées à la chose seraient transmises par accessoire avec la chose objet du contrat.

¹²⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1983, *JCP* 1984, II, 20295, note P. COURBE ; *RTD civ.* 1983, p. 753, obs. Ph. REMY.

¹²⁸⁹ Cass. AP, 7 février 1986, *RTD civ.* 1986, p. 364, obs. J. HUET ; *ibid.*, p. 605, obs. Ph. REMY.

¹²⁹⁰ Cass. AP, 12 juillet 1991, *JCP* 1991, II, 21743, note G. VINEY ; *JCP E* 1992, I, 199, n° 6, obs. J. RAYNARD ; *D.* 1991, p. 549, note J. GHESTIN ; *ibid.*, somm. p. 321, obs. J.-L. AUBERT ; *RTD civ.* 1991, p. 750, obs. P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1992, p. 90, obs. J. MESTRE ; *Contrats conc. conso.* 1991, comm. n° 200, obs. L. LEVENEUR. V. déjà, auparavant, Cass. civ. 3^{ème}, 22 juin 1988, *JCP* 1988, II, 21125, 2^{ème} arrêt, note P. JOURDAIN ; *contra*, Cass. civ. 1^{ère}, 8 mars 1988, *JCP* 1988, II, 21070, note P. JOURDAIN ; *RTD civ.* 1988, p. 551, obs. Ph. REMY ; *ibid.*, p. 741, obs. J. MESTRE.

¹²⁹¹ A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 229 ; F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 329 ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *op. cit.*, n° 419 ; B. GROSS et Ph. BIHR, *op. cit.*, n° 352 et s. ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 211. V. cependant J. GHESTIN et B. DESCHE, *op. cit.*, n° 1038 et s. La théorie de l'accessoire est généralement associée à AUBRY et RAU : *Droit civil français*, t. II, 3^{ème} éd., Imp. et librairie générale de jurisprudence, 1863, § 176. V. également, en faveur du fondement, voisin de l'accessoire, de *l'intuitus rei*, J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE, « La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *RTD civ.* 1944, p. 219 et s., spéc.p. 227 et s. ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 1 : *L'acte juridique*, *op. cit.*, n° 446.

Cela signifie-t-il que les garanties du droit des contrats font l'objet d'un principe de transmission accessoire de plein droit ? Plusieurs arguments s'opposent à une telle conclusion.

340. Identification de l'élément principal. En premier lieu, si la transmission des actions au sein des chaînes translatives de propriété devait être expliquée par la notion d'accessoire, il ne s'agirait pas de l'accessoire de l'obligation principale, mais plus exactement de la chose. L'obligation principale dont les garanties d'éviction et des vices cachés sont les accessoires n'est pas transférée, car elle est de toute façon éteinte par son exécution. Ainsi, si la transmission des actions en garantie était accessoire, ce terme désignerait une réalité différente par rapport aux autres garanties de paiement ou d'indemnisation.

A l'encontre de cette critique, on fait valoir que les obligations transmises ne seraient pas exactement des accessoires de la chose, mais plus exactement du droit de propriété attaché à cette chose¹²⁹². Pertinente, cette observation permet de repousser l'argument, parfois invoqué¹²⁹³, selon lequel une créance ne pourrait être transmise à titre d'accessoire d'une chose, en raison de la différence de nature juridique des deux éléments. Il reste que la créance de garantie n'est pas considérée comme l'accessoire de l'obligation principale, mais uniquement du droit de propriété sur la chose.

341. Application inégale du critère de l'accessoire. Ensuite, le principe de transmission accessoire de plein droit des garanties du droit des contrats est lui-même extrêmement discuté. Son application par la jurisprudence est des plus incertaines, comme un arrêt rendu le 28 novembre 2001 par la troisième chambre civile de la Cour de cassation¹²⁹⁴ en offre une illustration édifiante. Les juges, à cette occasion, ont rejeté l'action contractuelle d'un fournisseur qui avait vendu des matériaux à un sous-traitant en vue de l'édification d'un immeuble. Si cette solution ne semble à première vue qu'une simple réitération de la jurisprudence *Besse*, elle n'en demeure pas moins singulière. On le sait, l'action contractuelle est accordée au maître de l'ouvrage contre le fournisseur lorsque celui-ci a directement procuré des matériaux à l'entrepreneur principal, en application de la théorie de l'accessoire.

¹²⁹² G. GOUBEAUX, *op. cit.*, n° 87 ; Ph. MALINVAUD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1972, *JCP* 1973, II, 17340 ; Ph. JESTAZ, « Les malfaçons de l'immeuble : par qui et à qui la garantie est-elle due ? », *Gaz. Pal.* 1969, doctr. p. 225 ; O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004, n° 290 ; Ch. JAMIN, *op. cit.*, n° 254.

¹²⁹³ R. RODIERE, note sous CA Aix, 5 octobre 1954, *JCP* 1955, II, 8548 ; M. COZIAN, *op. cit.*, n° 94 ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 192.

¹²⁹⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 2001, *Defrénois* 2002, p. 255, obs. R. LIBCHABER ; *JCP* 2002, II, 10037, note D. MAINGUY ; *RTD civ.* 2002, p. 104, obs. P. JOURDAIN.

On peine alors à comprendre pourquoi cette même action est refusée lorsque le fournisseur, au lieu de contracter avec l'entrepreneur principal, l'a fait avec le sous-traitant. Dans les deux hypothèses, c'est pourtant un même processus qui a conduit à la survenance du dommage subi par le maître de l'ouvrage. Surtout, la chaîne de contrats, quoique composée de plusieurs contrats d'entreprise, n'en était pas moins translatrice de propriété. Même s'il est toujours possible de discuter d'une incorporation des matériaux au sein d'un ensemble, laquelle leur ferait perdre leur individualité¹²⁹⁵, rien dans l'arrêt ne permet de valider cette interprétation. Il paraît plus vraisemblable qu'en appliquant mécaniquement la formule de l'arrêt *Besse*¹²⁹⁶, la Cour de cassation n'ait établi, consciemment ou non, une exception à la transmission par accessoire des garanties en cas de sous-traitance¹²⁹⁷.

342. Intransmissibilité de principe des obligations de règlement. Même pour des chaînes homogènes de ventes, qui ne posent en principe aucune difficulté, la Cour de cassation a clairement précisé que la transmission accessoire des actions en garantie n'était pas absolue. Elle a ainsi énoncé qu'« en l'absence de clause expresse, la vente d'un immeuble n'emporte pas de plein droit cession au profit de l'acquéreur des droits et actions à fin de dommages-intérêts qui ont pu naître au profit du vendeur en raison de dommages affectant l'immeuble antérieurement à la vente »¹²⁹⁸. Apparemment contradictoire avec la reconnaissance, au profit du sous-acquéreur, d'une action directe contre le vendeur initial à raison des dommages causés à la chose, cette affirmation en est en réalité le complément. Les juges invitent par cette formule à distinguer selon la date d'apparition du dommage. Si cette date est antérieure à la vente, l'acquéreur ne bénéficie pas de l'action en garantie contre le vendeur initial. Si, en revanche, elle est postérieure, une action directe lui est accordée. Cette jurisprudence met alors en évidence un principe de non-transmission des obligations de règlement, à moins que les parties n'en aient décidé autrement : la cession du bien endommagé n'entraîne pas corrélativement celle de la créance de responsabilité née dans le patrimoine du vendeur intermédiaire. Seule la couverture du risque est transmise en même temps que la chose¹²⁹⁹. C'est dire que la transmission par accessoire des garanties légales n'est pas absolue.

¹²⁹⁵ R. LIBCHABER, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 2001.

¹²⁹⁶ R. LIBCHABER, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 2001.

¹²⁹⁷ P. JOURDAIN, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 2001.

¹²⁹⁸ Cass. civ. 3^{ème}, 4 février 2002, *JCP* 2003, II, 10058, note P. JOURDAIN ; *Defrénois* 2003, p. 245, obs. R. LIBCHABER. *Adde*, dans le même sens, mais en matière délictuelle, Cass. civ. 3^{ème}, 25 janvier 1983, *Bull. civ.* III, n° 26 ; *Defrénois* 1983, p. 1168, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. civ. 3^{ème}, 18 juin 1997, *Bull. civ.* III, n° 149 ; *D. Aff.* 1997, p. 895 ; *RTD civ.* 1997, p. 964, obs. P.-Y. GAUTIER ; *Contrats conc. conso.* 1997, comm. n° 178, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 1998, p. 1008, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP N* 1998, p. 707, obs. F.V.

¹²⁹⁹ P. JOURDAIN, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 4 février 2002.

Une autre interprétation est pourtant avancée. Si le sous-acquéreur ne peut exercer l'action directe contre le vendeur initial à raison du dommage survenu alors que son propre auteur était propriétaire, ce ne serait pas parce que l'obligation de règlement n'est pas transmise de plein droit, mais simplement parce qu'il ne dispose d'aucun intérêt à agir¹³⁰⁰. En effet, le prix de revente a été diminué du fait du dommage affectant le bien en cause. Mais si le prix avait été identique à celui de la vente initiale, on pourrait penser que la charge du dommage aurait été transférée dans le patrimoine du sous acquéreur. L'action directe aurait alors pu être admise. Cette interprétation renvoie d'ailleurs à la théorie selon laquelle la créance serait transmise toutes les fois qu'elle n'offre d'intérêt que pour le propriétaire, à l'exclusion de son auteur¹³⁰¹.

Ingénieuse et empreinte de bon sens, cette interprétation mérite d'être prise en considération, en dépit de la casuistique à laquelle elle conduirait inévitablement. Mais il est douteux que la Cour de cassation ait raisonné de la sorte. L'analyse de sa solution ne laisse que peu de place au doute. Loin de mentionner le prix de revente et la diminution de la valeur du bien, elle énonce un principe général d'intransmissibilité des obligations de règlement dues au titre de la garantie des vices cachés dans la vente.

343. Pertinence du critère de l'accessoire. Au-delà de ces incertitudes sur l'étendue du principe de transmission des garanties, il est permis de s'interroger sur le véritable fondement de cette transmission. L'opportunité du critère de l'accessoire prête à discussion, les auteurs critiquant souvent cette solution transactionnelle pour défendre, soit une extension de la jurisprudence *Besse* à toutes les chaînes de contrats¹³⁰², soit au contraire l'avènement de la notion de groupe de contrats¹³⁰³.

D'un point de vue plus technique, il est assez difficile de fonder sur l'accessoire la transmission des actions dans les chaînes de contrats. Alors que les garanties de paiement sont transférées activement avec la créance garantie par application de la règle de l'accessoire,

¹³⁰⁰ R. LIBCHABER, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 4 février 2002. Cette explication est corroborée par la jurisprudence selon laquelle le vendeur intermédiaire peut toujours exercer l'action en garantie lorsqu'elle présente pour lui un intérêt direct et certain : Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1979, *Bull. civ.* III, n° 77 ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 avr. 1982, *Bull. civ.* III, n° 95 ; Cass. 1^{re} civ. 19 janvier 1988, *Bull. civ.* I, n° 20 ; *RTD civ.* 1988, p. 549, obs. Ph. REMY.

¹³⁰¹ Il s'agit du critère dit de l'*intuitus rei*. V., en faveur de son adoption, J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, op. cit., n° 446, *contra*, O. DESHAYES, op. cit., n° 304.

¹³⁰² C. LISANTI-KALDZYNSKI, « L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt *Besse* », *JCP* 2003, I, 102.

¹³⁰³ M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996, n° 230.

comme en attestent par exemple les articles 1692 et 2112 du Code civil, aucun texte équivalent n'existe en droit des contrats. Aujourd'hui adopté par la plupart des auteurs¹³⁰⁴, le fondement de l'accessoire, qui s'accommode mal de certaines solutions jurisprudentielles¹³⁰⁵, ne fait pas l'unanimité. La transmission des obligations par voie accessoire aux ayants droits à titre particulier n'est d'ailleurs qu'une exception au principe¹³⁰⁶. Dans ces conditions, on comprend mieux qu'elle soit maniée avec une certaine méfiance par les juges.

Même si elle apparaît à titre d'exception, elle pourrait, certes, être fondée sur la théorie de l'accessoire. Mais cette affirmation est elle-même discutable. La maxime *accessorium sequitur principale* ne constitue pas un fondement suffisant, car elle n'est, selon les termes mêmes employés par un auteur, qu'un lien intellectuel « que l'on choisit d'établir entre deux entités dont on pense qu'elles trouvent un sens à rester ensemble. Dès lors, parler de lien d'accessoire à principal, c'est simplement laisser entendre qu'il serait souhaitable de ne pas dissocier le sort du principal et de l'accessoire »¹³⁰⁷.

Du reste, de nombreuses explications ont été proposées de la transmission active des obligations aux ayants cause à titre universel, ce qui montre bien la gêne éprouvée au moment d'ériger l'accessoire en fondement de la transmission de la garantie à l'ayant cause à titre particulier. Ont successivement été présentées des théories reposant sur la cession de créance présumée¹³⁰⁸, la stipulation pour autrui¹³⁰⁹, puis plus récemment l'action directe¹³¹⁰ et les groupes de contrats¹³¹¹. Aucune d'entre elles, finalement, ne parvient à convaincre totalement. Finalement, une thèse renvoie dos à dos ces théories, toutes jugées incapables d'expliquer à la

¹³⁰⁴ Non parfois sans réserves : v. notamment Y.-M. SERINET, *op. cit.*, n° 102 ; Ph. BRUN, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 27 juin 2001, *D.* 2002, somm. p. 1004 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 203. V. cependant, pour un inventaire de la jurisprudence et de la doctrine ouvertement favorable au critère de l'accessoire, Ch. JAMIN, *op. cit.*, n° 253, note 114.

¹³⁰⁵ Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 2001, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1988, préc., qui reconnaît la subsistance de l'action du vendeur intermédiaire, ce qui est incompatible avec le fondement de la transmission par accessoire (Ph. REMY, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1988). Plus généralement, on remarque que la Cour de cassation se réfère de moins en moins à la notion d'accessoire pour expliquer les actions directes : Ch. JAMIN, *op. cit.*, n° 255 et s.

¹³⁰⁶ O. DESHAYES, *op. cit.*, n° 17. L'auteur montre que le principe est celui de l'intransmissibilité de plein droit des créances.

¹³⁰⁷ O. DESHAYES, *op. cit.*, n° 299. L'auteur estime que le critère de l'accessoire, tout comme celui de l'*intuitus rei*, n'explique en rien le mécanisme technique de transmission.

¹³⁰⁸ R. RODIERE, note préc. sous CA Aix, 5 octobre 1954 ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 191 et s.

¹³⁰⁹ J. LEPARGNEUR, « De l'effet, à l'égard de l'ayant cause particulier, des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis », *RTD civ.* 1924, p. 481 et s. ; R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525 et s. ; J.-H. DU GARREAU DE LA MECHENIE, « La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », art. préc. ; P. ANCEL, « Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, quinze ans après », *Mélanges en l'honneur de A. PONSARD*, Litec, 2003, p. 3 et s.

¹³¹⁰ Ch. JAMIN, *op. cit.*, spéc. n° 335.

¹³¹¹ M. BACACHE-GIBELLI, *op. cit.*, spéc. n° 329 et s.

fois le domaine de la transmission des obligations et la technique utilisée¹³¹². Selon l'auteur, la transmission devrait simplement être utile et neutre, c'est-à-dire ne porter atteinte aux intérêts d'aucun intervenant, partie ou tiers à l'opération¹³¹³.

Du reste, la multiplicité de ces explications se retrouve au fil des arrêts admettant la transmission des créances à l'ayant cause à titre particulier. Si certaines solutions semblent souvent guidées par l'idée d'accessoire¹³¹⁴, d'autres sont inspirées par l'idée de cession de créance implicite¹³¹⁵ ou laissent une place non négligeable à l'intention des parties¹³¹⁶. L'ensemble donne l'impression d'attacher une certaine importance à l'opportunité de la transmission.

Enfin, il est permis de douter de l'influence exercée par la notion de garantie sur cette question. Aucune distinction n'est en effet opérée, à cet égard, entre les actions en garantie et en responsabilité contractuelle, signe que la transmission dépend de considérations étrangères à la fonction de garantie.

344. Conclusion partielle. Ainsi, de trop nombreux obstacles s'élèvent contre la reconnaissance de la transmission des garanties du droit des contrats à titre accessoire. Une telle transmission, qui ne concernerait que la couverture du risque, ne serait retenue que par exception, et elle ne saurait être correctement expliquée par la règle de l'accessoire, d'autant plus que l'élément principal relié à la garantie par le lien accessoire serait le droit de propriété et non l'obligation principale. C'est dire le contraste qui apparaît avec les garanties extracontractuelles du fait d'autrui, dont l'obligation de règlement est parfaitement transmissible par voie accessoire, à l'inverse de la couverture du risque. Aucune unité ne régit la transmission à titre accessoire des garanties d'indemnisation. Qu'en est-il de leur transmission à titre principal ?

B) Transmission à titre principal des garanties d'indemnisation.

345. Intransmissibilité à titre principal des garanties du fait d'autrui Les garanties d'indemnisation peuvent-elles être transmises à un ayant droit, indépendamment de

¹³¹² O. DESHAYES, *op. cit.*, n° 348 et s.

¹³¹³ O. DESHAYES, *op. cit.*, n° 366 et s.

¹³¹⁴ V. *supra*, n° 339.

¹³¹⁵ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *Contrats civils*, 1^{ère} partie, par J. HAMEL, *op. cit.*, n° 138 et t. XI, *Contrats civils*, 2^{ème} partie, *op. cit.*, n° 961 ; R. RODIERE, note préc. sous CA Aix, 5 octobre 1954 ; M. COZIAN, *op. cit.*, n° 94 ; B. GROSS, *op. cit.*, n° 191 et s.

¹³¹⁶ V., sur cette stratégie dite de « contournement de l'obstacle à la transmission », O. DESHAYES, *op. cit.*, n° 277 et s.

l'obligation qu'elles viennent renforcer ? La question ne revêt guère de sens lorsque la garantie considérée est une garantie extracontractuelle du fait d'autrui. Applicable à tout individu, la couverture du risque par le garant est par hypothèse intransmissible, à moins qu'une fusion ou une scission d'entreprise ne mette fin à une personnalité juridique pour donner naissance à une autre, en application du principe de transmission universelle du patrimoine. Mais la transmission ne s'effectue alors pas à titre principal, puisque la créance d'indemnisation contre l'auteur direct du dommage connaît le même sort.

Il en est de même des obligations de règlement qui naissent à chaque fois qu'une victime subit un dommage de la part de la personne soumise à l'autorité du répondant. En effet, c'est le mécanisme de l'obligation *in solidum*, inhérent à la dette même, qui est mis en œuvre. La possibilité de demander le tout à l'un ou l'autre ne peut être cédée indépendamment de l'obligation principale, puisqu'il s'agit d'un simple caractère de cette obligation. Ainsi, on voit mal comment un nouveau créancier pourrait disposer de la possibilité de demander la réparation de son entier dommage au garant du fait d'autrui, sans que ne lui soient cédées toutes les prérogatives de son auteur contre le responsable direct et le garant. Le mécanisme de l'obligation *in solidum* crée en quelque sorte un bloc de responsabilité dont les éléments ne peuvent être dissociés. Le transfert d'une action contre l'un des responsables s'accompagne nécessairement de celui de l'ensemble des actions contre les coobligés *in solidum*.

346. Transmissibilité à titre principal des garanties du droit des contrats. Les garanties du droit des contrats posent, une fois encore, une problématique plus complexe, que l'étude précédente de la transmission accessoire a cependant contribué à clarifier¹³¹⁷. Les rares cas de transmission ne sont que partiels, et ne répondent surtout pas à la règle de l'accessoire. Ce n'est pas à titre d'accessoire de la chose, et encore moins de la créance principale, que sont cédées les obligations de garantie. Il en résulte logiquement que cette transmission s'effectue à titre principal. Rappelons, par ailleurs, qu'elle ne touche que la phase de couverture, à l'exclusion des obligations de règlement nées des dommages à la chose, à moins que les parties n'en disposent autrement ou que la transmission n'ait lieu à titre universel. En outre, elle ne peut être admise qu'à condition de ne porter atteinte aux intérêts d'aucun intervenant, partie ou tiers, à l'opération. Ses conditions apparaissent donc particulièrement restrictives.

¹³¹⁷ V. *supra*, n° 338 et s.

Ainsi, la transmission des garanties d'indemnisation répond à des règles extrêmement éclatées. D'un côté, seules les obligations de règlement des garanties extracontractuelles du fait d'autrui peuvent être transmises par accessoire, alors que tel n'est pas le cas de la couverture du risque¹³¹⁸. En revanche, ces garanties ne peuvent en aucun cas être transmises à titre principal, indépendamment de l'obligation garantie. Les garanties du droit des contrats sont gouvernées par des principes radicalement différents, puisqu'elles ne peuvent être transférées par accessoire, ni d'une créance, ni même de la chose cédée sur laquelle porte la garantie. Seule la couverture du risque est, à des conditions assez restrictives, transmissible à titre principal, en même temps que cette chose. Ainsi, les différentes garanties d'indemnisation répondent à des règles diamétralement opposées. Tout comme en matière de garanties de paiement, on ne peut découvrir aucune véritable ligne directrice dans la transmission de ces garanties, en raison de la profonde diversité des techniques mises en œuvre. Il reste alors à vérifier les solutions applicables aux garanties d'assurance.

§3 : Transmission des garanties d'assurance.

Bien que toutes ne puissent être qualifiées d'accessoires de la créance, les garanties d'assurance sont parfois couplées à une obligation de premier rang. Elles révèlent alors une unité à peine supérieure à celle des garanties de paiement ou d'indemnisation. C'est ce qui ressort de l'étude de la transmission des garanties d'assurance, par voie accessoire à l'obligation dont elles renforcent l'efficacité (A) ou à titre principal (B). La démarche ne présentera donc aucune originalité par rapport aux développements précédents sur les autres catégories de garanties.

A) Transmission à titre accessoire des garanties d'assurance.

347. Transmissibilité à titre universel des garanties d'assurance. Les garanties d'assurance subordonnées à une obligation principale sont les figures telles que l'assurance-crédit, l'assurance-cautionnement, mais aussi l'action directe accordée à la victime contre l'assureur. Il convient également de mentionner les fonds de garantie et d'indemnisation subordonnés à la présence d'un primo responsable. Toutes ces garanties suivent-elles les créances principales lorsqu'elles sont transférées à un tiers ?

¹³¹⁸ Sous réserve du cas de remplacement d'un être moral par un autre, consécutif à une fusion, une absorption ou une scission.

Une transmissibilité à titre universel demeure toujours possible¹³¹⁹, car l'obligation principale et la garantie passent alors simultanément d'un patrimoine à l'autre sans être dissociées. Tel doit être le cas en matière d'assurance-crédit et d'assurance-cautionnement, tout du moins s'agissant des obligations de règlement du garant¹³²⁰. De même, l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité demeure liée à la créance d'indemnisation contre l'auteur du dommage.

Il en est également ainsi des droits des victimes contre les fonds de garantie, lorsque leur intervention se double d'une obligation préalable. La transmission à titre universel fait bénéficier l'ayant cause de l'ensemble des droits de la victime. Cela ne concerne cependant que l'obligation de règlement, en raison du caractère général de la couverture du risque par les fonds de garantie et d'indemnisation, à moins que la transmission ne s'accompagne de la disparition d'une personne morale et de la création corrélative d'une autre.

Pour autant, on se gardera de conférer une importance excessive à ces solutions qui ne résultent pas d'une application de la règle de l'accessoire, mais du seul principe de transmission universelle du patrimoine.

348. Transmissibilité à titre particulier des garanties d'assurance. Les difficultés les plus importantes concernent la transmission des garanties à titre particulier. La novation par changement de créancier met fin à la garantie, faute d'obligation principale, cette solution classique n'appelant aucun commentaire particulier. La question se pose en revanche en cas de cession de la créance principale, de subrogation dans les droits du créancier initial ou de modification de la personne du créancier.

Les réponses sont parfois suggérées par la proximité entre ces garanties d'assurance et certaines garanties personnelles de paiement. Ainsi, le caractère accessoire assez marqué de l'action directe de la victime contre l'assureur, mis en exergue par l'article L. 112-6 du Code des assurances¹³²¹, plaide largement en faveur de la transmissibilité de cette action par accessoire à la créance de la victime contre le responsable. Comme dans le cadre des garanties du fait d'autrui, la phase de couverture ne pourrait être transférée, mais uniquement les obligations de règlement nées du dommage déjà produit.

¹³¹⁹ Rapp., concernant le transfert global des risques couverts d'une compagnie d'une société d'assurance à une autre, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 799 et s.

¹³²⁰ V., sur la transmissibilité de la couverture du risque dans les garanties de paiement, auxquelles peuvent être assimilées l'assurance-crédit et l'assurance-cautionnement, *supra*, n° 328 et s.

¹³²¹ Ce texte dispose que « l'assureur peut opposer au porteur de la police, ou au tiers qui en invoque le bénéfice, les exceptions opposables au souscripteur originaire. »

De même, l'assurance-crédit et l'assurance-cautionnement, qui apparaissent respectivement très comparables aux garanties indemnitaires et au cautionnement, peuvent se voir appliquer des solutions identiques¹³²².

Enfin, le transfert de propriété d'une chose endommagée s'accompagne de celui de la créance contre l'assureur de choses¹³²³ : les solutions sont alors équivalentes à celles qui gouvernent la transmission des garanties du droit des contrats¹³²⁴. Mais l'étendue du transfert est alors limitée, et on ne saurait véritablement parler de transfert par accessoire de la créance principale. En revanche, aucun critère ne permet à coup sûr de déterminer si la créance contre cet assureur suit celle de la victime contre le responsable du dommage subi. Une solution négative paraît plus souhaitable, car les deux obligations ne coexistent alors qu'accidentellement. De même, il est possible de s'interroger sur le degré d'accessoire de la garantie offerte par les fonds d'indemnisation par rapport à la créance d'indemnisation contre le primo responsable. La fonction de garantie de ces mécanismes et leur caractère accessoire assez affirmé, lorsqu'ils viennent pallier l'insolvabilité du responsable¹³²⁵, plaident en faveur de l'admission du transfert par voie accessoire. Il reste que ces critères demeurent bien trop flous pour que la solution soit adoptée sans réserve.

349. Absence de critère de transmissibilité des garanties d'assurance. L'étude de la jurisprudence confirme la multiplicité de solutions relatives à la transmissibilité des garanties d'assurance. La Cour de cassation n'admet, par exemple, que la transmissibilité à titre particulier de l'assurance-cautionnement¹³²⁶, à l'exclusion de celle de l'assurance-crédit¹³²⁷. Il est vrai que l'appartenance d'une garantie à la catégorie des accessoires ne préjuge en rien de l'application de la maxime *accessorium sequitur principale*. Le degré d'accessoire peut, certes, être lié au nombre d'exceptions opposables au bénéficiaire par le garant, mais ce critère manque de précision, car l'opposabilité des exceptions est susceptible de degrés selon les garanties : une simple opposition entre garanties accessoires et indépendantes ne suffit pas.

¹³²² V. *supra*, n° 331, concernant la transmission du cautionnement et des garanties indemnitaires.

¹³²³ L'article L. 121-10 du Code des assurances prévoit, dans le cadre des assurances terrestres, le transfert de la police d'assurance au profit de l'acquéreur ou l'héritier de la chose. V. toutefois, sur l'utilité de ce mécanisme, P. VALLIER, « Faut-il abroger l'article L. 121-10 du Code des assurances ? », *Resp. civ. assur.* 2000, chron. n° 26 ; et sur le mécanisme de transfert, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 782.

¹³²⁴ V. *supra*, n° 338 et s.

¹³²⁵ V., s'agissant des manifestations de la règle de l'accessoire au stade de la naissance et de l'extinction de la garantie, *supra*, n° 321 et 323. Cela ne vaut toutefois que lorsque la garantie vient s'ajouter à une obligation principale, ce qui est loin d'être systématique.

¹³²⁶ Cass. civ. 3^{ème}, 4 décembre 2002, *Bull. civ.* III, n° 245 : l'arrêt semble admettre que la caution puisse, pour se libérer, se fonder sur la perte par le créancier de cette garantie dont elle aurait pu se prévaloir par le biais du bénéfice de subrogation.

¹³²⁷ Cass. com., 25 février 1992, *Bull. civ.* IV, n° 86 ; *D.* 1992, p. 349, note Ch. GAVALDA.

Il ne faut donc pas s'étonner des nombreuses incertitudes régissant la transmission accessoire des garanties d'assurance. En est-il de même concernant leur transmission à titre principal ?

B) Transmission à titre principal des garanties d'assurance.

350. Transmission des seules obligations de règlement. La question de la transmissibilité à titre principal des garanties d'assurance, qui ne peut intervenir qu'à titre particulier¹³²⁸, se solderait par une réponse négative, si l'on devait appliquer à la lettre la règle de l'accessoire.

La transmission à titre particulier demande de plus amples développements. En principe, une stricte application de la règle de l'accessoire devrait interdire toute dissociation entre principal et accessoire. Ce précepte doit être suivi en matière d'assurance-crédit et d'assurance-cautionnement, du fait de leur similarité avec les garanties personnelles de paiement. Celles-ci demeurent rétives à une transmission à titre principal, en raison de la considération de la personne du débiteur principal. Autoriser une transmission à titre principal de la garantie reviendrait à imposer au garant la couverture d'une nouvelle dette, contrairement à ses prévisions, dont serait tenu un autre débiteur que celui aux côtés duquel il a accepté de s'engager. Seules les obligations de règlement nées de la garantie sont donc cessibles par le bénéficiaire, la couverture du risque ne pouvant être reportée sur des créances autres que celles prévues initialement. Cette solution, qui doit être retenue quelle que soit l'indépendance de la garantie par rapport à l'obligation principale, apparaît transposable aux garanties d'assurance reposant sur des techniques proches.

Il convient également de distinguer obligation de règlement et couverture du risque, s'agissant de l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité de l'auteur du dommage. Il est possible de transférer les droits contre l'assureur, comme toute créance, par cession de créance ou subrogation, mais la couverture ne saurait être transmise à titre principal, en raison de son caractère général¹³²⁹. De même, une victime peut transférer sa créance de règlement contre l'assureur de chose, indépendamment de la créance contre l'auteur du dommage, mais la couverture du risque ne pourrait être transmise qu'à un sous-

¹³²⁸ Une transmission à titre universel serait impuissante à dissocier le sort de l'obligation principale de celui de la garantie.

¹³²⁹ A moins qu'une nouvelle personne morale ne remplace une ancienne qui disparaît. Mais c'est alors une transmission à titre universel qui est effectuée, et non à titre particulier. Cette hypothèse est donc extérieure au champ d'étude.

acquéreur de la chose, selon un mécanisme similaire à celui de la transmission des garanties du droit des contrats¹³³⁰.

Des règles similaires doivent gouverner les créances des victimes contre les fonds de garantie et d'indemnisation. Il n'est pas inconcevable que la transmission des droits contre ces organismes s'effectue à titre particulier, sans pour autant s'accompagner d'un transfert de la créance contre l'auteur du dommage, mais la couverture du risque ne peut, encore une fois, être transférée à titre particulier.

Ainsi, la transmission principale des garanties d'assurance répond à des règles apparemment communes. Une telle transmission n'est pas impossible. Elle ne porte simplement que sur les obligations de règlement, à l'exclusion de la couverture du risque. L'unité décelée n'offre pourtant qu'une maigre satisfaction, d'abord car elle montre que l'application de la règle de l'accessoire est très tempérée, ensuite parce que les règles, en dépit de leur homogénéité, procèdent de considérations différentes selon les garanties.

351. Conclusion de la Section 2. En fin de compte, l'étude de la transmissibilité des garanties révèle une diversité bien trop importante pour que l'on puisse conclure à une application uniforme de la règle de l'accessoire. Elle entraîne plutôt une sensation de vertige, tant sont nombreux les paramètres à prendre en considération pour déterminer lesquelles des garanties sont transmissibles. Il convient de distinguer entre les transmissions à titre principal et accessoire, à titre universel et particulier, ainsi qu'entre les deux phases de la garantie, celle de règlement et celle de couverture, cette dernière étant revêtue d'un *intuitus personae* généralement absent de la précédente. La seule fonction de garantie est donc loin de suffire à déterminer le sort de l'accessoire.

La seule solution constante est la transmissibilité à titre universel des obligations de règlement qui, peu originales, passent directement du patrimoine de leur auteur vers celui de l'ayant cause. Aucune dissociation ne se produit alors entre le principal et l'accessoire. Mais une incertitude plane sur le point de savoir si la couverture du risque peut être transférée de plein droit par ce mécanisme. La jurisprudence apparaît, pour l'heure, insuffisamment claire, notamment en matière de sûretés personnelles. En revanche, une réponse positive est de mise, s'agissant des garanties réelles de paiement. En toute hypothèse, les règles applicables

¹³³⁰ V., sur cette question, *supra*, n° 338 et s.

semblent moins procéder de la notion d'accessoire que d'autres considérations telles que les relations particulières entre les parties.

Les choses se compliquent encore davantage lorsque le transfert de l'obligation principale s'effectue à titre particulier. Les solutions varient alors entre les différentes garanties. Parfois, seule la couverture du risque est transmissible. Tel est le cas concernant les garanties du droit des contrats, pour lesquelles la transmission ne semble pas, de toute façon, résulter de la règle de l'accessoire. Mais les garanties extracontractuelles du fait d'autrui sont gouvernées par des principes pratiquement inverses. Enfin, les garanties d'assurance ne présentent une unité que du point de vue de la transmission à titre principal. C'est dire que, même au sein d'une catégorie de garanties, aucune cohésion n'est vraiment perceptible. Surtout, la règle de l'accessoire n'apparaît jamais ici comme un principe directeur particulièrement fort. Même parmi les garanties qui méritent la qualification d'accessoire, la maxime *accessorium sequitur principale* n'est que diversement suivie, et elle ne constitue en aucun cas un facteur d'unité.

352. Conclusion du Chapitre 2. L'étude de l'intensité du caractère accessoire de la garantie s'avère très décevante. La qualification d'accessoire conférée à la plupart des garanties devrait logiquement déboucher sur plusieurs principes : aucune garantie accessoire ne saurait naître ou subsister en l'absence d'obligation principale, en raison du lien nécessaire existant entre ces deux éléments. Ensuite, les garanties devraient suivre les obligations principales en cas de transfert de celles-ci, de façon à éviter toute dissociation entre principal et accessoire, alors que les garanties ne sauraient être transférées à titre principal.

Mais chacune de ces affirmations logiques est démentie par une étude plus approfondie. D'abord, des garanties peuvent naître ou survivre en l'absence d'obligation principale valable qui leur servirait de support. Le principe d'opposabilité des exceptions, qui constitue le corollaire de l'accessoire, n'est que partiellement adopté, y compris dans les garanties les plus accessoires. Aucune garantie ne peut être considérée comme entièrement accessoire ou autonome, et l'accessoire est susceptible de degrés. Ensuite, les garanties peuvent, à l'occasion, être transférées indépendamment du rapport fondamental, et leur transmission à titre accessoire est loin d'être une règle absolue, tant elle donne lieu à des solutions complexes et variables. Pire, elle ne semble pas justifiée, lorsqu'elle a lieu, par l'application de la règle de l'accessoire. Celle-ci ne semble être qu'une grille de lecture, un principe directeur d'application très relative. De nombreux autres impératifs entrent en jeu lorsqu'il s'agit de décider du sort de la garantie : son efficacité, qui renvoie à sa fonction de

protection du bénéficiaire et s'oppose parfois au caractère accessoire, mais également des principes de droit commun extérieurs à la notion de garantie, telle la transmission universelle du patrimoine, ainsi que des considérations d'équité et d'opportunité liées notamment aux prévisions des parties. La conciliation entre ces différents impératifs ne peut mener qu'à un certain pointillisme dans les solutions adoptées. Si cela n'est en soi guère critiquable, il est bien évident que l'unité des garanties s'en trouve d'autant diminuée.

353. Conclusion du Titre 1^{er}. Si la notion de garantie trouve une certaine cohésion à travers une fonction de protection et de renforcement des droits du bénéficiaire, cela ne signifie pas que les garanties présentent nécessairement un caractère accessoire. Quelle que soit la signification retenue du terme d'accessoire, on constate son inadaptation à certaines garanties. Même si l'on suit la définition fonctionnelle de l'accessoire, la plus proche de la notion de garantie, force est de constater que le lien d'accessoire, présent en matière de garanties de paiement et d'indemnisation, ne se retrouve pas dans la plupart des garanties d'assurance. La fracture entre garantie et accessoire est irréductible, car la notion d'accessoire postule un lien entre deux éléments, lien qui n'apparaît pas dans bon nombre de garanties d'assurance.

Les résultats ne sont pas plus probants lorsque l'on définit l'accessoire au sens technique. La règle de l'accessoire, que l'on tire de l'adage *accessorium sequitur principale*, postule une correspondance entre le sort de l'élément principal et celui de l'accessoire qui vient le compléter et le renforcer. On constate d'emblée que les garanties d'assurance, généralement indépendantes de toute obligation, ne suivent pas ce principe. Pire encore, les garanties qualifiées d'accessoires s'en écartent également, qu'elles visent au paiement d'une obligation, à l'indemnisation d'une victime ou à l'assurance d'un risque quelconque. Aucun des corollaires de la règle de l'accessoire ne se retrouve systématiquement dans les garanties. Elles peuvent exister en l'absence même d'une obligation principale valable et déterminée, ne pas suivre cette obligation principale lorsqu'elle disparaît ou se trouve transférée à un nouveau créancier, et même être elles-mêmes transmises à titre principal pour vivre une existence autonome. Même si les distinctions sont parfois moins tranchées qu'il n'y paraît, par exemple entre les différentes garanties de paiement, elles demeurent indéniables.

Les conclusions à tirer de cette étude sont donc simples. D'abord, il convient de récuser les affirmations selon lesquelles les garanties sont toujours accessoires. Ensuite, le lien entre la garantie et l'obligation principale, lorsqu'elle existe, est d'une intensité très variable, comme en atteste l'éclatement des règles relatives à la naissance, l'extinction et la transmission de la garantie. Enfin, la notion de garantie, qui entre en conflit avec d'autres

considérations, ne suffit pas à expliquer l'ensemble des solutions. Ainsi, on peut dire que l'unité des garanties, résultant de leur fonction de protection des intérêts du bénéficiaire, ne s'étend pas au lien entre garantie et obligation principale.

L'affirmation du caractère accessoire de la garantie n'est pas l'unique affirmation erronée concernant les garanties. Ainsi, il n'est pas rare que soit proclamée l'unité des effets de la garantie. Si, effectivement, la garantie se caractérise par sa sévérité envers celui qui la souscrit, aucune généralisation ne semble devoir être faite à ce sujet.

TITRE 2

DIVERSITE D'EFFETS DE LA GARANTIE.

354. Degré d'efficacité de la garantie. Il est possible de songer aux effets de la garantie comme facteurs de cohésion de cette notion, au même titre que sa finalité, sa structure ou son caractère accessoire. La garantie constitue un atout important pour son bénéficiaire, qui dispose de moyens renforcés d'obtenir satisfaction, si bien que l'efficacité semble faire partie intégrante de la notion de garantie. Inversement, le garant serait tenu très sévèrement. Sa prestation aurait un aspect automatique, dans la mesure où il ne pourrait se prévaloir d'autant d'exceptions qu'un débiteur de droit commun. C'est uniquement dans un second temps, après s'être exécuté, qu'il pourrait le cas échéant se retourner contre le débiteur définitif de la dette. En conséquence, la garantie serait caractérisée par une satisfaction renforcée du bénéficiaire par rapport au droit commun, ainsi que par un caractère contraignant faisant obstacle à une large prise en compte de la volonté des parties.

Il est vrai que la notion de garantie s'accompagne, au moins instinctivement, d'une idée sous-jacente d'automaticité¹³³¹. Dans le langage commun, la garantie ne laisse qu'une marge de manœuvre minime aux parties, notamment au garant. Sa définition, centrée sur les intérêts du bénéficiaire, semble en apporter une confirmation. Mais l'idée demeure trop vague pour véritablement constituer un facteur d'unité des garanties. Il est donc nécessaire d'étudier la mise en œuvre des garanties et leur intensité, afin de dégager des points de concordance.

En premier lieu, l'étude des effets de la garantie passe par celle de son dénouement. Il convient de déterminer exactement les résultats concrets de la garantie, c'est-à-dire ce à quoi peut prétendre le bénéficiaire, et de vérifier si sa situation est plus enviable qu'en droit commun. La satisfaction obtenue est-elle préférable ? Peut-il obtenir satisfaction dans des conditions particulièrement favorables ? Telles sont les questions à se poser, afin de rechercher l'unité d'effets de la garantie. Mais il ne s'agit là que du premier volet d'un diptyque. Une fois les intérêts du bénéficiaire restaurés, il faut savoir si la dette reste à la charge du garant, si celui-ci n'est qu'un débiteur provisoire d'indemnisation, et si ces règles varient selon les garanties (Chapitre 1).

¹³³¹ A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n° 207 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, op. cit., n° 190.

Une fois résolue cette question des résultats de la garantie, une étape supplémentaire consiste à vérifier son automaticité, en se plaçant du point de vue du garant (Chapitre 2). Deux facteurs concourent à une telle automaticité, réelle ou supposée, de l'obligation du garant : la restriction de la faculté du garant de s'opposer à l'appel de la garantie en se prévalant de causes d'exonération, et l'encadrement de la volonté des parties. Ces deux aspects devront être successivement étudiés.

Chapitre 1

Dénouement de la garantie.

355. Distinction de l'obligation et de la contribution à la dette. Il s'agit ici de vérifier si une unité se dégage dans les règles applicables, autrement dit, si la garantie offre un dénouement uniformément favorable au bénéficiaire. La garantie se divise en deux phases successives, d'obligation et de contribution à la dette¹³³². En premier lieu, le garant doit accomplir la prestation promise au bénéficiaire en cas de survenance du risque couvert. Puis, s'il n'est pas le débiteur définitif de la dette, il dispose d'un recours en contribution. Ces deux phases sont classiquement dissociées en matière de garanties personnelles de paiement. On peut se demander si cette distinction ne pourrait être généralisée à l'ensemble des garanties.

Chacune de ces deux phases d'exécution suscite néanmoins des interrogations d'une ampleur non négligeable. L'obligation à la dette est le cœur de l'exécution de la garantie, car c'est à ce stade que sont rétablis les intérêts du bénéficiaire. Mais cette constatation demeure insuffisante, car elle laisse sans réponse la question du caractère satisfaisant de la protection accordée. Il faut donc s'attacher au résultat effectif de la garantie, c'est-à-dire à la nature et l'étendue de la compensation octroyée au bénéficiaire par le garant lors de la phase de règlement de la garantie, une fois le dommage réalisé (Section 1).

Une fois ce travail achevé, il est encore nécessaire de dégager les règles applicables après l'accomplissement par le garant de son obligation de règlement. C'est à ce moment que peuvent être mis en œuvre par le garant d'éventuels recours destinés à le décharger de la charge définitive de la dette. Plusieurs types de recours sont d'ailleurs concevables, selon les situations (Section 2).

Il s'agira de déterminer le rôle tenu par la notion de garantie relativement à ces différentes questions. Impose-t-elle des solutions invariables dans le dénouement de l'opération ? Ces solutions sont-elles propres aux garanties ? Une réponse négative devra être

¹³³² V., sur l'importance de la distinction de ces deux étapes au sein des sûretés personnelles, P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, op. cit., n° 9 et s.

apportée à ces deux questions : la notion de garantie ne détermine, ni l'efficacité de la protection du bénéficiaire, ni le mécanisme des recours.

Section 1 : Satisfaction du bénéficiaire de la garantie.

Quelle est la nature de la compensation accordée au bénéficiaire de la garantie une fois l'intérêt protégé lésé par la survenance de l'événement redouté ? Quelle est son étendue ? Cela revient, au fond, à poser la question de l'objet et de l'effet de l'obligation de règlement du garant. On recherchera donc, à travers le dénouement de la garantie, si cette dernière apporte une satisfaction particulièrement étendue au bénéficiaire, c'est-à-dire si celui-ci peut obtenir la prestation qu'il escomptait initialement (§1) ou, tout du moins, une satisfaction parfaitement équivalente (§2).

§1 : Nature de la prestation fournie par le garant.

La définition de la garantie, centrée sur la restauration des intérêts du bénéficiaire, pourrait laisser à penser que les différentes garanties lui octroient la prestation même qu'il attendait au départ. Il n'en est pourtant rien. La plupart des garanties lui accordent seulement un équivalent destiné à compenser la perte subie (A). Des exceptions affectent, certes, ce principe, mais elles ne résultent nullement de la notion de garantie, ce qui montre que l'efficacité de la garantie ne provient pas du mode de satisfaction du bénéficiaire (B).

A) Prévalence de la réparation par équivalent des intérêts du bénéficiaire.

356. Exécution en nature ou par équivalent. La satisfaction offerte au bénéficiaire n'est autre, dans une première approche, que l'objet de sa créance, lequel varie selon les garanties personnelles¹³³³. On peut donc s'attendre à ce que le dénouement de la garantie obéisse à des règles variables. Pour vérifier cela, il importe d'étudier si la garantie apporte un remède adéquat à la survenance du risque couvert. La question renvoie aux débats relatifs à la hiérarchie des remèdes à l'inexécution du contrat. Il est souvent admis que la réponse la plus appropriée à l'inexécution d'une obligation contractuelle est l'exécution en nature. Il est vrai

¹³³³ L'objet peut, rationnellement, consister en l'obligation principale, une obligation propre et une obligation de réparer le préjudice lié à l'inexécution du contrat fondamental. V. *supra*, n° 291, sur les variations du degré d'accessoire des garanties personnelles.

que cette solution est remise en cause par une analyse économique de la responsabilité contractuelle¹³³⁴. La force obligatoire du contrat, en effet, n'a pas nécessairement pour corollaire l'exécution de la prestation même prévue au contrat¹³³⁵. Par ailleurs, une exécution en nature n'est pas nécessairement souhaitable, notamment lorsqu'elle occasionne des dépenses disproportionnées au débiteur¹³³⁶. De ce point de vue, une démarche pragmatique, consistant à rechercher le remède le plus équilibré à l'inexécution du contrat dans chaque situation donnée, est peut-être préférable à l'unité des garanties, même si des arguments sont avancés, y compris en droit comparé, en faveur de l'exécution en nature des garanties¹³³⁷.

Ces solutions tranchent avec l'intérêt du bénéficiaire, qui réside dans l'exécution en nature de l'obligation principale¹³³⁸, lorsqu'elle est possible et satisfaisante¹³³⁹. Lorsqu'un créancier souscrit une garantie de façon à pallier le risque d'inexécution, en effet, il souhaite sans nul doute obtenir la prestation promise par son cocontractant, de préférence à une exécution par équivalent. C'est de cette façon qu'il pourra pleinement, en général, profiter de l'intérêt garanti¹³⁴⁰. L'exécution par équivalent permet, certes, d'effacer le préjudice résultant

¹³³⁴ Analyse économique issue principalement du droit comparé. V. par exemple, pour une théorie de la garantie reposant sur de telles bases en matière de produits de consommation, G. L. PRIEST, « A Theory of the Consumer Product Warranty », *Yale Law Journal*, vol. 90, n° 6, may 1981, p. 1297 et s.

¹³³⁵ Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, 2004, n° 38 et s. En conséquence, la primauté de l'exécution en nature ne repose sur aucun fondement textuel indiscutable.

¹³³⁶ Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, n° 306 et s. L'auteur met en évidence la disproportion pouvant émaner d'une exécution en nature de l'obligation inexécutée.

¹³³⁷ V. par exemple K. CHAPMAN et M. J. MEURER, « Efficient Remedies for Breach of Warranty », art. préc.

¹³³⁸ M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, n° 9, p. 29, concernant la responsabilité contractuelle : « l'auteur n'étant pas satisfait (il voulait l'exécution en nature), on ne peut pas dire qu'il reçoit exécution, même par équivalent ». En l'absence d'obligation principale à garantir, il faut s'interroger sur le point de savoir si l'intérêt lésé peut être rétabli en nature. La problématique est donc similaire.

¹³³⁹ Encore convient-il, naturellement, que l'exécution en nature demeure possible, le cas échéant en faisant appel à la faculté de remplacement prévue par les articles 1143 et 1144 du Code civil. V. également, sur l'obstacle opposé par l'article 1142 du Code civil à l'exécution des obligations de faire et de ne pas faire, W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700 et s. Les hypothèses dans lesquelles cette mesure est refusée se raréfient progressivement. V., dernièrement, en matière de pacte de préférence, Cass. ch. mixte, 26 mai 2006, *D.* 2006, p. 1861, P.-Y. GAUTIER et D. MAINGUY ; *JCP* 2006 II, 10142, note L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 2006, p. 550, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RDC* 2006, p. 1080, obs. D. MAZEAUD ; *Defrénois* 2006, p. 1206, obs. E. SAVAUX ; Cass. civ. 3^{ème}, 14 février 2007, *JCP* 2007, II, 10143, note D. BERT ; *D.* 2007, p. 2444, note J. THERON ; *RDC* 2007, p. 701, obs. D. MAZEAUD ; *RTD civ.* 2007, p. 366, obs. P.-Y. GAUTIER. Les arrêts rompent avec la jurisprudence selon laquelle l'inexécution d'un pacte de préférence par le promettant ne donnait lieu qu'à des dommages-intérêts, s'agissant d'une obligation de faire.

¹³⁴⁰ G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle, Etudes de droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167 et s., spéc. n° 4 et s. ; v., cependant, Y.-M. LAITHIER, *op. cit.*, n° 287 et s. : selon l'auteur, l'exécution par équivalent serait tout aussi adéquate lorsque les dommages-intérêts comprennent l'indemnisation de la « valeur subjective » de la prestation, qui correspond à l'attente légitime du créancier de cette prestation. De la sorte, le créancier ne serait plus sous-indemnisé dans le cadre de l'exécution

de l'inexécution, mais ne procure pas le résultat attendu dès le départ. De son point de vue, un accroissement de l'efficacité de la garantie est donc synonyme d'exécution en nature, même si une telle solution n'est, en soi, pas toujours satisfaisante.

Une analyse de la garantie fondée sur son efficacité devrait conduire à une prépondérance de l'exécution en nature, plus encore qu'en droit commun, ainsi qu'à une simplification de la mise en œuvre de la garantie. Pourtant, les solutions en vigueur divergent selon les différentes garanties, ce qui invite à douter d'une unicité des effets de la garantie.

357. Nature de la satisfaction tirée des garanties personnelles. Il est rare que le créancier puisse obtenir d'un garant personnel la prestation prévue au contrat principal, lorsqu'il s'agit d'une obligation autre que de somme d'argent, cas de figure susceptible de se présenter régulièrement. Ainsi, le cautionnement peut tout aussi bien porter sur une obligation de somme d'argent ou sur toute obligation de faire ou de ne pas faire, contractuelle ou délictuelle¹³⁴¹. De même, il est fréquent que la garantie autonome ait pour but de couvrir l'exécution d'une obligation de faire¹³⁴², tout comme la délégation imparfaite, qui ne présente pas d'originalité au regard du cautionnement ou de la garantie autonome¹³⁴³, ou encore l'action directe¹³⁴⁴.

Peu importe alors le point de savoir si la caution exécute la dette même du débiteur¹³⁴⁵, si son engagement est uniquement calqué¹³⁴⁶ ou moulé¹³⁴⁷ sur l'obligation principale, ou si

par équivalent. Mais ces règles, admises assez nouvellement en droit anglais, ne le sont pas en droit français. De plus, une indemnisation, aussi étendue soit-elle, équivaut-elle toujours à une prestation donnée ?

¹³⁴¹ L'article 2289 du Code civil évoque seulement une « obligation valable », sans opérer de distinction. V., concernant le cautionnement d'une obligation délictuelle, Cass. civ. 1^{ère}, 8 octobre 1996, *Bull. civ.* II, n° 342 ; *JCP* 1997, I, 4033, n° 2, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 1997, n° 180 ; obs. M. BANDRAC ; *Rev. dr. banc. bourse* 1996, p. 238, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 mai 1998, *Bull. civ.* I, n° 173 ; *Banque et dr.* novembre-décembre 1998, p. 35, obs. F. JACOB. Il convient toutefois d'écarter l'hypothèse d'un cautionnement de prêt participatif : v., sur cette question, Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 225.

¹³⁴² Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005.

¹³⁴³ Comp., concernant le constitut, F. JACOB, *op. cit.*, n° 251 et s. : selon l'auteur, cette sûreté ne peut porter que sur des obligations de somme d'argent. Le garant devra également verser une telle somme, si bien que la prestation sera exactement celle attendue par le créancier.

¹³⁴⁴ Tel est le cas des actions directes en garantie ou en responsabilité, mais pas des actions directes en paiement. V., sur cette distinction au sein des actions directes, M.-L. IZORCHE, *Rép. civ. Dalloz, V° Action directe*, art. préc., n° 47 et s.

¹³⁴⁵ Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 47 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 88 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par F. PICOD, *op. cit.*, n° 15 ; M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 177 ; C. HOUIN-BRESSAND, *op. cit.*, n° 190. V. également, en faveur d'une conception dualiste de l'obligation, L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 121 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 226 et s.

¹³⁴⁶ Ch. JUILLET, *op. cit.*, n° 239.

¹³⁴⁷ Ph DUPICHOT, *op. cit.*, n° 273.

l'objet de la dette du garant est propre¹³⁴⁸. Ces explications importent peu lorsqu'il s'agit de déterminer l'efficacité de la garantie. Dans ce dernier cas, il est évident que la prestation en nature, objet de l'obligation principale, ne sera pas exécutée sous cette forme par le garant. Dans le cadre du cautionnement, la caution offre, certes, la même prestation que le débiteur principal, sous réserve d'une limitation de son engagement. Mais lorsque l'obligation principale est d'accomplir une prestation spécifique de faire ou de ne pas faire, il est admis qu'elle ne fait qu'indemniser le créancier, c'est-à-dire lui procurer l'équivalent monétaire de la prestation promise par le débiteur principal, même si une exécution en nature est théoriquement possible¹³⁴⁹. La prestation n'est alors pas sensiblement identique à celle à laquelle s'était engagé le débiteur principal. Le raisonnement est identique pour les autres garanties personnelles.

358. Nature de la satisfaction tirée des garanties réelles de paiement. Ce n'est pas non plus leur mode de réalisation qui se trouve à l'origine de l'efficacité des sûretés réelles. Plusieurs modalités sont certes possibles, le pacte comissoire étant récemment venu s'ajouter aux procédés traditionnels que sont l'attribution judiciaire et l'exercice du droit de préférence. Mais aucun de ces procédés n'apparaît entièrement satisfaisant, le créancier obtenant, soit une somme d'argent résultant de la vente du bien grevé, soit la propriété de ce bien. Il en est de même des garanties réelles fondées sur la propriété. Ce n'est donc, respectivement, que si l'obligation garantie portait sur une somme d'argent ou sur la remise de la chose elle-même que la sûreté procure une pleine satisfaction au créancier.

359. Nature de la satisfaction tirée des garanties indirectes de paiement. C'est aussi souvent à une obligation monétaire que donnent lieu les garanties indemnitaires. Le porte-fort ne pourra être débiteur, en cas d'inexécution de l'obligation principale, que d'une somme d'argent. En effet, il ne s'est pas engagé à exécuter l'obligation même du débiteur principal, mais à indemniser le bénéficiaire du dommage subi en cas d'inexécution¹³⁵⁰. La sanction naturelle est donc le versement au créancier d'une certaine somme. L'obligation principale,

¹³⁴⁸ V. par exemple, sur l'adoption de ce critère distinctif entre cautionnement et garantie autonome, *infra*, n° 428.

¹³⁴⁹ La caution ne disposant généralement pas des compétences nécessaires à exécuter l'obligation principale, elle n'est condamnée qu'au paiement d'une somme d'argent. V., en ce sens, Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ., 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 120 et 180 : l'obligation de la caution est monétaire.

¹³⁵⁰ Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005 ; I. RIASSETTO, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », art. préc., n° 18 et s.

c'est-à-dire une obligation de faire¹³⁵¹, ne sera alors pas exécutée. Le créancier ne pourra obtenir le résultat escompté du contrat principal. De même, la sanction attachée à la lettre d'intention est le versement d'une somme d'argent et non l'exécution d'une obligation de faire¹³⁵², tout comme celle des sûretés négatives.

La satisfaction apportée par la compensation apparaît tout aussi mince. Cette garantie permet simplement au créancier de ne pas s'exécuter, le montant de sa créance venant s'imputer sur celui de sa propre dette envers le débiteur. En conséquence, la satisfaction éprouvée par le créancier n'intervient, ni à travers l'exécution de l'obligation, ni par un équivalent pécuniaire, mais par la décharge dont il bénéficie lui-même. En dépit des avantages indéniables présentés par la compensation, elle ne sert nullement à obtenir directement la prestation prévue au contrat. Toutefois, cet inconvénient doit être nuancé. Comme la compensation est subordonnée à la fongibilité de l'objet des obligations compensables¹³⁵³, les obligations garanties seront normalement de somme d'argent.

360. Nature de la satisfaction tirée des garanties des vices cachés. Les garanties du droit des contrats offrent au créancier des solutions variées qui ne lui sont pas nécessairement plus favorables que le droit commun de la réparation du dommage.

Plusieurs actions peuvent être engagées contre le vendeur. En cas d'apparition d'un vice caché, l'acquéreur dispose d'un choix. Il peut exercer une action estimatoire et obtenir la restitution d'une partie du prix, en fonction de l'atteinte portée à l'utilité du bien par le vice caché. Dans ce cas, la satisfaction du créancier consiste en un rééquilibrage du contrat¹³⁵⁴. L'acquéreur conserve la chose, même affectée d'un vice la rendant inapte à remplir sa destination, et obtient simplement que le prix de vente soit diminué.

L'action rédhibitoire, quant à elle, a pour effet un anéantissement rétroactif du contrat de vente. Cette fois, ce n'est pas uniquement une indemnisation à raison de la perte de valeur du bien que reçoit le demandeur, si les conditions en sont réunies, mais la restitution de la

¹³⁵¹ Si l'obligation principale est monétaire, aucune originalité ne ressort du porte-fort d'exécution : R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort d'exécution », art. préc., n° 7.

¹³⁵² L'obligation du souscripteur pourra consister en l'adoption d'un certain comportement, mais une fois le préjudice réalisé, c'est une obligation d'indemnisation qui lui incombe : à ce moment, le créancier n'a plus intérêt à demander, par exemple, une augmentation du capital ou l'aide de la société-mère à la filiale, mais tout simplement la réparation de son préjudice, c'est-à-dire l'allocation d'une somme d'argent. Du point de vue du souscripteur, il peut d'ailleurs s'avérer moins coûteux d'indemniser le préjudice subi par le créancier que de tenir à flot la filiale : v., en ce sens, H. SYNDET, obs. préc. sous Cass. com., 21 décembre 1987, spéc. p. 403, *in fine*.

¹³⁵³ Article 1291, alinéa 1^{er} du Code civil.

¹³⁵⁴ Ph. LE TOURNEAU, « Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », art. préc., spéc. p. 258 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 221 : les auteurs évoquent une « réfaction » du contrat. Comp. J. HUET, *op. cit.*, n° 11363.

totalité du prix versé. Corrélativement, la chose atteinte du vice doit être restituée au vendeur. Finalement, l'opération est neutre pour l'acquéreur, qui se trouve dans la même situation qu'avant la vente¹³⁵⁵. On le voit, la garantie des vices cachés s'attache davantage au rééquilibrage du contrat qu'à une restauration adéquate des intérêts de la victime¹³⁵⁶. Même si l'option entre action estimatoire et action rédhibitoire lui permet de choisir la voie de droit la plus adaptée à sa situation, aucune d'entre elles ne suffit à une entière satisfaction¹³⁵⁷. Les garanties dues par le bailleur donnent lieu à des solutions semblables, et ne procurent donc pas de satisfaction en nature au profit du locataire victime du vice caché¹³⁵⁸.

361. Nature de la satisfaction tirée de l'assurance. Enfin, les garanties d'assurance ne laissent place à aucun doute. Tant la prestation de l'assureur¹³⁵⁹ que celle des fonds de garantie et d'indemnisation¹³⁶⁰ consistent en un versement de somme d'argent. Il est exclu qu'une réparation en nature puisse être accordée à la victime, non seulement en matière de dommage corporel, mais également de dommage aux biens.

En conséquence, fort nombreuses sont les garanties qui donnent lieu au versement d'une somme d'argent et non à une exécution en nature, même si les intérêts du bénéficiaire commanderaient plutôt, *a priori*, cette dernière forme de réparation. Sur ce point, les garanties se situent même en retrait du droit commun, ce qui tend à montrer que la garantie est davantage une compensation que le moyen de préserver exactement l'intérêt protégé. Les exceptions à ce principe revêtent une portée toute relative.

¹³⁵⁵ L'acquéreur, toutefois, est dispensé par le juge d'indemniser le vendeur à raison de la dépréciation du bien, intervenue avant la restitution consécutive à l'action rédhibitoire : Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, préc.

¹³⁵⁶ V., sur la distinction entre garantie des vices cachés et responsabilité de droit commun, P. COEFFARD, *op. cit.*, n° 35 et s.

¹³⁵⁷ En ce sens, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 221.

¹³⁵⁸ J. HUET, *op. cit.*, n° 21171 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 317. Les auteurs considèrent que les remèdes apportés par la garantie des vices cachés sont identiques dans le bail et la vente. Comp. J.-P. LE GALL, *op. cit.*, n° 244 et s.

¹³⁵⁹ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 74. Il convient uniquement de réserver une place spécifique à l'assistance et la protection juridique.

¹³⁶⁰ Le seul terme « fonds d'indemnisation » met déjà clairement en avant cette idée. Même le Fonds de prévention des risques naturels majeurs, dont la mission est assez originale, ne fait que financer les mesures de prévention. V. sur cette question A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op. cit.*, n° 9-00 et s.

B) Hypothèses de réparation en nature des intérêts du bénéficiaire.

362. Nature de la prestation du codébiteur solidaire. Seule, parmi les garanties personnelles de paiement, la solidarité peut donner lieu à tout type d'obligation¹³⁶¹. Même si l'obligation solidaire est de faire, le créancier obtiendra la même prestation, peu important auquel des codébiteurs il s'adresse. Cette particularité ne dépend pas de variations dans la notion de garantie, mais uniquement du mécanisme particulier de la solidarité, fondée sur l'unité de dette. Elle met donc moins en relief l'efficacité des garanties que la diversité de leurs mécanismes.

363. Résultats du droit de rétention. Parmi les garanties réelles, c'est le droit de rétention qui, malgré sa simplicité, permet au créancier d'obtenir la prestation la plus proche de celle qu'il envisageait initialement. Il permet indirectement d'obtenir l'exécution de l'obligation grâce à la pression exercée sur le débiteur, privé de la détention de la chose. Comme l'exception d'inexécution ou la clause résolutoire, le droit de rétention occasionne un désagrément immédiat au débiteur, ce qui ne peut que l'inciter à exécuter la prestation même prévue au contrat. Cette solution, dérogame par rapport aux autres garanties de paiement, s'explique également par la technique très particulière de la rétention, qui pousse le débiteur à s'exécuter, plus qu'il n'accorde de prérogative particulière au créancier.

364. Nature de la prestation des garants du fait d'autrui. Si la réparation prend généralement la forme, dans les garanties extracontractuelles du fait d'autrui, d'une indemnisation¹³⁶², cela n'est pas systématique. Il est possible que des mesures soient ordonnées en vue d'une cessation de l'illicite¹³⁶³, ou qu'une réparation en nature soit

¹³⁶¹ L'obligation peut être en nature comme monétaire : v., sur les différentes hypothèses, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 631 et s. Par ailleurs, une obligation délictuelle ne peut faire l'objet d'une solidarité parfaite, mais il peut fort bien s'agir d'une obligation *in solidum*. Il s'agit même là du terrain de prédilection de cette garantie : v., sur son champ d'application, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 412.

¹³⁶² La solution est inévitable lorsque la victime subit un dommage irréparable affectant l'un de ses biens, ou en cas de dommage corporel.

¹³⁶³ M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, 1974, n° 209 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 11 et s. ; v. cependant P. GROSSER, *Les remèdes à l'inexécution du contrat. Essai de classification*, thèse Paris I, 2000, n° 111 et s.

ordonnée lorsqu'elle est possible¹³⁶⁴. Les solutions jurisprudentielles apparaissent, à cet égard, empreintes de casuistique¹³⁶⁵.

La problématique est légèrement différente dans le cadre de la responsabilité contractuelle du fait d'autrui, puisque le droit commun de l'indemnisation du dommage contractuel trouvera à s'appliquer. C'est alors la prestation prévue au contrat que recherchera en priorité le créancier, si bien qu'une exécution en nature sera plus souvent possible et souhaitable¹³⁶⁶. Un tel mode de réparation est par nature inenvisageable en matière extracontractuelle, faute de prestation prévue avant le fait dommageable.

Mais cette fois encore, la possibilité d'obtenir une réparation en nature du préjudice n'est pas liée à la qualification de garantie. Il s'agit là d'une simple application du droit commun de la responsabilité. Même les exceptions au principe de réparation par équivalent apparaissent donc comme un témoignage supplémentaire de l'absence d'autonomie du régime de la garantie au regard du droit commun.

365. Remèdes résultant de la garantie de conformité dans la vente. La garantie de conformité instaurée par l'ordonnance du 17 février 2005 offre davantage de possibilités à l'acquéreur que les actions en garantie des vices cachés. Les remèdes au défaut de conformité, quoique hiérarchisés, sont en plus grand nombre et surtout de nature à offrir une réponse adaptée à la survenance du risque. Ainsi, il est possible pour la victime d'opter pour la réparation ou le remplacement du bien, en vertu de l'article L. 211-9 du Code de la consommation. C'est seulement dans un deuxième temps, si ces deux possibilités se heurtent à une impossibilité ou reviennent à des coûts excessifs pour le vendeur, qu'une deuxième option est ouverte entre la résolution ou la restitution d'une partie du prix en proportion de la perte d'utilité de la chose, selon l'article L. 211-10 de ce même Code.

Ce système apparaît avantageux vis-à-vis de la victime, laquelle dispose de toute une palette de remèdes à la survenance du risque. Le remplacement et la réparation du bien sont particulièrement utiles, car ils permettent à la victime, non seulement d'obtenir un rééquilibrage du contrat, mais également de prétendre à l'avantage qu'elle comptait en retirer.

¹³⁶⁴ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 26 et s.

¹³⁶⁵ Les juges du fond sont libres d'apprécier quel mode de réparation est le plus à même de réparer efficacement le dommage subi par la victime, et d'opter pour l'un ou l'autre. V. sur cette question, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 39 et s.

¹³⁶⁶ V. *supra*, n° 356.

A cet égard, la garantie de conformité marque un progrès dans l'indemnisation de la victime d'un vice caché¹³⁶⁷.

366. Remèdes résultant des autres garanties du droit des contrats. Contrairement aux garanties des vices cachés incombant au vendeur et au bailleur, les garanties des constructeurs peuvent donner lieu à une réparation en nature¹³⁶⁸, notamment la garantie de parfait achèvement¹³⁶⁹, assortie d'une faculté de remplacement prévue à l'article 1792-6 du Code civil¹³⁷⁰.

Les actions en garantie d'éviction, par ailleurs, peuvent conduire à des résultats plus originaux. Si l'acheteur n'obtient souvent qu'une indemnisation totale ou partielle, la garantie incidente en justice peut lui permettre de récupérer ce qu'il attendait du contrat de vente : l'exécution par le garant de son obligation de défense pourra, le cas échéant, conduire au rejet des prétentions des tiers sur le bien, de sorte que la victime de l'éviction pourrait retrouver la plénitude de ses pouvoirs sur la chose. De même, la garantie d'éviction supportée par le bailleur peut se traduire, à côté de la résiliation ou de l'indemnisation, par une obligation de faire cesser le trouble¹³⁷¹. Dans ce cas, la jouissance paisible de la chose louée est parfaitement restaurée.

Il reste que ces solutions, parfois dictées par l'obligation des Etats de se soumettre aux textes de droit communautaire, ne font l'objet d'aucune vue d'ensemble. On comprend mal, par exemple, pourquoi les garanties des vices cachés mènent à des résultats différents de la garantie de conformité, ou encore pourquoi la garantie d'éviction donne lieu à des solutions plus favorables à l'acquéreur ou au bailleur que celle portant sur les vices cachés. Les

¹³⁶⁷ En ce sens, J. CALAIS-AULOY, « Une nouvelle garantie pour l'acheteur : la garantie de conformité », art. préc. ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 221 ; *contra* G. PAISANT, « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation », *Contrats conc. conso.* 2005, étude n° 8, spéc. n° 41 : l'auteur estime que le système issu du Code civil est plus souple, en ce qu'il n'établit aucune hiérarchie des remèdes. On peut toutefois penser que cette hiérarchie n'est qu'un inconvénient subalterne au regard de la diversification des remèdes proposés.

¹³⁶⁸ V., sur cette question, F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 760. Comme le soulignent les auteurs, la satisfaction en nature peut plus facilement être obtenue par le maître de l'ouvrage.

¹³⁶⁹ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 4570. L'article 1792-6 du Code civil évoque d'ailleurs expressément les travaux de réparation consécutifs à la mise en jeu de la garantie.

¹³⁷⁰ Cette faculté n'est pas qu'un simple rappel de l'article 1144 du Code civil, car les conditions en sont plus avantageuses pour le maître de l'ouvrage. Une autorisation préalable en justice n'est en effet pas nécessaire. V., sur cette question, A. BENABENT, *Les contrats civils et commerciaux*, *op. cit.*, n° 603.

¹³⁷¹ V. par exemple Cass. civ. 3^{ème}, 10 novembre 1987, *Bull. civ.* III, n° 183 ; *RTD civ.* 1988, p. 373, obs. Ph. REMY. Si le commentateur critique la solution du point de vue des conditions d'application de la garantie, elle n'en demeure pas moins révélatrice de la possibilité de réparer en nature le trouble.

remèdes apportés par la garantie mènent donc à des résultats d'autant plus variables que les parties peuvent convenir d'un aménagement de la garantie¹³⁷².

Ainsi, il est vrai que certaines garanties permettent au bénéficiaire d'obtenir le résultat qu'il envisageait initialement. Mais la notion de garantie n'exerce aucune influence dans ce débat. Seules la particularité de certains mécanismes de garantie, ou encore une absence de cohérence législative, permettent de tels résultats. La conclusion est identique au regard de l'étendue de la prestation du garant.

§2 : Etendue de la prestation fournie par le garant.

Si le bénéficiaire de la garantie ne peut que rarement obtenir la prestation qu'il envisageait, en dehors de l'hypothèse des obligations de sommes d'argent, peut-il au moins espérer une indemnisation de l'ensemble du préjudice subi ? La réponse à cette question varie selon les différentes garanties. Non seulement l'étendue de la satisfaction éprouvée est très variable (A), mais le principe même de cette satisfaction est parfois remis en cause par les nombreux obstacles auxquels se heurtent les poursuites du bénéficiaire (B).

A) Montant de la prestation fournie par le garant.

367. Etendue de la prestation offerte par les garants personnels. Dans l'idéal, le montant de la prestation du garant serait équivalent à celui de l'obligation principale. Ce n'est pourtant pas toujours le cas, quel que soit le degré d'autonomie de la garantie. Le fait que le cautionnement oblige le garant à se substituer au débiteur n'entraîne pas une identité de montant des obligations principale et accessoire. La caution peut fort bien prendre à sa charge une partie seulement du risque d'impayé, ou une dette seulement parmi une pluralité¹³⁷³. L'évolution actuelle semble même être dans ce sens, car le législateur tend de plus en plus à encadrer le cautionnement général, proscrit à présent dans les rapports entre créancier professionnel et caution personne physique¹³⁷⁴. Ainsi, le recours au cautionnement le plus

¹³⁷² V. *supra*, n° 448 et s.

¹³⁷³ Cette circonstance ne déroge aucunement au caractère accessoire du cautionnement, car celui-ci implique uniquement que la caution ne soit pas tenue plus sévèrement que le débiteur principal. L'article 2290, alinéa 2 du Code civil l'énonce clairement.

¹³⁷⁴ Cette règle se déduit logiquement de l'article L. 341-2 du Code de la consommation, qui pose l'exigence d'une mention manuscrite comportant notamment la limite de montant de la dette garantie. *A contrario*, on peut penser que le cautionnement général pourra être conclu par acte authentique entre ces parties, à condition

efficace, celui qui porte sur l'objet le plus étendu, est aujourd'hui limité. Quant aux garanties personnelles dont le caractère accessoire est atténué, elles peuvent fort bien porter sur un montant très inférieur à celui de l'obligation principale, puisqu'il s'agit d'une dette étrangère au rapport fondamental. C'est surtout le cas lorsque la garantie autonome joue son rôle initial de garantie d'un dépôt de garantie, et non celui d'alternative au cautionnement : le garant n'a pas vocation à se substituer au débiteur principal¹³⁷⁵.

A l'inverse, le montant dû par la caution ne peut être supérieur à celui de l'obligation principale, la caution ne pouvant être tenue plus sévèrement que le débiteur en vertu de l'article 2290 du Code civil. On retrouve les mêmes règles dans d'autres garanties personnelles, telles que la solidarité et l'action directe, qui interdisent au garant de s'engager au-delà de la dette garantie¹³⁷⁶. Cette réserve n'affecte pas les garanties autonomes, ni les autres garanties personnelles qui lui sont apparentées. Le plafonnement de l'obligation du garant au montant de l'obligation principale est rendu impossible par la différence d'objet des obligations¹³⁷⁷. Rien n'empêche, donc, que le garant autonome soit tenu au-delà des termes du contrat de base. Dans ce cas, toutefois, le bénéficiaire obtient des sommes sans être titulaire de droits correspondants au titre du contrat de base, si bien que le donneur d'ordre aura ensuite la possibilité d'exercer un recours contre lui à hauteur de ce montant¹³⁷⁸. L'élargissement de l'assiette de la garantie n'est donc que provisoire.

toutefois, en vertu de l'article L. 341-5 du Code de la consommation, qu'il ne soit affecté d'aucune solidarité ou renonciation au bénéfice de discussion. Ce cas de figure demeure assez improbable.

¹³⁷⁵ V. *supra*, n° 144, sur le mécanisme de la garantie autonome.

¹³⁷⁶ La solidarité, comme le cautionnement, peut porter sur une partie de la dette mais ne peut s'étendre au delà de ses limites, car elle est inhérente à l'obligation. Quant à l'action directe, elle est nécessairement limitée au montant du débiteur intermédiaire : v. par exemple, en matière d'assurance de responsabilité, Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1964, *RGAT* 1965, p. 58, obs. A.B. ; en matière de sous-traitance, Cass. com., 19 mai 1980, *JCP* 1980, II, 19440, note G. FLECHEUX ; Cass. ch. mixte, 18 juin 1982, *DS* 1983, p. 221, note A. BENABENT. V. toutefois G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 428, qui relèvent plusieurs arrêts favorables à une indépendance accrue de l'assurance de responsabilité, du point de vue de l'indemnité accordée à la victime.

¹³⁷⁷ Cass. com., 13 décembre 1994, préc. Cette solution n'est pas remise en cause par le fait que la garantie autonome puisse comporter une référence au contrat de base, dès lors que l'objet de la garantie n'est pas la dette principale en elle-même : v., sur ce point, Cass. com., 18 mai 1999, *Bull. civ.* IV, n° 102 ; *D.* 2000, p. 112, 1^{ère} espèce, note Y. PICOD ; *RTD com.* 1999, p. 734, obs. M. CABRILLAC ; *Banque et dr.* janvier-février 2000, p. 58, obs. F. JACOB ; *Rev. dr. banc. bourse* 1999, p. 127, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. com., 30 janvier 2001, *Bull. civ.* IV, n° 25 ; *JCP* 2001, II, 10552, 2^{ème} espèce, note J.-P. REMERY ; *D.* 2001, p. 3426, obs. A. HONORAT ; *JCP E* 2001, p. 568, note D. LEGEAIS ; *Rev. dr. banc. fin.* 2001, comm. n° 61, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et dr.* mai-juin 2001, p. 50, obs. A. PRÜM ; *RTD com.* 2001, p. 763, obs. A. MARTIN-SERF ; *Deffrénois* 2001, p. 1319, 1^{ère} espèce, obs. S. PIEDELIEVRE.

¹³⁷⁸ V., sur les principes régissant les recours dans les garanties indépendantes, *infra*, n° 383 et 386.

368. Etendue de la satisfaction résultant des garanties réelles. Les mêmes inconvénients sont attachés aux garanties réelles, dont le choix peut s'avérer délicat¹³⁷⁹. Il est possible que la valeur de la chose soit insuffisante à désintéresser le créancier, surtout en présence d'une pluralité de créanciers, quel que soit le mode de réalisation de la sûreté. Inversement, la sûreté réelle ne saurait constituer une source d'enrichissement pour lui, dans le cas où la valeur du bien est supérieure à celle de la créance. L'intervention du juge dans chacun des modes de réalisation de la sûreté, y compris le pacte comissoire, assure l'application de ce principe. Ainsi, le bénéficiaire, qui n'est pas certain d'être désintéressé de l'ensemble de sa créance, ne peut en tout cas tirer profit de la garantie au-delà de la prestation escomptée initialement.

369. Etendue de la prestation des garants indirects de paiement. Finalement, ce sont les garanties indirectes qui offrent les certitudes les plus larges au créancier, du point de vue de l'étendue de la prestation. Certes, la compensation peut ne pas entièrement donner satisfaction au créancier, car le montant garanti est soumis à la loi du double minimum¹³⁸⁰. La compensation, en effet, ne joue qu'à hauteur de la plus modeste des créances compensables. La garantie n'est donc que partielle pour l'un des créanciers. Mais les autres garanties indirectes permettent souvent d'obtenir une indemnisation plus large que les garanties personnelles. La promesse de porte-fort, la lettre d'intention et les sûretés négatives permettent une indemnisation complète du préjudice subi par le créancier, préjudice dont on sait qu'il peut ne pas se borner à la simple inexécution du contrat¹³⁸¹. Le risque couvert s'étend, au-delà de la simple obligation principale, à l'ensemble de l'opération projetée par les parties. C'est pourquoi ces garanties, notamment la promesse de porte-fort, apportent une protection assez adaptée aux obligations de faire¹³⁸². Surtout, le droit de rétention offre une protection très complète pour plusieurs raisons. En raison de son indivisibilité¹³⁸³, il ne

¹³⁷⁹ V., sur les avantages que doit comporter une sûreté, L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 7 et s.

¹³⁸⁰ Les créances s'éteignent « jusqu'à concurrence de leurs quotités respectives », ainsi que l'énonce l'article 1290 du Code civil.

¹³⁸¹ V. particulièrement, concernant la promesse de porte-fort, Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005 ; R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc., n° 7. Le raisonnement est identique pour les autres garanties indemnitaires, qui reposent tout comme le porte-fort d'exécution sur le mécanisme de la responsabilité contractuelle.

¹³⁸² Ph. SIMLER, note. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005. L'auteur fait remarquer à juste titre que le cautionnement d'une obligation de faire ne pourra que rarement être exécuté en nature, faute pour la caution de présenter les compétences nécessaires pour cela, et que l'indemnisation sera nécessairement limitée à la valeur de la prestation, sans tenir compte du préjudice subséquent à l'inexécution. Quant à la garantie autonome, elle nécessite une détermination intrinsèque du montant dû par le garant. C'est donc la promesse de porte-fort qui apparaît comme le procédé le plus souple et efficace. Mais encore faut-il que le garant souscrive une obligation comportementale.

¹³⁸³ V. toutefois A. AYNES, *op. cit.*, n° 306 et s.

disparaît qu'au moment où l'obligation est entièrement exécutée, ce qui incite le débiteur à satisfaire intégralement le créancier. La satisfaction accordée à celui-ci est donc totale, d'autant plus que, n'étant soumis à aucune formalité, le droit de rétention résiste admirablement aux procédures collectives. De plus, le droit de rétention peut porter sur une chose de valeur insignifiante tout en incitant fortement le débiteur à s'exécuter¹³⁸⁴.

Cette efficacité supérieure des garanties indirectes procède-t-elle de la notion de garantie ? Il est difficile de le penser. Elle résulte plutôt, pour le droit de rétention, de la spécificité du mécanisme employé et, pour les garanties indemnitaires, du critère de l'objet de la dette du garant. Ce sont donc des circonstances contingentes qui conduisent à la désunion, de ce point de vue, des garanties de paiement.

370. Etendue de la satisfaction tirée des garanties d'indemnisation. Contrairement aux garanties de paiement, les garanties du fait d'autrui assurent une réparation extensive des intérêts du bénéficiaire. Ainsi, les règles applicables aux garanties du fait d'autrui étant celles de la responsabilité civile, le principe est celui de la réparation intégrale du préjudice subi par la victime, sous la seule réserve, en matière contractuelle, du préjudice imprévisible¹³⁸⁵. De même, les garanties du droit des contrats opèrent un rééquilibrage complet du contrat, si bien qu'aucun désagrément ne subsiste pour le bénéficiaire une fois qu'elles ont été mises en jeu. L'unique réserve est l'impossibilité de retirer un profit de la garantie.

Ces avantages des garanties d'indemnisation semblent avant tout liés à l'utilisation de la responsabilité, contractuelle ou délictuelle, ou de mécanismes proches. Le principe de réparation intégrale qui s'applique en la matière et assure une réparation étendue au bénéficiaire, n'est pas transposable aux garanties de paiement, si bien que des divergences sont inéluctables entre les différentes catégories de garanties.

371. Etendue de la satisfaction tirée des garanties d'assurance. Si la réparation obtenue par le biais des garanties d'assurance est nécessairement monétaire, le montant de

¹³⁸⁴ L'exemple caractéristique est le droit de rétention portant sur la carte grise d'un véhicule, objet dépourvu de toute valeur intrinsèque mais dont la rétention porte un préjudice important au débiteur. V., pour des illustrations de cette situation, Cass. com., 25 novembre 1997, *D.* 1998, note J. FRANÇOIS ; Cass. com., 22 mars 2005, *D.* 2005, p. 2089, obs. P. CROCQ. Il est toutefois nécessaire que le désagrément occasionné au débiteur soit plus important que le montant de la créance, auquel cas le droit de rétention ne constitue qu'une garantie « médiocre » (L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 452). *Adde*, pour davantage d'illustrations de telles situations, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 611.

¹³⁸⁵ Article 1150 du Code civil. Le risque, en effet, est délimité par le contrat en matière contractuelle. V., sur les différentes interprétations de ce texte, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats, op. cit.*, n° 1034 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 319 et s. ; Ph. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », art. préc., n° 41.

l'indemnisation est en principe égal au montant de l'intérêt assuré. Il en est ainsi en matière d'assurances de dommages, en raison du principe indemnitaire qui domine les assurances de dommages¹³⁸⁶. Il est vrai que les assurances de personnes débouchent sur le versement d'une somme forfaitairement fixée, mais ces assurances ne figurent pas dans la catégorie des garanties, en raison de l'absence de couverture d'un risque¹³⁸⁷.

Ce constat doit malgré tout être nuancé en matière de fonds de garantie. En effet, le montant de l'indemnité allouée aux bénéficiaires dépend de la nature du dommage. Ainsi, les victimes d'infractions obtiennent une indemnisation proportionnellement plus importante lorsque le dommage est corporel¹³⁸⁸, les dommages aux biens n'étant en revanche que partiellement indemnisés. L'intervention du fonds est d'ailleurs subordonnée à la caractérisation d'un préjudice suffisant¹³⁸⁹. Plus généralement, le principe de réparation intégrale, appliqué en apparence à de nombreux fonds d'indemnisation¹³⁹⁰, pourrait en réalité cacher une réalité différente dans laquelle la victime obtiendrait une somme forfaitaire¹³⁹¹. Un certain pessimisme règne donc sur la qualité de la garantie procurée par les fonds¹³⁹². Ces considérations, toutefois, sont moins liées à la notion de garantie qu'à l'accent mis par le législateur sur certaines catégories de dommages ou de victimes.

¹³⁸⁶ Ce principe est énoncé par l'article L. 121-1, alinéa 1 du Code des assurances. Même si les parties ont toujours la possibilité de limiter l'obligation de règlement par l'instauration de franchises ou de plafonds de garantie (*infra*, n° 450), cette situation demeure juridiquement l'exception. V., pour une explication et l'application de ce principe en matière d'assurance de dommages, J. KULLMANN, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 5 avril 2007, *RGDA* 2007, p. 584 et s.

¹³⁸⁷ V. *supra*, n° 98.

¹³⁸⁸ Ainsi, si la CIVI indemnise intégralement les dommages corporels, à l'exception des atteintes physiques n'ayant entraîné qu'une incapacité temporaire inférieure à un mois (article 706-3 du Code de procédure pénale), elle n'octroie qu'une indemnisation plafonnée au triple du montant mensuel du plafond de ressources pour les dommages aux biens, en application de l'article 706-14 du Code de procédure pénale, entre autres limitations aux droits des victimes. V., pour une synthèse des conditions d'indemnisation des victimes, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 989 et s. De même, les victimes d'actes de terrorisme ne peuvent prétendre qu'à une réparation des atteintes à la personne, en vertu de l'article L. 422-1 du Code des assurances. Les autres principaux fonds de garantie procurent en revanche une indemnisation intégrale du dommage.

¹³⁸⁹ V. l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique s'agissant de l'ONIAM : la prise en charge du dommage corporel par cet organisme est subordonnée à un seuil de gravité. *Adde*, pour une critique de cette disposition, Y. LAMBERT-FAIVRE, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, III. L'indemnisation des accidents médicaux », *D.* 2002, p. 1367 et s., spéc., p. 1370 et 1371 ; C. MARCHAND, « Le privilège de la douleur (la procédure d'indemnisation amiable de la loi du 4 mars 2002) », *D.* 2002, p. 2739 et s. *Adde*, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 1015.

¹³⁹⁰ A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, n° 181. L'auteur montre toutefois qu'il ne s'agit pas d'un acquis.

¹³⁹¹ M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », art. préc., n° 23 et s. L'auteur dénonce les inconvénients de la réparation intégrale, qui mène à une multiplication des chefs de préjudice. *Adde*, dans une logique opposée, Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 1029 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 8510 ; A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, n° 188.

¹³⁹² Ph. BRUN, *op. cit.*, *eod. loc.* ; A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, n° 173 et s. L'auteur s'interroge notamment sur le caractère équitable de la procédure applicable devant certains fonds, particulièrement le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante (*op. cit.*, n° 183 et s.)

On voit donc que l'étendue de la prestation du garant donne lieu à des solutions diversifiées. Si elle ne peut procurer un enrichissement au bénéficiaire, elle peut parfois ne pas couvrir entièrement ses intérêts. De plus, l'existence même de la prestation offerte au garant se heurte à des obstacles nombreux et variés, ce qui vient remettre en cause plus profondément encore l'efficacité attachée à la notion de garantie.

B) Obstacles à la fourniture d'une prestation par le garant.

372. Diversité des obstacles à la mise en œuvre des garanties personnelles. L'attractivité des garanties indépendantes provient traditionnellement du fait qu'elles apparaissent bien plus aisées à mettre en œuvre que les garanties plus accessoires, notamment le cautionnement. Celui-ci voit son exécution affectée par plusieurs inconvénients majeurs. Le principe d'opposabilité des exceptions qui le caractérise a pour objet de multiplier les causes de libération de la caution, tout comme les bénéfices de division et de discussion. Alors que le cautionnement présente traditionnellement un caractère unilatéral¹³⁹³, il est aujourd'hui marqué par le développement d'obligations accessoires lui conférant un aspect synallagmatique¹³⁹⁴ : ainsi, le créancier est tenu de diverses obligations d'information¹³⁹⁵ et doit prendre en considération les intérêts de la caution sous peine de se voir opposer le bénéfice de subrogation¹³⁹⁶. Enfin, l'ouverture d'une procédure collective à l'égard du débiteur principal fait également obstacle aux actions que pourrait introduire le créancier contre la caution personne physique¹³⁹⁷. La situation des autres garants apparaît plus favorable. La garantie autonome, ainsi, peut être appelée à tout moment, sous réserve

¹³⁹³ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 163 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 78 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 33 et s. Ces auteurs proposent parfois des exceptions, fondées sur d'éventuels engagements du créancier. V. toutefois, sur ce point, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 23.

¹³⁹⁴ V., sur cette discussion, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 22 et s.

¹³⁹⁵ V., sur la diversité des obligations d'information dans le cautionnement et l'efficacité générale de ce dispositif, 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.

¹³⁹⁶ La jurisprudence tend à restreindre la marge de manœuvre du créancier à partir de ce bénéfice de subrogation, en lui imposant de tenir compte des intérêts de la caution au moment d'exercer une simple faculté. V., sur ce point, Cass., ch. mixte, 17 novembre 2006, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2007, préc.

¹³⁹⁷ V. les articles L. 622-28, alinéa 2 et L. 631-14, I du Code de commerce, concernant respectivement la sauvegarde et le redressement judiciaire. En revanche, l'arrêt du cours des intérêts à l'égard des garants n'intervient que dans la procédure de sauvegarde, et au profit des seules personnes physiques, en application des articles L. 622-28, alinéa 1^{er} et L. 631-14, II, de ce même code. V. toutefois F. PEROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », *Dr. et patr.* juillet-août 2008, p. 77 : selon l'auteur, les garants personnes morales bénéficieraient également de l'arrêt du cours des intérêts.

d'éventuelles conditions posées par la lettre de garantie¹³⁹⁸, sans que cela ne préjuge du bien-fondé de la demande¹³⁹⁹. Ce traitement préventif du risque d'impayé s'accompagne d'une inopposabilité des exceptions et des bénéfices de division, de discussion et de subrogation¹⁴⁰⁰, ainsi que d'une absence d'obligation d'information spécifique à la charge du bénéficiaire¹⁴⁰¹.

Ce constat d'une efficacité supérieure de la garantie autonome doit toutefois être nuancé, car les juges et le législateur tendent de plus en plus à assimiler les deux figures, de façon à établir une protection suffisante du garant contre la rigueur de ce mécanisme¹⁴⁰². C'est le cas lorsque le débiteur fait l'objet d'une procédure collective depuis la loi de sauvegarde des entreprises du 26 juillet 2005¹⁴⁰³. L'assimilation concerne aussi l'étendue des biens pouvant être affectés en garantie, au regard du régime matrimonial du garant¹⁴⁰⁴. La comparaison marque toujours, certes, une diversité de solutions en faveur de la garantie autonome. La délégation imparfaite peut d'ailleurs s'avérer plus intéressante encore pour le créancier qui bénéficie, de façon certes contestable¹⁴⁰⁵, de l'inopposabilité des exceptions, tout en évitant les obstacles tirés de l'assimilation de la garantie autonome au cautionnement. Quant aux autres garanties personnelles, elles se trouvent dans une situation intermédiaire. Le codébiteur solidaire ne peut se prévaloir du dispositif protecteur de la caution, ni des

¹³⁹⁸ Ainsi, les parties peuvent convenir de garantie à première demande justifiée ou d'une garantie documentaire : v., en ce sens, Cass. com., 16 mai 1995, *Contrats conc. conso.* 1995, comm. n° 144, obs. L. LEVENEUR ; *RTD com.* 1996, p. 101, obs. M. CABRILLAC.

¹³⁹⁹ C'est seulement lorsqu'aucun doute ne plane sur l'absence de droit du bénéficiaire au titre du contrat de base que le garant peut s'opposer à la demande, en invoquant la fraude ou l'abus manifeste commis par le bénéficiaire. V., sur cette question, *supra*, n° 297 et 308.

¹⁴⁰⁰ Les bénéfices de discussion et de division relèvent du caractère accessoire renforcé du cautionnement et ne peuvent en aucun cas profiter au garant indépendant. Quant au bénéfice de subrogation, il est refusé par les juges en matière de garantie autonome : CA Nancy, 22 septembre 1997, *RTD com.* p. 644, obs. M. CABRILLAC ; *adde*, en matière de solidarité, Cass. com., 8 mai 1968, *Bull. civ.* IV, n° 48 ; Cass. com., 17 décembre 2003, *D.* 2004, somm. p. 2035, obs. V. BREMOND. V. toutefois, en faveur de son extension à l'ensemble des garanties personnelles, M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 964 et s. ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 527 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 911 ; plus nuancé, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 442.

¹⁴⁰¹ CA Nancy, 22 septembre 1997, préc. V., sur cette question, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, *eod. loc.* ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 525 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 912. Cela n'exclut pas la mise à la charge du bénéficiaire de l'obligation d'information de droit commun, comme pour tout créancier.

¹⁴⁰² P. CROCQ, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, p. 1306 et s., n° 22 et s.

¹⁴⁰³ V., pour une assimilation du garant autonome à la caution, voire au coobligé, les articles L. 611-10, relatif à l'opposabilité de l'accord homologué consécutif à la conciliation ; L. 622-28 et L. 631-14, relatifs à la suspension des poursuites et à l'arrêt du cours des intérêts durant la période d'observation ; L. 626-11 et L. 631-20, relatifs à l'opposabilité des plans de sauvegarde et de redressement.

¹⁴⁰⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, *Bull. civ.* I, n° 313 ; *RTD civ.* 2006, p. 593, obs. P. CROCQ ; *D.* 2006, p. 2539, note A.-S. COURDIER-CUISINIER ; *RTD com.* 2006, p. 902, obs. D. LEGEAS ; *JCP N* 2006, p. 1310, note V. BREMOND.

¹⁴⁰⁵ V. *supra*, n° 299.

bénéfices de discussion et de division¹⁴⁰⁶, mais peut invoquer les exceptions communes en application de l'article 1208 du Code civil. Le débiteur à l'action directe dispose de moyens de défense variables selon que l'action est parfaite ou imparfaite¹⁴⁰⁷, ce qui rend difficile toute tentative de généralisation, mais ne fait l'objet d'aucune protection particulière. Toutefois, il est possible que la notion de garantie serve à établir un début de régime commun aux garanties personnelles¹⁴⁰⁸.

373. Simplification de la mise en oeuvre des garanties réelles. L'efficacité des garanties réelles fut longtemps minée par la vulnérabilité du droit de préférence face à la loi du concours, notamment en cas de procédure collective¹⁴⁰⁹, ainsi que par leur formalisme accru par rapport aux sûretés personnelles¹⁴¹⁰. Mais ces obstacles sont aujourd'hui minimisés par le développement de la propriété-garantie, simple de réalisation et efficace¹⁴¹¹, et surtout la généralisation du pacte comissoire, qui permet à la fois de réaliser rapidement et simplement la sûreté et d'éviter le concours. Cette attribution directe du bien au créancier sans intervention du juge était encore récemment prohibée dans le cadre des principales sûretés réelles¹⁴¹², par mesure de protection du débiteur¹⁴¹³. Mais l'ordonnance du 23 mars 2006 a largement étendu cette possibilité¹⁴¹⁴. Ainsi, du point de vue de la simplicité de réalisation de

¹⁴⁰⁶ Le principe de la solidarité passive s'y oppose frontalement : v. notamment l'article 1203 du Code civil. Les seules difficultés concernent l'hypothèse dans laquelle plusieurs cautions se sont engagées solidairement avec le débiteur principal. La jurisprudence considère alors qu'elles ne disposent pas du bénéfice de division, quant bien même elles ne se seraient pas engagées solidairement entre elles : Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1984, *Bull. civ.* I, n° 213 ; *JCP* 1986, II, 20689, note B.-H. DUMORTIER. *Adde*, sur l'absence de transposition de règles particulières au cautionnement à la solidarité, M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 434 et s. ; A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n° 101 et s. ; et sur l'opportunité d'une telle solution, P. ANCEL, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, spéc. p. 411.

¹⁴⁰⁷ V. *supra*, n° 303.

¹⁴⁰⁸ L'assimilation des garants autonomes et parfois des coobligés dans le cadre de la procédure collective du débiteur procède d'une volonté manifeste de soumettre les principales garanties de paiement à un début de régime commun. Ces règles pourraient être étendues, dans un proche avenir, à l'ensemble des sûretés personnelles : P. CROCO, « Droit des sûretés », *D.* 2008, panorama, p. 2104 et s., spéc. p. 2109 et s.

¹⁴⁰⁹ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 1210.

¹⁴¹⁰ V. toutefois, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 530 et s.

¹⁴¹¹ L'absolutisme de la propriété autorise le créancier à obtenir plus aisément une compensation en cas d'impayé, par le biais de l'action en revendication, selon les règles fixées par les articles L. 624-9 et s. du Code de commerce. Le créancier réservataire de propriété peut notamment utiliser cette voie, en application de l'article L. 622-16 du Code de commerce. Le propriétaire peut même être dispensé d'action en revendication, lorsqu'il est titulaire d'un contrat publié, selon l'article L. 624-10 du Code de commerce. Le crédit-bailleur se trouve précisément dans cette situation, car le contrat de crédit-bail est obligatoirement publié. Il n'a donc qu'à demander la restitution du bien, sans devoir faire reconnaître son droit de propriété sur le bien.

¹⁴¹² V. toutefois, sur un certain assouplissement de la prohibition antérieurement à la réforme du 23 mars 2006, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 752 et s.

¹⁴¹³ La prohibition du pacte était inspirée par la crainte d'un abandon par le débiteur d'un bien d'une valeur très supérieure au montant de la créance : v., sur cette question, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 748.

¹⁴¹⁴ Toutes les principales sûretés réelles ouvrent aujourd'hui cette possibilité au créancier. V. par exemple les articles 2348, 2459 2365 et, par renvoi, 2388 al. 2 du Code civil en matière de gage, d'hypothèque de

la garantie, toutes les garanties réelles sont aujourd'hui assorties de techniques permettant l'attribution en pleine propriété du bien grevé. De plus, l'élargissement du droit de rétention permet à certains créanciers titulaires de sûretés réelles de disposer de garanties plus efficaces¹⁴¹⁵. Les propriétés-garanties conservent, néanmoins, des avantages notables en cas de procédure collective du débiteur. Tandis que le pacte comissoire ne peut être mis en œuvre durant la période d'observation¹⁴¹⁶, le créancier titulaire d'un droit de propriété peut tirer un plein effet de sa garantie en exerçant une action en revendication ou en restitution¹⁴¹⁷. Mais là encore, il est possible de discerner un début d'unification.

374. Simplicité de mise en œuvre des garanties indirectes. Les garanties indirectes sont celles, parmi les garanties de paiement, qui dressent le moins d'obstacles à la satisfaction du créancier. Les garanties indemnitaires n'en comportent pas davantage que le droit commun de la responsabilité contractuelle. Le seul inconvénient attaché au droit de rétention est en fin de compte le caractère précaire de la rétention, laquelle est définitivement perdue une fois que le créancier s'est séparé du bien sur lequel elle porte¹⁴¹⁸. Par conséquent, sa simplicité de mise en œuvre et son efficacité font du droit de rétention l'une des garanties de paiement les plus avantageuses, en dépit de son caractère assez primitif. Enfin, la compensation, qui agit automatiquement¹⁴¹⁹, présente également l'avantage de la simplicité¹⁴²⁰.

nantissement et d'antichrèse. Pour une étude compétente, v. S. HEBERT, « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D.* 2007, p. 2052 et s.

¹⁴¹⁵ Il en est ainsi du créancier disposant d'un gage sans dépossession, qui peut se prévaloir, depuis la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008, d'un droit de rétention.

¹⁴¹⁶ La réforme des procédures collectives a atténué les effets de l'admission du pacte comissoire. Les articles L. 622-7, alinéa 1^{er}, L. 631-14, alinéa 1^{er} et L. 641-3 du Code de commerce l'interdisent en effet durant les procédures de sauvegarde, de redressement et de liquidation judiciaire, à moins que la créance garantie ne soit déjà privilégiée car postérieure à l'ouverture de la procédure et utile à celle-ci. La prohibition du pacte comissoire réapparaît donc au moment où il serait le plus utile au créancier. Seule l'attribution judiciaire du bien peut être demandée à ce moment, comme le permet l'article L. 642-25, alinéa 3 du Code de commerce.

¹⁴¹⁷ V. les articles L. 624-16 et L. 624-10 du Code de commerce, qui permettent aux créanciers titulaires d'une réserve de propriété et d'un crédit-bail publié avant le jugement d'ouverture d'exercer respectivement des actions en revendication et restitution. La fiducie peut également produire tous ses effets en cas de procédure collective : v., sur la divergence de situation entre cette sûreté et les sûretés réelles traditionnelles, P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard des sûretés », art. préc., n° 8. La réforme projetée des procédures collectives pourrait néanmoins effacer cette disparité : v., sur la question de l'insertion de la fiducie au sein des procédures collectives, R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008, p. 2300 et s., spéc. p. 2304 et s.

¹⁴¹⁸ Article 2286 du Code civil. Il convient toutefois de réserver le cas de remises successives du même bien en application d'une convention unique. Le droit de rétention renaît alors à chaque remise, y compris pour les créances antérieures. V., par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 1967, *Bull. civ.* I, n° 145 ; Cass. com., 20 novembre 1967, *Bull. civ.* IV, n° 372.

¹⁴¹⁹ La compensation soustrait le créancier à tout incident lié à la loi du concours ou la survenance d'une procédure collective, à moins que cette dernière n'ait déjà été ouverte. Une fois la procédure ouverte, le créancier peut toutefois se prévaloir de la compensation des dettes connexes, comme l'indique l'article L. 622-7 du Code de commerce.

375. Simplicité de mise en œuvre des garanties du fait d'autrui. Au-delà de la réparation de l'entier préjudice, les garanties extracontractuelles fournissent généralement des résultats assez appréciables, en raison du caractère *in solidum* attaché aux condamnations¹⁴²¹, ainsi qu'à la solvabilité jugée supérieure des personnes désignées comme garants. L'addition d'un second débiteur d'indemnisation, en plus de l'auteur du dommage, confère à la victime des chances raisonnables d'obtenir une réparation adéquate de son préjudice. C'est ici que prend tout son sens l'impératif d'indemnisation des victimes, préoccupation essentielle du droit de la responsabilité civile. Mais comme précédemment dans le cadre des garanties indirectes de paiement, la simplicité du mécanisme découle mécaniquement du mécanisme de la responsabilité de droit commun.

376. Difficultés de mise en œuvre des garanties du droit des contrats. En revanche, les conditions d'exercice des garanties du droit des contrats sont parfois très exigeantes, notamment du point de vue du délai de prescription, enjeu principal de la distinction entre garantie des vices cachés et droit commun des sanctions à l'inexécution des contrats¹⁴²². La preuve de l'antériorité du défaut par rapport à la vente, qui incombe à l'acquéreur¹⁴²³, peut également s'avérer difficile à rapporter¹⁴²⁴. On le voit, la garantie des vices cachés n'offre guère de réponse efficace à l'acquéreur insatisfait, qu'il s'agisse des résultats de l'action ou de sa mise en œuvre. C'est précisément la raison pour laquelle les tribunaux ont été tentés d'étendre le domaine des actions fondées sur le droit commun des contrats¹⁴²⁵. De ce point de vue, la garantie de conformité récemment introduite dans le Code de la consommation, dont les solutions apparaissent parfois contestables dans une analyse économique¹⁴²⁶, n'apporte

¹⁴²⁰ Il suffit de l'invoquer devant le juge par voie d'exception lorsque les conditions en sont réunies. Mais cette condition demeure nécessaire pour que la compensation produise ses effets : R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1969.

¹⁴²¹ V., sur cette question, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 353 et s. et 445 et s.

¹⁴²² O. TOURNAFOND, « La nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs », *D.* 2005, p. 1557, spéc. n° 6 ; P. JOURDAIN, « Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès », art. préc.

¹⁴²³ Cass. com., 10 décembre 1973, *D.* 1975, p. 122, note J. GHESTIN ; Cass. civ. 1^{ère}, *D.* 1980, IR, p. 566, obs. Ch. LARROUMET : le vice doit exister au moins en germe au moment de la vente et de la livraison.

¹⁴²⁴ V. sur cette question J. HUET, *op. cit.*, n° 11334 : l'auteur propose notamment, dans les rapports entre professionnels et consommateurs, de faire peser les risques du transport de la chose au professionnel. Une solution plus radicale encore, et assez heureuse, serait une transposition à la garantie des vices cachés de l'article L. 211-7 du Code de la consommation, qui établit une présomption simple d'antériorité du défaut dans le cadre de la garantie de conformité, lorsqu'il est apparu dans les six mois de la délivrance.

¹⁴²⁵ V. *supra*, n° 59.

¹⁴²⁶ J. NOLL, « Does One Size Fit All ? A Note on the Harmonization of National Warranty Law as a Tool of Consumer Protection », *European journal of law and economics*, vol. 16, n° 2, September 2003, p. 219 et s. ; F. PARISI, « The Harmonization of Legal Warranties in European Law : An Economic Analysis », *American*

guère d'amélioration. Ouverte aux seuls consommateurs, elle donne lieu à une action enfermée dans une prescription plus sévère encore que celle de l'action en garantie des vices cachés. Si le délai de deux années est identique, il court dès la livraison dans le cadre de la garantie de conformité, et non de la découverte du vice.

Une amélioration du sort de la victime, doublée d'une unification des conditions des actions en garantie, serait alors souhaitable. Ce double mouvement est envisageable, car l'identité d'intérêts protégés par ces garanties devrait avoir pour prolongement logique une identité de régime.

377. Difficultés de mise en œuvre des garanties d'assurance. La garantie fournie par les fonds de garantie et d'indemnisation est sans nul doute la plus simple d'accès¹⁴²⁷ et celle dont la procédure offre le plus d'avantages¹⁴²⁸. De même, l'assurance constitue en principe une garantie relativement aisée à mettre en œuvre¹⁴²⁹, surtout depuis que la recevabilité de l'action directe de la victime contre l'assureur de responsabilité n'est plus subordonnée à la mise en cause du responsable¹⁴³⁰. Les démarches de la victime sont facilitées, ce qui renforce l'attractivité de la garantie. Mais cela ne doit pas faire oublier que l'assureur peut opposer à la victime les stipulations du contrat d'assurance¹⁴³¹, même si cette situation tend à évoluer¹⁴³².

journal of comparative law, vol. 52, n° 2, 2004, p. 403 et s. Ces auteurs se fondent sur les différentes fonctions de la garantie : information et assurance pour le consommateur, protection du fabricant.

¹⁴²⁷ V., sur les avantages présentés par ces fonds au profit des victimes, A. GUEGAN-LECUYER, *Dommages de masse et responsabilité civile*, préf. P. JOURDAIN, LGDJ, 2006, n° 165. Sous réserve d'une éventuelle exigence de subsidiarité, l'indemnisation est simplement subordonnée à une demande au fonds compétent, éventuellement accompagnée de documents justificatifs. Le principe d'opposabilité des exceptions issues du contrat d'assurance n'a évidemment pas cours. Il convient simplement de mentionner le délai de forclusion de trois années à compter de l'infraction, prévu par l'article 706-5 du Code de procédure pénale, applicable aux victimes d'infraction. Généralement, le fait que les fonds soient établis par le législateur en réponse à un risque social a pour conséquence l'absence de conditions trop contraignantes à remplir pour la victime. Aucune prescription ne court d'ailleurs à l'égard des victimes de l'amiante ou du VIH.

¹⁴²⁸ M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 12 janvier 2005, p. 3 et s., spéc. n° 31 et s. L'auteur souligne particulièrement les bienfaits de la transaction. V. toutefois, pour une critique relative aux conséquences de la transaction sur le montant de l'indemnisation des victimes, A. GUEGAN-LECUYER, *op. cit.*, n° 182.

¹⁴²⁹ Il suffit pour la victime d'établir une déclaration de sinistre afin que l'assureur soit tenu d'une obligation d'indemnisation, à condition toutefois que le risque soit couvert par l'assurance. Cette obligation de déclarer le risque, énoncée par l'article L. 113-2, 4° du Code des assurances, n'est assortie d'aucun formalisme particulier : v., en ce sens, M. MERTZ, « Les obligations en cas de sinistre », *Gaz. Pal.* 1994, p. 731 et s. Ainsi, une simple déclaration verbale suffit.

¹⁴³⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 29 février 2000, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 2000, préc.

¹⁴³¹ V., à cet égard, Cass. civ. 28 mars 1939, *DP* 1939, 1, p. 68, note M. PICARD ; *RGAT* 1939, p. 285 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1989, *Bull. civ.* I, n° 256 ; *RGAT* 1989, p. 873, obs. R. BOUT : « Le droit de la victime contre l'assureur de l'auteur du dommage puise sa source et trouve sa mesure dans le contrat d'assurance et ne peut porter que sur l'indemnité d'assurance telle qu'elle a été stipulée, définie et limitée par cette convention. »

¹⁴³² V., sur ce mouvement, F. CHAPUISAT, « L'opposabilité au tiers bénéficiaire des exceptions au souscripteur du contrat », *RGAT* 1976, p. 123 et s. ; Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 694 et s. G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 426 et s. Le fait que les déchéances postérieures au dommage soient inopposables à la victime (Cass. civ., 15 juin 1931, *RGAT* 1931, p. 801 ; Cass. civ., 2 avril

Il en est de même concernant des figures telles que l'assurance-crédit et l'assurance-cautionnement. Les atteintes à leur efficacité sont respectivement comparables à celles que connaissent les garanties indemnitaires et le cautionnement, figures auxquelles elles peuvent être comparées¹⁴³³. C'est du reste ce qui peut expliquer la relative désaffection connue par l'assurance-cautionnement¹⁴³⁴. Assez simple, la réparation des intérêts du bénéficiaire par la garantie d'assurance demeure donc inégale, en raison de la particularité de l'objet de la garantie. Une unité des garanties d'assurance serait d'ailleurs difficilement concevable, pour plusieurs raisons. On ne peut demander à l'Etat et aux compagnies d'assurance de procurer une garantie identique. De plus, il est légitime que certains intérêts soient protégés plus efficacement que d'autres par les garanties.

Ainsi, les obstacles à la mise en œuvre des garanties varient considérablement. Certaines garanties sont d'une grande simplicité, tandis que d'autres réservent un sort moins clément au bénéficiaire. Un régime commun, fondé sur la notion de garantie, ne semble envisageable qu'au sein de certaines catégories de garanties, telles les garanties personnelles ou les garanties réelles.

378. Conclusion de la Section 1. Souvent reconnues comme des instruments efficaces de réparation d'un préjudice, les garanties ne préservent en réalité qu'inégalement les intérêts de la victime. Au stade de l'obligation à la dette, l'efficacité de la garantie se mesure à plusieurs indicateurs : la nature de la prestation reçue par le bénéficiaire, son étendue, ainsi que la facilité de mise en œuvre de la garantie. Tous ces indicateurs mettent en évidence certaines imperfections de la protection du bénéficiaire. Il est rare que le garant doive fournir une prestation autre que monétaire. L'étendue de cette prestation, qui ne pourra excéder l'obligation principale qu'exceptionnellement et à titre préventif, sera parfois insuffisante pour que les intérêts du bénéficiaire soient entièrement restaurés. Enfin, de multiples contraintes, aussi bien relatives au fond du droit qu'à la procédure applicable, peuvent apparaître. Au-delà de ces résultats décevants, force est de constater une disparité de solutions entre les différentes garanties, y compris au sein de chaque catégorie de garanties. Dans l'ensemble, il est difficile de considérer que la garantie soit plus efficace que le droit commun.

1974, *RGAT* 1975, p. 76) n'est en revanche pas une véritable exception au principe car le risque est bel et bien couvert au moment de sa réalisation (contra Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *op. cit.*, n° 704).

¹⁴³³ V. *supra*, n° 320.

¹⁴³⁴ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 18, *in fine*.

Cette diversité est parfaitement compréhensible. Elle s'explique par la diversité des mécanismes utilisés aux fins de garantie, ainsi que par des considérations d'opportunité. Certains garants ou, au contraire, certaines victimes font l'objet d'une protection plus étendue de la part du législateur et du juge. Si les conditions de mise en œuvre de la garantie pourraient faire l'objet d'une certaine uniformisation, peut-être déjà amorcée en matière de sûretés personnelles et réelles, il n'en est rien de la nature et de l'étendue de la prestation du garant, qui ne dépendent nullement de la notion de garantie.

Observé au stade de l'obligation à la dette, ce phénomène se retrouve tout autant à celui de la contribution à la dette. La répartition des conséquences du risque varie en effet selon les garanties envisagées. Il est possible de le constater à travers la question des recours ouverts au garant une fois le bénéficiaire satisfait.

Section 2 : Charge définitive de la garantie.

379. Prise en charge provisoire ou définitive du risque. Une fois la garantie conclue, le risque couvert repose sur le garant. Cela se traduit, chaque fois que l'événement dommageable se produit, par la naissance à sa charge d'une obligation de règlement. Mais l'opération de garantie n'est pas nécessairement achevée une fois que le bénéficiaire a reçu la prestation fournie par le garant. En effet, si la garantie opère nécessairement transfert de risque à la charge du garant, il n'est pas certain que ce garant en soit tenu à titre définitif. La répartition de la charge de la dette s'opère par le biais de recours ouverts au *solvens*. Plusieurs questions se posent alors. On peut se demander qui, en définitive, devra supporter la charge du dommage, mais également par quels moyens s'effectue la contribution à la dette. Soit on considère que le garant assume définitivement les conséquences du risque, auquel cas il ne saurait disposer d'un recours contre quiconque, soit on estime plutôt qu'il n'intervient qu'à titre temporaire, de façon à faciliter la restauration des intérêts du bénéficiaire. Dans ce cas, il devrait disposer d'une action récursoire lui permettant de revenir à la situation antérieure à la conclusion de la garantie. Il est alors nécessaire de vérifier si la notion de garantie implique l'ouverture au profit du garant d'un recours (§1), mais aussi de déterminer la nature d'un tel recours (§2).

§1 : Existence de recours au profit du garant.

Les garanties personnelles ouvrent en principe un ou plusieurs recours au profit du garant, une fois qu'il s'est acquitté de sa dette de règlement (A). Pourtant, l'existence de ces recours n'est pas consubstantielle à la notion de garantie, puisque ce principe, qui découle surtout du droit commun de la dette d'autrui, n'apparaît pas absolu (B).

A) Principe d'un recours dans les garanties personnelles.

380. Contribution à la dette et qualification des garanties personnelles de paiement. La présence d'une action récursoire est souvent associée à la qualification de sûreté. Les auteurs favorables à une distinction stricte entre sûretés et garanties estiment en effet qu'un mécanisme ne peut figurer dans la catégorie de sûreté qu'à condition que le garant ne prenne pas en charge la dette de façon définitive¹⁴³⁵.

Les limites de ce raisonnement sont déjà connues. La distinction habituellement présentée entre garanties et sûretés ne présente qu'un intérêt très relatif. Outre la minceur des enjeux qu'elle suscite pour le moment, elle a pour effet de rejeter certaines techniques dans la catégorie générique des garanties, sans autre justification qu'un souci de ne pas élargir exagérément la notion de sûreté¹⁴³⁶.

Toutefois, ce lien tissé entre les sûretés et l'existence de recours présente le mérite de mettre en évidence une certaine diversité entre les garanties, du point de vue de la contribution à la dette. Elle invite aussi à s'interroger sur l'incidence de la notion de garantie sur l'existence d'un recours.

381. Conception du rôle du garant. Les garanties de paiement répondent à des règles différentes selon l'état d'esprit supposé ou réel des contractants. Le cautionnement est révélateur d'une certaine dualité. Dans un premier temps, cette sûreté était envisagée comme un service gratuit, ce qui expliquait le régime de faveur accordé à la caution¹⁴³⁷. Aujourd'hui,

¹⁴³⁵ Ch. MOULY, « Les sûretés personnelles traditionnelles en France », in *Les Sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984 p. 129 et s., spéc. p. 143 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 25 ; D. R. MARTIN, « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, p. 49 et s., spéc. p. 51 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 5 ; P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 11.

¹⁴³⁶ Comp. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 8 : les auteurs jugent « dogmatique » cette approche des sûretés personnelles.

¹⁴³⁷ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Contrats civils*, 2^{ème} partie, *op. cit.*, n° 1512 ; G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, par Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 570.

sa pratique s'est professionnalisée, de sorte que plusieurs cas de figure peuvent survenir. La caution peut, selon le modèle traditionnel, présenter de simples liens amicaux ou familiaux avec le débiteur, mais aussi être un dirigeant ou associé de la société tenue principalement, ou encore exercer cette activité à titre habituel, professionnel¹⁴³⁸.

Ainsi, la modification du cautionnement amène à envisager celui-ci comme une opération triangulaire au sein de laquelle chacune des relations entre les intervenants revêt une importance singulière. Si les relations entre créancier et débiteur principal sont parfaitement balisées, si celles entre créancier et caution ne posent guère de difficultés, la nature des rapports entre débiteur et caution demeure assez méconnue. Différentes explications ont été avancées, fondées notamment sur le mandat¹⁴³⁹, la promesse de cautionnement¹⁴⁴⁰, ou encore la stipulation pour autrui¹⁴⁴¹, la jurisprudence semblant accorder un certain crédit à cette dernière analyse¹⁴⁴².

Déjà sensibles au stade de l'obligation à la dette, même si le contrat de cautionnement est conclu entre le créancier et la caution, ces considérations relatives aux rapports entre caution et débiteur principal pourraient se révéler plus importantes encore au stade de la contribution à la dette. En effet, on pourrait concevoir des règles différentes selon les rapports entre les intervenants. Les recours de la caution *solvens* varieraient en fonction des rapports l'unissant au créancier.

¹⁴³⁸ L'évolution du droit positif révèle cette diversité : le régime du cautionnement tend aujourd'hui à se fractionner en fonction de la qualité des intervenants, ce qui rend sa synthèse d'autant plus difficile : v. par exemple, s'agissant de l'obligation d'information, A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », art. préc.

¹⁴³⁹ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Contrats civils*, 2^{ème} partie, *op. cit.*, n° 1540 ; Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. XIII, *Les sûretés personnelles*, 2^{ème} éd., par P. VOIRIN, 1948, n° 74 ; M. REMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », art. préc., n° 8. *Contra*, J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 2001, p. 2580 et s., n° 4 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 55.

¹⁴⁴⁰ F. STEINMETZ, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 1973, *D.* 1975, p. 549. *Contra*, J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », art. préc., n° 5 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 57.

¹⁴⁴¹ Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 14 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 53. *Adde*, en matière de garanties financières, C. GINESTET, « La qualification des sûretés », art. préc., n° 14 ; L. AYNES, note sous Cass. civ. 10 janvier 1995, *D.* 1995, p. 178. *Comp.* J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », art. préc. Si l'auteur est assez séduit par l'explication reposant sur la stipulation pour autrui, il évoque surtout la « stipulation de contrat pour autrui ». V., sur ce concept, D. R. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.* 1994, chron. p. 145.

¹⁴⁴² Cass. Req., 30 avril 1888, *DP* 1888, 1, p. 291 ; Cass. com., 25 mai 1965, *Bull. civ.* III, n° 332 et, plus récemment, Cass. com., 23 février 1993, *Bull. civ.* IV, n° 69 ; *D.* 1993, somm. p. 313, obs. L. AYNES ; *JCP* 1993, I, 3717, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 1994, p. 99, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 23 novembre 1999, *RJDA* 2000, n° 209. Ces dernières décisions sont cependant moins probantes : v., sur ce point, J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », art. préc., n° 8.

382. Absence d'influence du rapport entre caution et débiteur sur les recours. Telle n'est pourtant pas la voie suivie par le droit positif. Certes, la relation entre caution et débiteur principal n'est pas toujours méconnue. La cause de l'engagement de la caution, qui réside dans le crédit accordé par le créancier, se ramène en réalité au service rendu par la caution au débiteur principal¹⁴⁴³. De même, la question de l'erreur sur la solvabilité du débiteur principal, admise assez largement par les juges¹⁴⁴⁴, renvoie à sa relation avec la caution. La qualité de la caution n'est elle-même pas sans incidence sur le contrat de cautionnement. En témoigne le dispositif protecteur de certaines cautions, établi par des lois récentes.

Pour autant, la question des recours est, dans une large mesure, déconnectée de la relation entre caution et débiteur. En effet, l'existence et le régime de ces recours sont prévus dans le détail par les articles 2305 et suivants du Code civil. Ainsi, le fondement du rapport entre caution et débiteur principal ne présente guère d'intérêt au regard des recours ouverts à la caution. Il n'est nullement nécessaire de lui assigner un fondement de nature à élargir le recours, puisque le législateur a posé des règles très précises en la matière¹⁴⁴⁵, le principe de recours au profit de la caution étant nettement consacré par les articles 2305, 2308 et 2309 du Code civil, quelle que soit la nature de la relation entre les parties¹⁴⁴⁶. Ces textes prévoient trois recours différents, chacun présentant des avantages et des inconvénients.

383. Existence générale de recours au profit des garants personnels. Qu'en est-il des autres garanties personnelles de paiement ? Le cautionnement semble être la seule sûreté personnelle pour laquelle sont établies des règles précises. Il est alors assez tentant de raisonner par analogie. Toutes les garanties personnelles de paiement se caractérisent par une

¹⁴⁴³ La cause n'est pas étrangère à l'annulation du cautionnement à la suite de la rupture par le créancier du crédit accordé au débiteur principal : v., à ce sujet, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 100. Les auteurs citent un arrêt pouvant être interprété en ce sens, même si l'annulation n'était pas retenue en l'espèce : Cass. com., 15 décembre 1992, *D.* 1993, IR, p. 23 ; *RTD com.* 1993, p. 346, obs. M. CABRILLAC et B. TEYSSIE. Comp. J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, *op. cit.*, n° 656 et s.

¹⁴⁴⁴ Cass. com., 1^{er} octobre 2002, *Bull. civ.* IV, n° 131 ; *RTD civ.* 2003, p. 322, obs. P. CROCQ ; *JCP* 2003, II, 10072, note F. BUY ; *ibid.*, I, 124, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. dr. banc. fin.* 2003, comm. n° 13, obs. D. LEGEAIS ; *Deffrénois* 2003, p. 410, obs. Ph. THERY. L'arrêt admet que la solvabilité du débiteur principal puisse faire l'objet d'une condition tacite de l'engagement de la caution, cette solvabilité étant naturellement appréciée au moment de l'engagement de la caution.

¹⁴⁴⁵ J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », art. préc., n° 2 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 270.

¹⁴⁴⁶ La Cour de cassation apporte toutefois une dérogation à ces règles lorsqu'elle refuse à la caution, qui garantit la livraison de la maison individuelle, le bénéfice de tout recours contre le constructeur : Cass. civ. 3^{ème}, 27 septembre 2006, *Resp. civ. assur.* 2006, comm. n° 374, obs. H. GROUDEL. L'article L. 231-6 du Code de la construction et de l'habitation qualifiant expressément la garantie de cautionnement, la solution est inexplicable, dans la mesure où la garantie prévue par ce texte est destinée à profiter au maître de l'ouvrage est non à l'entrepreneur. A cet égard, elle ne diffère nullement des autres garanties de paiement. V., sur ce point, G. COURTIEU, « La caution dénaturée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation », *Resp. civ. assur.* 2007, étude n° 2.

même fonction économique de prise en charge du risque et un fonctionnement proche. Rien n'indique qu'un garant personnel doive par principe être tenu à titre définitif de la dette, alors que le cautionnement est marqué par le principe inverse. Utilisés en tant que substituts au cautionnement¹⁴⁴⁷, la garantie autonome, la délégation imparfaite, le constitut et la solidarité parfaite et imparfaite tissent des liens identiques entre les intervenants, en ce sens qu'un tiers libère le débiteur en payant le créancier. Il convient de présumer que le garant ne prend le risque à sa charge que temporairement, de sorte que des recours doivent être établis à son profit. Le principe doit être celui de l'existence d'un recours.

384. Existence de recours dans les garanties indemnitaires. Les garanties indemnitaires ne se distinguent en rien, du point de vue de la contribution à la dette, des garanties personnelles de paiement. Elles occupent d'ailleurs une fonction économique très comparable et servent souvent de substitut au cautionnement. Comme une caution ou un garant autonome, le souscripteur d'une lettre d'intention ou le porte-fort d'exécution libèrent le débiteur principal en payant le bénéficiaire, sans pour autant être tenus à titre définitif. Ainsi, ils n'ont pas, en principe, à supporter la charge de la dette, à moins qu'ils n'y aient consenti. Comme dans les cas précédents, l'impératif de justice contractuelle impose d'admettre une action récursoire du garant contre le débiteur principal¹⁴⁴⁸.

L'existence d'un recours a été consacrée par le législateur en matière d'assurance-crédit, en dépit de l'indépendance de l'engagement de l'assureur vis-à-vis de la dette principale¹⁴⁴⁹. La solution, énoncée par l'article 22 de la loi du 11 juillet 1972, est parfaitement justifiée dans la mesure où le *solvens* a libéré le débiteur par son paiement à leur créancier commun. Ainsi, l'assureur n'assume pas la charge définitive de la dette, à moins d'une renonciation de sa part aux recours. La solution est également applicable à l'assurance-

¹⁴⁴⁷ Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », art. préc. Même si cette démarche apparaît critiquable (Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 440 et s.), elle est inévitable en raison de la fonction commune de garantie de ces différents mécanismes.

¹⁴⁴⁸ M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 814 et s. ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par F. PICOD, *op. cit.*, n° 53-19, *in fine* ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 328 ; comp., J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 480. Contrairement à la doctrine majoritaire, cet auteur n'évoque, à juste titre, que le recours subrogatoire de l'émetteur.

¹⁴⁴⁹ L'assurance-crédit permet en effet au créancier de demander l'indemnisation du préjudice consécutif à l'inexécution de l'obligation principale : v. *supra*, n° 320, sur l'assimilation de cette figure aux garanties indemnitaires.

cautionnement, assimilable au cautionnement¹⁴⁵⁰ et dans le cadre de laquelle il est donc possible d'envisager un recours personnel, sur le modèle de celui ouvert à la caution.

385. Rôle de l'intention libérale. Ces règles, toutefois, ne sont pas absolues, y compris dans le cadre des garanties de paiement, ainsi que le montre parfaitement l'exemple du cautionnement. Même si le principe est celui de l'absence de contribution de la caution à la dette, il convient de réserver l'hypothèse dans laquelle elle serait animée d'une intention libérale. La situation est alors analysée comme une renonciation aux recours, qui peut intervenir indifféremment avant ou après l'appel de la garantie, et s'applique tant aux recours personnels qu'au recours subrogatoire. La caution consent dans ce cas une donation indirecte au débiteur principal¹⁴⁵¹. Cette renonciation aux recours, qui ne peut être appréciée qu'au cas par cas en fonction de l'intention des parties¹⁴⁵², répond à des règles communes aux différents recours de la caution. Elle montre que les parties peuvent déroger aux règles générales gouvernant les recours dans les garanties de paiement. Ce raisonnement, transposable à toutes les garanties de paiement, laisse pressentir que l'existence de recours est étrangère à la notion de garantie : même si le cautionnement est assorti d'une renonciation aux recours, il ne saurait être exclu de la catégorie des garanties, cette qualification s'appréciant du seul point de vue du créancier.

386. Recours du donneur d'ordre contre le bénéficiaire de la garantie. Attire également l'attention la reconnaissance au profit du donneur d'ordre d'un recours contre le bénéficiaire d'une garantie autonome¹⁴⁵³, lorsqu'une exception tirée du rapport principal n'a pu être opposée au bénéficiaire lors de l'appel de la garantie, faute de certitudes à ce moment précis. Le créancier a alors reçu un paiement injustifié, si bien qu'une action doit être reconnue au donneur d'ordre pour obtenir le remboursement de ces sommes. La Cour de cassation a logiquement adopté cette solution¹⁴⁵⁴, admettant que la démonstration d'un abus manifeste ou

¹⁴⁵⁰ V. *supra*, n° 320.

¹⁴⁵¹ V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1982, *Bull. civ.* I, n° 173 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1987, *Bull. civ.* I, n° 297 ; CA Paris, 15 février 1985, *D.* 1987, somm. p. 120, obs. D. MARTIN.

¹⁴⁵² Les liens familiaux ou amicaux constituent malgré tout un indice : M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 498.

¹⁴⁵³ Au delà des controverses relatives au fondement de l'action récursoire, l'exercice de cette action est unanimement admis : L. LEVENEUR, note sous Cass. com., 7 juin 1994, *Contrats conc. conso.* 1994, comm. n° 193 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 109 bis ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 430 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 346 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 1002.

¹⁴⁵⁴ Cass. com., 7 juin 1994, *Bull. civ.*, IV, n° 202 ; *D.* 1995, somm. p. 19, obs. M. VASSEUR ; *JCP* 1994, I, 3807, n° 15, obs. Ph. SIMLER ; *Contrats conc. conso.* 1994, comm. n° 193, note L. LEVENEUR ; *Rev. dr. banc. bourse* 1994, p. 181, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD.

d'une fraude n'était plus nécessaire à ce stade de la contribution à la dette. Il suffit de prouver l'exécution correcte du contrat de base par le donneur d'ordre, l'imputabilité de l'inexécution au bénéficiaire ou encore la nullité du contrat de base.

Le fondement de cette solution n'apparaît pas clairement. Les termes employés par la Cour de cassation semblent indiquer qu'elle se fonde sur la répétition de l'indu¹⁴⁵⁵, mais cette solution prête à discussion. L'action en répétition de l'indu doit en effet être exercée par le *solvens* et dirigée contre l'*accipiens*¹⁴⁵⁶. Or, ici, le bénéficiaire a été payé, non pas par le donneur d'ordre, mais par le garant, avant que celui-ci n'exerce son propre recours personnel ou subrogatoire. Seul le garant pourrait alors agir en répétition¹⁴⁵⁷. On peut alors songer au fondement de l'enrichissement sans cause : le bénéficiaire obtient un double paiement, tandis que le donneur d'ordre s'est exécuté, à la fois en application du contrat de base et de la convention de garantie¹⁴⁵⁸. Même contestée¹⁴⁵⁹, cette explication demeure plus probante que celle fondée sur la convention passée entre le donneur d'ordre et le bénéficiaire¹⁴⁶⁰. Quoiqu'il en soit, ce recours laisse supposer que les recours ouverts aux intervenants à une garantie dépendent, moins de la notion de garantie, que de la volonté de restituer à chacun des intervenants sa part définitive de la dette. Cette impression se confirme nettement à l'étude des autres types de garanties.

¹⁴⁵⁵ Cass. com., 7 juin 1994, préc. : « Le donneur d'ordre d'une garantie à première demande est recevable à demander la restitution de son montant au bénéficiaire, à charge pour lui d'établir que le bénéficiaire en a reçu indûment le paiement (...) » L'emploi du terme « indûment » plaide en faveur d'une action en répétition de l'indu.

¹⁴⁵⁶ V. toutefois J. MESTRE, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1987, *RTD civ.* 1988, p. 348 et s., spéc. p. 349 ; V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « L'indu à trois », *RTD civ.* 2003, p. 427 et s. Les auteurs proposent une extension de l'action en répétition de l'indu à l'encontre du véritable bénéficiaire du paiement, c'est-à-dire le débiteur principal. Mais cette position est critiquée à juste titre : l'article 1377 du Code civil cantonne clairement la répétition de l'indu dans une optique restitutoire, sans évoquer le véritable bénéficiaire du paiement : R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2004, *Defrénois* 2004, p. 996 ; D. R. MARTIN, « De la répétition de l'indu », *D.* 1993, chron. p. 167 ; A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, préf. J.-B. DONNIER, PUAM, 2007, n° 362. Si la Cour de cassation, quant à elle, admet à l'occasion un recours du *solvens* contre le débiteur définitif (Cass. civ. 1^{ère}, 4 avril 2001, *D.* 2001, p. 1824, note M. BILLIAU ; *JCP* 2002, I, 134, n° 18, obs. A.-S. BARTHEZ ; *RGDA* 2001, p. 689, obs. L. MAYAUX ; *Defrénois* 2001, p. 721, obs. J.-L. AUBERT ; *LPA* 2 avril 2002, p. 9, note A. GOSSELIN-GORAND), elle semble le faire sur le fondement de l'enrichissement sans cause.

¹⁴⁵⁷ Les auteurs sont unanimes dans leur condamnation du fondement de la répétition de l'indu : L. LEVENEUR, note préc. sous Cass. com., 7 juin 1994 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 1002 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 430 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 109 bis ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 346.

¹⁴⁵⁸ L. LEVENEUR, note préc. sous Cass. com., 7 juin 1994 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 109 bis ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 430.

¹⁴⁵⁹ L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 346 ; Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 1002.

¹⁴⁶⁰ Il n'est pas certain que les parties prévoient en pratique les recours offerts au donneur d'ordre si la garantie est mise en œuvre indûment, en l'absence même de fraude ou d'abus manifeste.

B) Impossibilité de généralisation du recours à l'ensemble des garanties.

387. Identification de la personne du garant dans les garanties réelles. L'étude des garanties réelles de paiement suffit à invalider l'hypothèse selon laquelle l'existence de recours dépendrait de la notion de garantie. En effet, plusieurs hypothèses doivent être distinguées, selon l'identité du garant.

Il est, certes, possible que le bien affecté en garantie soit celui d'un tiers à la relation principale. La charge de la garantie réelle, en effet, pèse moins sur la personne du débiteur que sur la chose elle-même. Le débiteur qui a consenti une sûreté réelle sur un ou plusieurs biens de son patrimoine conserve parfois la possibilité d'aliéner ce bien¹⁴⁶¹. C'est alors le droit de suite, dont bénéficie le créancier en vertu de la sûreté, qui lui permet de saisir le bien dans le patrimoine d'un tiers et de réaliser la sûreté par le moyen de son choix¹⁴⁶². D'autre part, la sûreté peut peser dès le départ sur un ou plusieurs biens d'un tiers, en vertu d'une sûreté réelle pour autrui. Dans chacune de ces hypothèses, s'opère une dissociation entre la personne du garant et celle du débiteur.

388. Existence de recours au profit du tiers garant. La question est alors de déterminer comment se répartira la charge de la dette, une fois le créancier désintéressé par la réalisation de la sûreté. Aucun texte ne prévoit l'existence de recours au profit du propriétaire du bien contre le débiteur principal, et la Cour de cassation a bien précisé que la sûreté réelle consentie pour autrui n'était pas un cautionnement¹⁴⁶³. Il serait alors aisé d'en déduire l'absence d'action récursoire. Pourtant, cette conclusion procéderait d'une vision inexacte de la garantie. Le fait qu'aucun engagement personnel ne soit souscrit par le garant ne signifie pas qu'il accepte de supporter définitivement le risque. Comme les garanties personnelles de paiement, la sûreté réelle pour autrui appartient à la catégorie des engagements pour autrui, et on ne voit pas pourquoi certains de ces garants pourraient en principe bénéficier d'un recours contre le débiteur principal, tandis que d'autres seraient réputés y renoncer. Même les auteurs qui n'adhèrent pas à la conception selon laquelle le cautionnement réel est une catégorie particulière de cautionnement¹⁴⁶⁴, estiment que le garant est doté d'un recours¹⁴⁶⁵. Tout

¹⁴⁶¹ Ainsi, un bien hypothéqué peut être vendu à un tiers. De même, il est considéré par la doctrine que le constituant d'un gage sur véhicule automobile peut disposer de la chose. V., en ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 792.

¹⁴⁶² Le droit de suite peut malgré tout se heurter à la règle de l'article 2279 du Code civil en matière mobilière.

¹⁴⁶³ Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, préc.

¹⁴⁶⁴ V., sur cette conception, *supra*, n° 155.

engagement pour autrui fait en effet naître des recours en partie identiques à ceux de la caution¹⁴⁶⁶. La raison en est simple : le garant n'est pas supposé prendre définitivement à sa charge le risque couvert par la garantie, si bien qu'un recours doit lui être accordé, sauf renonciation de sa part.

Cette solution doit être transposée à tous les cas dans lesquels un décalage se produit entre l'identité du garant et celle du débiteur. A cet égard, le mode de réalisation de la sûreté importe peu, tout comme la circonstance qu'il s'agisse d'une sûreté traditionnelle, fondée sur la propriété ou même la rétention¹⁴⁶⁷. Seule la renonciation aux recours devrait faire exception au principe d'ouverture d'un recours. Dès lors, il est permis de regretter la séparation étanche établie par la Cour de cassation entre le cautionnement et la sûreté réelle pour autrui. Même si la technique employée diffère, il s'agit toujours, pour un tiers au contrat de base, de s'engager au profit du débiteur principal, soit sur l'ensemble de son patrimoine, soit sur un ou plusieurs biens particuliers.

389. Coïncidence de la personne du garant et du propriétaire. En général, toutefois, le garant n'est autre que le débiteur lui-même, qui affecte un ou plusieurs de ses biens à la garantie de la créance de façon à conférer des droits préférentiels ou exclusifs au créancier. Dans ce cas, aucune dissociation ne s'opère entre la personne du débiteur et celle du garant. Il est donc inconcevable d'accorder un recours au garant. La charge définitive de la dette pèse sur lui. Cette solution s'étend des sûretés réelles traditionnelles aux garanties qui s'appuient sur l'utilisation du droit de propriété, et même au droit de rétention, du moment que le débiteur principal est le constituant de la sûreté et qu'il a conservé la propriété du bien grevé. Ainsi, l'existence de recours ne dépend pas des notions de garantie et de sûreté, mais tout simplement de la discordance entre les personnes du *solvens* et du débiteur définitif. Bien d'autres illustrations de cette idée se rencontrent parmi les différents types de garantie.

¹⁴⁶⁵ L. AYNES, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005 ; V. BONNET, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005 ; S. PRIGENT, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005. Tous ces auteurs estiment que le garant bénéficie tant du recours subrogatoire que du recours personnel. Si cette analyse doit être pleinement approuvée s'agissant du recours subrogatoire, encore convient-il de déterminer le fondement du recours personnel, en l'absence de convention expresse en ce sens entre le garant et le débiteur définitif de la dette : v. *infra*, n° 400.

¹⁴⁶⁶ V. en ce sens, L. AYNES, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005 ; *adde, supra*, n° 383.

¹⁴⁶⁷ V. Cass. com., 3 octobre 1989, *JCP* 1990, II, 21254, note M. BEHAR-TOUCHAIS ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 mai 1962, *D.* 1965, p. 60, obs. R. RODIERE ; Cass. com., 3 mai 2006, *Bull. civ.* IV, n° 106 ; *JCP E* 2006, p. 2824, n° 15, obs. Ph. DELEBECQUE ; *contra*, CE, 2 juillet 2003, *AJDA* 2003, p. 1780, concl. G. BACHELIER ; *JCP* 2004, I, 125, n° 1, obs. H. PERINET-MARQUET ; *RTD civ.* 2004, p. 124, obs. P. CROCQ. Cette faculté pour le rétenteur de retenir la chose du propriétaire non débiteur est parfois critiquée : v., en ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 617.

390. Garanties indirectes dépourvues d'actions récursoires. Ainsi, les garanties indirectes de paiement fondées sur la réciprocité ne se prêtent absolument pas aux actions récursoires. La compensation, qui joue nécessairement entre les parties au rapport principal, éteint simplement les obligations compensables sans ouvrir de recours. Quant aux sûretés négatives, elles sont consenties par le débiteur lui-même, de façon à assurer le créancier que son patrimoine sera préservé de fluctuations dommageables pour lui, si bien qu'aucun tiers ne saurait assumer définitivement le risque d'impayé. C'est donc en toute logique qu'aucun recours n'est accordé au garant. Seules, parmi les garanties indirectes de paiement, les garanties indemnitaires peuvent en principe donner lieu à des actions récursoires.

391. Admission à titre de principe d'un recours au profit des garants du fait d'autrui. Les garanties du fait d'autrui opèrent une dissociation entre les personnes du garant et du débiteur principal. A première vue, il semble logique que la répartition de la charge de la dette soit comparable à celle qui apparaît dans les garanties de paiement. Dans tous les cas, un garant libère le débiteur principal du fait de son paiement au bénéficiaire. Mais ce scénario, pour être très fréquent, n'en est pas pour autant immuable dans les garanties d'indemnisation.

On le sait, c'est le mécanisme de l'obligation *in solidum* qui régit les responsabilités du fait d'autrui¹⁴⁶⁸. La victime a la possibilité de demander une indemnisation à l'auteur direct du dommage ou au responsable désigné par la loi. Or, le codébiteur tenu *in solidum* peut exercer une action récursoire contre les autres codébiteurs, à hauteur de la part de chacun dans le dommage¹⁴⁶⁹. L'étendue du recours dépend, quant à elle, du rôle tenu par le garant et l'auteur dans la survenance du préjudice.

392. Exception au principe de recours au profit des garants du fait d'autrui. Ce schéma est parfois respecté. C'est le cas, s'agissant de la responsabilité des associations, ou encore de la responsabilité parentale, à moins que l'enfant auteur du dommage n'ait commis aucune faute¹⁴⁷⁰. Mais la règle n'est pas absolue. En effet, le commettant ne peut bénéficier d'aucun recours lorsqu'il a agi dans le cadre de sa mission, conséquence logique de la jurisprudence *Costedoat*¹⁴⁷¹. Sans que sa responsabilité ne soit effacée, le préposé bénéficie d'une immunité

¹⁴⁶⁸ V., à ce propos, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 353 et s. et 445 et s.

¹⁴⁶⁹ V. *supra*, n° 383.

¹⁴⁷⁰ L'admission de la responsabilité parentale, toutefois, est particulièrement contestable dans ce cas : v. *supra*, n° 122.

¹⁴⁷¹ V. toutefois, sur la question des recours du commettant lorsque le préposé a agi en dehors des limites de sa mission, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 812-3.

qui fait obstacle à l'action de la victime contre lui¹⁴⁷². Cette solution est précisément destinée à faire peser la charge de l'indemnisation sur le seul commettant, en application de la théorie du risque¹⁴⁷³. C'est dire que le débiteur définitif d'indemnisation est le commettant, en sa qualité de créateur du risque ayant conduit à la production du dommage. Dans cette optique, l'immunité du préposé doit subsister au stade de la contribution à la dette¹⁴⁷⁴. Il serait d'ailleurs illogique que le commettant soit privé d'un débiteur d'indemnisation, mais qu'il puisse toujours exercer un recours contre lui. L'analyse semble avoir récemment été adoptée par la Cour de cassation¹⁴⁷⁵.

Cette solution ne fait au fond que consacrer la pratique, puisque le recours du commettant contre le préposé était tombé en désuétude bien avant que la Cour de cassation ne reconnaisse une immunité au préposé ayant agi dans le cadre de sa mission. Elle doit être étendue à la responsabilité contractuelle du fait d'autrui. Si l'exécutant et le contractant ne sont pas liés par un lien de préposition, un recours ne pourra résulter que du lien de droit les unissant¹⁴⁷⁶. Mais lorsque l'exécutant est un préposé, son immunité doit être reconnue. Peu importe, en effet, que la responsabilité soit de nature contractuelle ou extracontractuelle. Aucun motif n'impose de distinguer entre ces deux situations¹⁴⁷⁷.

La responsabilité des commettants constitue donc une dérogation au regard des principes gouvernant la charge définitive de la dette. Tandis que le garant est, en principe, présumé ne prendre le risque à sa charge qu'à titre provisoire, le commettant est tenu définitivement, à raison de sa situation particulière. Il semble que le commettant doive se voir imputer les conséquences de son activité économique, tandis que les responsabilités du fait d'autrui fondées sur la garde ne reposent pas sur ce lien entre responsabilité et activité.

¹⁴⁷² V. *supra*, n° 123.

¹⁴⁷³ V., en ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 813 ;

¹⁴⁷⁴ Ph. BRUN, *op. cit.*, n° 545 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, n° 130, p. 307 ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 812. Dès avant la reconnaissance d'une immunité au préposé, le recours du commettant était tombé en désuétude, et l'idée avait été lancée d'une contribution définitive du commettant à la dette : M.-T. RIVES-LANGE, « Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants », *JCP* 1970, I, 2309. L'article L. 121-12, alinéa 3 du Code des assurances, qui prohibe le recours de l'assureur contre le préposé de l'assuré, contribue particulièrement à cette évolution.

¹⁴⁷⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 20 décembre 2007, *D.* 2008, p. 648 et s., n° 12, note J.-M. SOMMER et C. NICOLETIS ; *Resp. civ. assur.* 2008, comm. n° 50, obs. H. GROUDEL. Le recours subrogatoire contre le préposé est refusé au commettant.

¹⁴⁷⁶ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 835.

¹⁴⁷⁷ P. JOURDAIN, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004, *RTD civ.* 2005, p. 143 et s., spéc. p. 145. V. pourtant Cass. civ. 1^{ère}, 9 avril 2002, *Bull. civ.* I, n° 114 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 décembre 2002, *Bull. civ.* I, n° 299 ; *D.* 2003, p. 510, concl. J. SAINTE-ROSE ; *RGDA* 2003, note D. LANGE. Ces décisions sont parfois analysées comme une négation de l'immunité du préposé en matière contractuelle : Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 7562.

393. Recours ouverts dans les garanties du droit des contrats. Quelles sont, enfin, les règles gouvernant les garanties du droit des contrats ? Dans l'hypothèse de la chaîne de ventes, la jurisprudence, qui se fonde parfois sur la qualité d'accessoire de l'action en garantie¹⁴⁷⁸, admet que chacun des sous-acquéreurs puisse agir contre le vendeur initial ou l'un ou l'autre des vendeurs intermédiaires, pourvu que la condition d'antériorité du vice par rapport à la vente soit remplie. La question est alors de déterminer lequel des intervenants est débiteur définitif d'indemnisation. De toute évidence, il s'agit du vendeur initial. Si le vendeur intermédiaire a tenu compte de l'existence du vice ou de l'éviction pour fixer le prix de revente, il bénéficie lui-même de l'action en garantie contre son auteur, à hauteur de la perte de valeur du bien. Dans le cas inverse, le sous-acquéreur peut agir contre le vendeur intermédiaire, à charge pour celui-ci d'exercer ses recours, ou directement contre le vendeur initial¹⁴⁷⁹.

Toutefois, il convient de garder en mémoire que ces garanties incombent en principe au débiteur lui-même, qu'il s'agisse du vendeur, du bailleur ou du constructeur. En l'absence de dissociation, le stade de l'obligation à la dette suffit à assigner à chacun sa part dans la dette.

394. Garanties d'assurance donnant lieu à une action récursoire. Enfin, la question des recours des garants d'assurance appelle une réponse contrastée. En présence d'un rapport triangulaire entre l'assuré, l'assureur et un tiers, qui peut être une victime ou au contraire un responsable, un recours est reconnu dans plusieurs hypothèses.

Tout d'abord, l'assureur de dommage bénéficie d'un recours contre l'éventuel responsable du dommage causé à la chose, sous réserve de certaines immunités légales instaurées par l'article L. 121-12, alinéa 3 du Code des assurances¹⁴⁸⁰, et à moins que l'identité du responsable ne demeure inconnue. Cette solution s'explique par le caractère

¹⁴⁷⁸ V. *supra*, n° 338 et s.

¹⁴⁷⁹ Il semble que les juges tiennent compte dans une certaine mesure de l'intérêt à agir du demandeur : v. à cet égard, Cass. civ. 3^{ème}, 27 mars 1979, préc. ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 avr. 1982, préc. ; Cass. 1^{ère} civ. 19 janvier 1988, préc. ; *adde* R. LIBCHABER, obs. préc. sous Cass. civ. 3^{ème}, 4 février 2002.

¹⁴⁸⁰ Ainsi, ne peuvent être visés par le recours subrogatoire les « enfants, descendants, ascendants, alliés en ligne directe, préposés, employés, ouvriers ou domestiques, et généralement toute personne vivant habituellement au foyer de l'assuré, sauf le cas de malveillance commise par ces personnes ». La jurisprudence, toutefois, se montre assez sévère envers les assureurs, car la notion de « personne vivant habituellement au foyer de l'assuré est entendue largement. V., par exemple, Cass. civ. 1^{ère}, 2 juillet 1991, *Bull. civ. I*, n° 224 ; *RGAT* 1991, p. 857, note R. MAURICE. A l'inverse, la malveillance doit impérativement être dirigée contre l'assuré lui-même : Cass. AP, 13 novembre 1987, *Bull. ass. plén.*, n° 5 ; *RGAT* 1988, p. 111, concl. CHARBONNIER, note R. BOUT. Enfin, ces dispositions sont d'ordre public : Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, *RGAT* 1990, p. 571, note H. MARGEAT et J. LANDEL.

indemnitaire de l'assurance¹⁴⁸¹. L'assureur n'est alors auteur que d'une avance sur recours, ce qui le rapproche d'un garant personnel de paiement. Comme lui, il est réputé ne pas prendre en charge le risque à titre définitif, à moins d'une disposition contraire issue de la loi ou d'une stipulation contractuelle toujours possible¹⁴⁸². C'est normalement le responsable qui supporte cette charge, voire son assureur de responsabilité, le cas échéant. Il suffit pour cela que la responsabilité soit engagée, peu important son caractère contractuel ou délictuel.

Si la renonciation de l'assureur de dommage à son recours est possible¹⁴⁸³, qu'en est-il lorsque la renonciation à l'action contre le responsable ou son assureur de responsabilité provient de l'assuré victime ? La réponse est dictée par les règles de la subrogation. Le paiement de l'assureur à la victime a pour effet de l'investir de l'ensemble des droits de l'*accipiens*. Or, si celui-ci a renoncé à ses droits contre le responsable et éventuellement son assureur de responsabilité, son propre assureur subrogé ne saurait prétendre à davantage. Ainsi, l'absence de recours, si elle ne constitue qu'une exception, peut provenir d'une renonciation du garant ou du bénéficiaire, à l'inverse de ce qui se produit en matière de cautionnement. Le créancier serait en effet, dans de telles circonstances, déchu de ses droits, en application du bénéfice de subrogation offert à la caution.

395. Garanties d'assurance ne donnant pas lieu à une action récursoire. De surcroît, l'existence de recours dans le cadre de l'assurance n'a rien de général. Elle ne vaut évidemment, comme en matière de garanties de paiement, qu'en cas de dissociation entre les personnes du garant et du débiteur principal, c'est-à-dire dans une relation triangulaire. Mais dans un simple rapport entre assuré et assureur, celui-ci prend évidemment à sa charge le risque réalisé¹⁴⁸⁴. Tel est le principe dans l'assurance de choses.

Ensuite, l'assureur de responsabilité joue, dans le cadre de l'action directe de la victime, un rôle de garant de l'indemnisation de la victime en cas d'insolvabilité du responsable, en même temps qu'il couvre le risque, pesant sur l'assuré, d'engagement de sa responsabilité. Le contrat d'assurance de responsabilité a précisément pour objet de dégager le responsable des conséquences de ses actes, et d'en transférer la charge définitive sur

¹⁴⁸¹ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 2753 ; J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 1640.

¹⁴⁸² Si l'assureur ne peut tenir en échec les immunités légales issues de l'article L. 121-12, alinéa 3 du Code des assurances, il peut à l'inverse renoncer à son recours subrogatoire contre le responsable, et même l'assureur de celui-ci. V., en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 1990, *RGAT* 1990, p. 113, note H. MARGEAT et J. LANDEL.

¹⁴⁸³ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 1642.

¹⁴⁸⁴ Cette vocation à supporter le risque est contrebalancée par le paiement des primes. L'opération globale d'assurance conduit à une dilution du risque, de sorte que la contribution de l'assureur à la dette est compréhensible.

l'assureur. Ainsi, aucune action récursoire n'est ouverte au profit de ce dernier, qui est le débiteur définitif de la dette d'indemnisation¹⁴⁸⁵.

396. Conditions d'ouverture du recours subrogatoire au profit des fonds de garantie.

Enfin, il est possible de s'interroger sur les recours dont disposent les différents fonds de garantie, une fois qu'ils ont indemnisé les victimes du risque social. Tout dépend du point de savoir si le dommage a été causé par un responsable, et si ce dernier est lui-même identifié. Dans ce cas, l'action, justifiée par un souci de ne pas abandonner une certaine fonction normative¹⁴⁸⁶, pourra être dirigée contre l'auteur lui-même ou un autre garant¹⁴⁸⁷. L'instauration de fonds de garantie, qui vise une amélioration du sort des victimes, ne doit pas avoir pour effet de décharger l'éventuel primo responsable des conséquences de ses actes. Il reste simplement à espérer que les fonds exercent effectivement les recours qui leur sont ouverts, de façon à ce que ces principes ne restent pas lettre morte et que la fonction normative de la responsabilité ne soit pas diminuée¹⁴⁸⁸.

Cette règle s'applique à l'ensemble des fonds de garantie. L'ONIAM dispose d'une action récursoire à l'encontre de l'assureur défaillant ou d'un éventuel responsable¹⁴⁸⁹, tout comme le Fonds de garantie des assurances de dommages obligatoire contre le responsable ou l'assureur¹⁴⁹⁰, le Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante contre le responsable¹⁴⁹¹, le Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions contre un délinquant solvable ou toute autre personne tenue à réparation du préjudice¹⁴⁹², ou encore le Fonds de garantie des victimes des actes de terrorisme et d'autres infractions contre ces mêmes intervenants¹⁴⁹³.

Mais si, au contraire, aucune responsabilité n'est encourue, ou encore si le responsable n'est pas identifié, il est évident que le recours du fonds de garantie ne peut de toute façon pas

¹⁴⁸⁵ Du reste, l'action directe ne peut en général conduire à aucun recours, le garant étant toujours tenu à titre définitif, au moins dans une certaine mesure.

¹⁴⁸⁶ M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », art. préc., n° 41 et s.

¹⁴⁸⁷ Ph. CASSON, *op.cit.*, n° 227.

¹⁴⁸⁸ V., sur cette question, M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », art. préc., n° 47 et s.

¹⁴⁸⁹ V. les articles L. 1142-15 et L. 1142-17 du Code de la santé publique.

¹⁴⁹⁰ Article L. 421-3 du Code des assurances.

¹⁴⁹¹ Articles 53 VI, alinéa 1^{er} de la loi 2000-1257 du 23 décembre 2000 et 36 et s. du décret 2001-963 du 23 octobre 2001.

¹⁴⁹² Article 706-11 du Code de procédure pénale. *Adde* Cass. civ. 2^{ème}, 12 mai 2005, *Bull. civ.* II, n° 121. Il convient également de signaler que le Fonds peut obtenir le remboursement de tout ou partie des sommes versées, si la victime a également été indemnisée par la CIVI. V., sur l'exercice du recours, A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op. cit.*, n° 3-148 et s.

¹⁴⁹³ Article L. 422-1, alinéa 3, du Code des assurances. Le Fonds peut, à titre exceptionnel, intervenir à titre principal devant les juridictions répressives à cet effet.

être exercé, même si les conditions de la subrogation sont, par ailleurs, réunies. La reconnaissance d'un recours au profit des fonds de garantie et d'indemnisation n'est donc pas systématique.

Ainsi, on relève une absence d'impact de la notion de garantie sur la question des recours du garant personnel. Seules les garanties reposant sur des relations triangulaires font intervenir de tels recours, à condition toutefois que le garant n'y ait pas renoncé. Dans ce cas, les principes applicables, loin d'être spécifiques à la garantie, ne sont que ceux qui gouvernent le paiement de la dette d'autrui en général. Une unification du régime des recours autour de la notion de garantie est donc inenvisageable, en raison de la diversité des mécanismes de garantie, mais aussi des motifs pour lesquels le garant peut payer la dette d'autrui. De même, il est difficile d'établir des règles générales concernant la nature des recours du garant.

§2 : Nature des recours ouverts au garant.

Si le principe du recours subrogatoire est largement admis (A), celui du recours personnel suscite davantage d'interrogations en raison de l'incertitude de son fondement (B). En toute hypothèse, la notion de garantie est impuissante à apporter une réponse à la question de la nature des recours ouverts au garant.

A) Recours subrogatoire du garant.

397. Consécration expresse du recours subrogatoire. La reconnaissance d'un recours subrogatoire au profit du garant suscite d'autant moins de problèmes qu'il est parfois consacré par des textes particuliers. Ainsi, la caution *solvens* peut se retourner contre le débiteur principal sur le fondement de la subrogation légale, en vertu de l'article 2306 du Code civil. Il ne s'agit d'ailleurs là que d'un rappel de dispositions générales, car l'article 1251, 3° du Code civil vise clairement la caution, au titre de ceux qui sont « tenus pour d'autres ». Ainsi, la caution bénéficie par translation de la créance de son cocontractant, assortie de ses accessoires, mais aussi affectée des mêmes imperfections.

Il en est de même de plusieurs fonds de garantie et d'indemnisation, qui sont expressément subrogés dans les droits des victimes¹⁴⁹⁴. Certaines particularités sont, certes, à signaler au regard du droit commun de la subrogation. Une condition supplémentaire de mise en cause de l'auteur du dommage est ainsi ajoutée par les juges en matière d'accidents de la circulation et de chasse¹⁴⁹⁵. Quant à l'ONIAM, il ne peut mettre en œuvre son action subrogatoire qu'à la condition qu'une faute ait été commise par l'auteur du dommage, lorsqu'il a indemnisé la victime d'une contamination par le VIH¹⁴⁹⁶ ou d'une infection nosocomiale¹⁴⁹⁷. Mais l'emploi du terme « subrogation » ne laisse aucun doute sur la nature du recours.

Enfin, certains textes spéciaux du droit des assurances prévoient également un recours fondé sur la subrogation. Ainsi, l'assureur de chose peut exercer une action subrogatoire contre le responsable du dommage causé en vertu de l'article L. 121-2 du Code des assurances, et l'assureur qui a consenti une assurance-crédit peut faire appel à ce même mécanisme en application de l'article 22 de la loi du 11 juillet 1972¹⁴⁹⁸.

398. Généralisation du recours subrogatoire. En dehors de ces hypothèses, le droit positif laisse une large place au recours subrogatoire. Un cas ne prête nullement à discussion : celui de la solidarité. Le codébiteur solidaire fait partie des *solvens* bénéficiant de la subrogation légale instaurée par l'article 1251, 3^o du Code civil. Même lorsqu'un codébiteur est lui-même intéressé à la dette, il dispose du recours subrogatoire pour obtenir le remboursement de la partie de la dette incombant aux autres codébiteurs¹⁴⁹⁹. Dans l'hypothèse inverse, admise sur

¹⁴⁹⁴ V. notamment les articles L. 1142-15 et L. 1142-17 du Code de la santé publique concernant l'ONIAM, l'article L. 421-3 du Code des assurances concernant le Fonds de garantie des assurances de dommages obligatoires, l'article 706-11 du Code de procédure pénale pour le Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions et l'article L. 422-1, alinéa 3, du Code des assurances pour le Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme et d'autres infractions.

¹⁴⁹⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 23 novembre 1988, *Gaz. Pal.* 1989, 1, p. 42.

¹⁴⁹⁶ Article L. 3122-4 du Code de la santé publique. Cette solution s'explique par la volonté d'éviter un double paiement d'un assureur, au titre de la contribution financière au fonds et de l'action récursoire. Elle n'en demeure pas moins étrange, puisqu'elle dissocie le sort du *solvens* et celui du débiteur définitif de la dette. On peut se demander s'il s'agit véritablement de subrogation, car celle-ci est caractérisée par son effet translatif grâce auquel le subrogé bénéficie des mêmes droits que le créancier subrogeant.

¹⁴⁹⁷ Article L. 1142-17 du Code de la santé publique, qui renvoie à l'article L. 1142-1-1 de ce même code. La charge définitive de la dette ne pèse donc pas sur l'établissement qui n'a pas commis de faute à l'origine de l'infection nosocomiale, alors même qu'au stade de l'obligation à la dette, la responsabilité encourue par l'établissement ne cède que devant la preuve d'une cause étrangère, selon l'article L. 1142-1 du Code de la santé publique. Cela montre que la fonction normative de la responsabilité n'est pas entièrement écartée en la matière.

¹⁴⁹⁸ Il est vrai, comme l'affirme un auteur, que le succès du recours est très hypothétique, car l'assureur n'intervient que si le débiteur est insolvable : P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n^o 29.

¹⁴⁹⁹ V., sur l'étendue de ce recours, A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n^o 83 et s. ; M. MIGNOT, *op. cit.*, n^o 768 et s.

le fondement de l'article 1216 du Code civil, ce même recours est évidemment étendu à l'ensemble des sommes perçues¹⁵⁰⁰. Ce texte précise même que le codébiteur *solvens* non intéressé à la dette est considéré comme une caution dans ses rapports avec le codébiteur intéressé. De même, le coobligé tenu *in solidum* dispose d'une action récursoire contre les coauteurs du dommage, à hauteur de l'excédent versé à la victime¹⁵⁰¹. La jurisprudence a d'ailleurs eu l'occasion d'affirmer que ce recours était fondé sur la subrogation¹⁵⁰².

Si la solution apparaît moins nettement pour les autres garanties, elle ne fait cependant guère de doute. En effet, la jurisprudence retient une interprétation extensive des textes relatifs à la subrogation. En matière de subrogation légale¹⁵⁰³ comme conventionnelle¹⁵⁰⁴, elle considère que le *solvens* dispose d'une action sur ce fondement, dès lors qu'elle a libéré pour tout ou partie le débiteur définitif de la dette, peu important qu'il ait, par là-même, acquitté sa propre dette. La reconnaissance, en dehors de l'intention libérale¹⁵⁰⁵, d'un recours subrogatoire au profit du garant *solvens* procède d'un simple souci de restaurer la justice contractuelle entre les différents intervenants. Il est nécessaire, pour atteindre ce but, que chaque partie à l'opération ne soit tenue que pour sa propre part. Ainsi, seul celui qui a payé sa propre dette, dont il était de toute façon tenu à titre définitif, ne peut exercer de recours subrogatoire. Ces règles d'application générale peuvent régir toute situation dans laquelle un garant a exécuté son obligation de règlement sans être animé par une intention libérale,

¹⁵⁰⁰ M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 612. V. toutefois, en matière de bail, une jurisprudence contestable selon laquelle le copreneur ne peut obtenir le remboursement intégral du paiement qu'il a effectué au bailleur, d'une dette de loyers échue après qu'il a donné son congé : Cass. civ. 3^{ème}, 24 juin 1998, *Bull. civ.* III, n° 129 ; *D.* 1999, somm. p. 115, obs. R. LIBCHABER ; *RTD civ.* 1998, p. 906, obs. J. MESTRE ; *JCP N* 1998, p. 1702, note A. DJIGO.

¹⁵⁰¹ J. BORE, « Le recours entre coobligés *in solidum* », *JCP* 1967, I, 2126. V. toutefois, sur le champ d'application de ce recours, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, n° 422 et s.

¹⁵⁰² V. par exemple Cass. civ., 21 décembre 1943, *JCP* 1945, II, 2779, note A. BESSON ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 février 1972, *JCP* 1972, II, 17213, note G. LIET-VEAUX ; *D.* 1972, p. 380, note G. CORNU ; Cass. civ. 2^{ème}, 8 mai 1978, *JCP* 1981, II, 19506, note L. PERRALLAT ; Cass. civ. 2^{ème}, 11 février 1981, *D.* 1982, p. 255, note E. AGOSTINI ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 1989, *RTD civ.* 1989, p. 543, obs. J. MESTRE ; Cass. Civ. 1^{ère}, 4 février 2003, *Bull. civ.* I, n° 30 ; *Rev. dr. immo.* 2003 p. 233, obs. L. GRYNBAUM ; *RTD civ.* 2003, p. 512, obs. P. JOURDAIN. V. toutefois, en faveur d'un recours personnel dans le domaine de la construction immobilière, Cass. civ. 1^{ère}, 14 octobre 1958, 2 arrêts, *Bull. civ.* I, n° 428 et 429 ; Cass. civ. 3^{ème}, 30 avril 2002, *Bull. civ.* III, n° 86 ; *Deffrénois* 2002, p. 1032, obs. H. PERINET-MARQUET ; Cass. civ. 3^{ème}, 14 septembre 2005, *Rev. dr. immo.* 2005, p. 461, obs. Ph. MALINVAUD.

¹⁵⁰³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 juillet 1987, *Bull. civ.* I, n° 257 ; *RTD civ.* 1988, p. 350, obs. J. MESTRE.

¹⁵⁰⁴ Cass. com., 9 mai 1990, *Bull. civ.* IV, n° 146 ; *RTD civ.* 1990, p. 662, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1995, *Bull. civ.* I, n° 397 ; *D.* 1996, somm. p. 335, obs. D. MAZEAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, *D.* 1999, somm. p. 230, obs. H. GROUDEL.

¹⁵⁰⁵ V. par exemple, Cass. civ., 12 mai 1982, *D.* 1983, p. 320, note J. MESTRE ; CA Bordeaux, 26 février 2002, *JCP E* 2002, p. 1424, n° 1, obs. Ph. SIMLER ; et sur l'ensemble de la question du cautionnement consenti dans un esprit libéral, F.-X. TESTU, « Le cautionnement-libéralité », *JCP N* 1988, I, 307. *adde*, concernant le constitut, F. JACOB, *op. cit.*, n° 384. V., en faveur du caractère exprès de la renonciation aux recours, constitutive d'une donation indirecte, M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 959 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 27. Les seules relations familiales ou amicales des intervenants ne suffiraient alors pas à écarter le recours.

notamment la garantie autonome¹⁵⁰⁶, la délégation imparfaite¹⁵⁰⁷ ou le constitut¹⁵⁰⁸. L'autonomie de la garantie n'y fait pas obstacle, en raison de leur champ d'application très étendu. Il en est de même en matière de garanties indemnitaires¹⁵⁰⁹, le recours portant alors sur l'ensemble du préjudice subi par le bénéficiaire, et non simplement le montant de l'obligation principale, en application du principe selon lequel la subrogation, étroitement associée au paiement, s'opère à la hauteur du montant payé.

De même, le recours subrogatoire des fonds de garantie est autorisé par l'interprétation large de l'article 1251, 3° du Code civil¹⁵¹⁰, tout comme celui de l'assureur de dommages contre le responsable¹⁵¹¹.

399. Application aux garanties réelles du recours subrogatoire. Une difficulté résulte du fait que le recours subrogatoire est subordonné au paiement d'une dette par le *solvens*¹⁵¹². Or, la mise en œuvre d'une sûreté réelle ne donne pas réellement lieu à un paiement de la part du garant. C'est uniquement le créancier qui, en acquérant la propriété de la chose ou une partie du prix de vente, exerce des facultés légales. Mais, tout bien considéré, il est contestable de fermer l'action subrogatoire pour cette raison. Même si le garant ne paie pas une dette, les

¹⁵⁰⁶ La reconnaissance du recours subrogatoire au profit du garant contre le donneur d'ordre est pourtant discutée, en raison de l'indépendance de l'engagement à première demande. Cet argument est insuffisant. L'indépendance de l'engagement ne profite en effet qu'au bénéficiaire, mais non au garant lui-même dans le cadre de la contribution à la dette (v. toutefois Cass. com., 19 décembre 2006, *LPA* 28 décembre 2007, note S. DELRIEU. La Cour de cassation pose de façon critiquable que l'autonomie de la garantie s'oppose à la compensation des dettes connexes dans les relations entre le garant et le donneur d'ordre). La fonction de la garantie s'y oppose. V., en faveur de l'admission du recours subrogatoire, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 524 ; Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 309 ; P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 229 et s. ; plus réservé, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 428 ; *contra* G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, par Ph. JESTAZ, *op. cit.*, n° 632 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », art. préc., n° 29.

¹⁵⁰⁷ Ce recours ne sera cependant ouvert que lorsque le délégué et le délégant ne sont unis par aucune relation préexistante, ce qui est rare. Dans la situation inverse, en effet, la délégation aura pour effet d'éteindre la dette du délégant envers le délégué, ce qui rend tout recours inutile. V., en ce sens, Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *op. cit.*, n° 339 ; comp. M. BILLIAU, *op. cit.*, n° 368 et s., qui étudie les recours fondés sur l'enrichissement sans cause et la répétition de l'indu. Il ne nous semble pas que ces fondements soient nécessaires, celui de la subrogation suffisant à assurer un recours au délégué.

¹⁵⁰⁸ F. JACOB, *op. cit.*, n° 398 et s.

¹⁵⁰⁹ Le caractère propre, car indemnitaire, de la dette du garant, est indifférent, en raison de la solution jurisprudentielle consistant à admettre le recours subrogatoire, dès lors que le *solvens* a libéré le débiteur définitif de la dette en payant le créancier commun : v. par exemple Cass. com., 9 mai 1990, préc.

¹⁵¹⁰ Ph. CASSON, *op. cit.*, n° 225. L'auteur plaide également pour une application du mécanisme de la subrogation dans les cas où l'assureur paie sa propre dette et où le responsable n'est pas identifié. Si cette position apparaît juridiquement irréprochable, on se demande en revanche par quel moyen un fonds de garantie pourrait se retourner contre un responsable inconnu.

¹⁵¹¹ V. par exemple, en matière d'assurance, Cass. civ. 1^{ère}, 16 janvier 2007, *RGDA* 2007, p. 339, note L. MAYAUX. Les juges ont également accepté le jeu de la subrogation conventionnelle en la matière : Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1981, *D.* 1982, IR, p. 99, obs. C.-J. BERR et H. GROUDEL ; *RTD civ.* 1981, p. 634, obs. G. DURRY ; *RGAT* 1981, p. 513.

¹⁵¹² L'article 1249 du Code civil l'annonce d'emblée.

conséquences économiques en sont identiques : il doit supporter la perte d'un élément de son patrimoine, octroyant de ce fait une satisfaction au créancier, et cette perte ne doit pas reposer sur lui à titre définitif, à moins d'une renonciation, car le débiteur principal se trouve par là-même libéré de sa dette. Du reste, le propriétaire du bien bénéficierait sans nul doute d'un recours subrogatoire s'il payait directement le créancier. La saisie de son bien entraîne pour l'ensemble des parties des conséquences en tous points similaires. Aucune raison ne s'oppose donc à une extension de la subrogation légale au profit du tiers acquéreur du bien grevé ou du garant réel pour autrui.

B) Recours personnel du garant.

400. Fondement du recours personnel. Plus mystérieux est le recours personnel. La recherche de son fondement renvoie aux interrogations relatives au rapport entre débiteur principal et garant dans le contrat de cautionnement, cas le plus évident de reconnaissance d'une telle action. L'article 2305 du Code civil se contente d'affirmer que la caution dispose de « son recours contre le débiteur principal, soit que le cautionnement ait été donné au su ou à l'insu du débiteur », avant de soigneusement détailler l'étendue du recours. Il est généralement admis que le recours répond aux règles du mandat ou de la gestion d'affaires, selon que le cautionnement est précédé d'un accord entre caution et débiteur, ou que la caution s'est engagée sans en faire part au débiteur. Plus intéressant que le recours subrogatoire dans la mesure où le débiteur principal, qui bénéficie d'une créance nouvelle, peut obtenir le remboursement de frais engagés au-delà du paiement de la créance proprement dite, le recours personnel ne lui transfère pas, en revanche, les accessoires attachés à la créance principale, notamment les autres sûretés qui pouvaient l'assortir.

La caution dispose d'ailleurs d'un autre recours présentant une originalité plus marquée, puisqu'il peut être exercé avant même le paiement fait entre les mains du créancier. Son champ d'application est toutefois plus restreint, car il n'est ouvert que dans des cas limitativement énumérés par les articles 2309 et 2316 du Code civil¹⁵¹³, et qui renvoient tous à une augmentation de la probabilité du risque d'impayé. L'appel de la caution par le créancier devient alors inéluctable, et il n'est plus nécessaire de la faire attendre plus longtemps avant de pouvoir se retourner contre le débiteur définitif de la dette.

¹⁵¹³ Le recours est notamment à la disposition de la caution lorsqu'elle est poursuivie en justice pour le paiement, qu'elle est en situation de faillite, que la dette devient exigible ou que le débiteur bénéficie d'une prorogation du terme.

Une généralisation est-elle possible s'agissant du recours personnel et du recours avant paiement ? Il est parfois affirmé que le recours personnel du garant contre le débiteur définitif de la dette est de la nature de la garantie¹⁵¹⁴ ou, tout du moins, indissociablement attaché à la notion de sûreté. Cela permettrait de reconnaître un recours à tout garant, même si le législateur ne l'ouvre explicitement qu'à la caution.

Cette démarche mène pourtant à une impasse. La qualification de garantie ne dépend en rien de la contribution à la dette du garant. Ainsi, le débiteur à l'action directe est définitivement tenu de la dette, étant lui-même engagé envers le débiteur intermédiaire. Pourtant, l'action directe, qui offre un débiteur supplémentaire au créancier, figure incontestablement parmi les garanties. L'argument selon lequel la contribution à la dette est un trait des seules sûretés doit pareillement être invalidé. D'abord, la distinction entre garanties et sûretés apparaît assez artificielle¹⁵¹⁵. Ensuite, un cautionnement conclu à titre de donation indirecte n'en demeure pas moins une garantie pour le créancier.

Si la notion de garantie ne suffit donc pas à justifier le recours personnel au garant, il est nécessaire de découvrir un autre fondement. Le recours personnel de la caution ne laisse que peu d'indices, car son fondement demeure difficilement identifiable¹⁵¹⁶. Parfois proposés¹⁵¹⁷, le mandat et la gestion d'affaires laissent subsister un certain nombre de difficultés. La principale a trait à la qualité de mandataire du garant. On ne saurait considérer que la caution, ou quelque autre garant, agit en une telle qualité¹⁵¹⁸. Ces intervenants agissent

¹⁵¹⁴ M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 609 ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 384.

¹⁵¹⁵ V. *supra*, n° 83.

¹⁵¹⁶ On invoque certes des arrêts énonçant que le paiement de la dette d'autrui ouvrait un recours personnel, à condition que le *solvens* démontre « que la cause dont procédait ce paiement impliquait pour le débiteur l'obligation de lui rembourser les sommes ainsi versées » : Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1992, *Bull. civ. I*, n° 167 ; *JCP* 1992, I, 3632, obs. M. BILLIAU ; *D.* 1992, somm. p. 407, obs. Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 332 ; *RTD civ.* 1994, p. 609, obs. J. MESTRE. Mais ces arrêts ne font que rappeler la nécessité pour le *solvens* de prouver le lien de droit l'unissant au débiteur définitif de la dette.

¹⁵¹⁷ Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. XIII, *Les sûretés personnelles*, par P. VOIRIN, *op. cit.*, n° 74 ; G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXVII, *Des contrats, aléations du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 3^{ème} éd., Larose et Ténin, 1907, n° 1078 ; Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. VI, 7^{ème} éd., par A. PONSARD et N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, n° 234 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par F. PICOD, *op. cit.*, n° 8 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 156 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 1051 ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 386, concernant le constitut ; M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 800, concernant la solidarité ; comp., plus largement, R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1990, n° 542 et s.

¹⁵¹⁸ Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 13 ; Ph. THERY, *op. cit.*, n° 68 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 55 ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 385 ; J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », art. préc., n° 4. Comp., en matière de solidarité passive, A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n° 23 et s. ; M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 800 ; *contra* H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, t. II, vol. 1, n° 1062 et

en leur nom et pour leur propre compte. Cela apparaît particulièrement en matière de délégation, mécanisme que chacun s'accorde à distinguer de la simple indication de paiement. Tandis que le mandataire n'engage que la personne et le patrimoine de son mandant, le délégué souscrit un engagement nouveau et propre, dont il répondra de ses propres deniers¹⁵¹⁹. Aucune représentation ne figure dans ce mécanisme. Il en est de même concernant le garant autonome, mais aussi la caution et le constituant, en dépit de l'identité de l'objet de leur dette avec celle du débiteur principal. La qualification de gestion d'affaires pose tout autant de difficultés, car elle amène à forcer les conditions habituelles de ce quasi-contrat¹⁵²⁰. Ainsi que l'ont énoncé des auteurs, il est difficile de caractériser l'intention de gérer les affaires d'autrui, et surtout la caution n'est nullement libérée par l'acceptation de l'opération par le débiteur principal¹⁵²¹.

De même, la stipulation pour autrui, parfois considérée par la doctrine¹⁵²² et la jurisprudence¹⁵²³ comme le fondement du recours personnel de la caution contre le débiteur principal¹⁵²⁴, est insusceptible d'expliquer certains éléments de son régime. C'est notamment le cas lorsque la caution s'engage à l'insu du débiteur principal ou que les termes exacts de l'engagement du garant ne sont déterminés qu'au moment de la négociation du contrat de garantie en lui-même¹⁵²⁵. De façon plus déterminante encore, le fondement de la stipulation pour autrui reviendrait à dénier au créancier la qualité de partie au cautionnement, solution d'une ampleur trop importante¹⁵²⁶.

La notion de promesse unilatérale de contrat pour autrui, également mobilisée par la doctrine¹⁵²⁷, semble, quant à elle, accorder une importance excessive au rapport entre caution

s., qui recourent au mécanisme de la représentation pour expliquer, non seulement les effets secondaires de la solidarité, mais également l'obligation au tout. Comme l'explique M. HONTEBEYRIE, cependant, le codébiteur solidaire s'engage personnellement pour le tout, à l'inverse du représentant (*op. cit.*, *eod. loc.*). *Adde*, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 118.

¹⁵¹⁹ Le caractère propre et nouveau de la délégation constitue le critère principal de qualification de l'engagement du délégué : Cass. civ. 1^{ère}, 7 avril 1998, *Deffrénois* 1998, p. 1048, note D. MAZEAUD. V., sur la distinction entre délégation et mandat de paiement, L. GODON, « La distinction entre délégation de paiement et indication de paiement », *Deffrénois* 2000, p. 193.

¹⁵²⁰ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 56. *Adde*, M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 800 : tout en se prononçant en faveur du fondement de la gestion d'affaires, l'auteur reconnaît que ses conditions d'admission « diffèrent des conditions traditionnellement exigées ».

¹⁵²¹ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 56.

¹⁵²² Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 14.

¹⁵²³ Cass. com., 25 mai 1965, *Bull. civ.* I, n° 332 ; Cass. com., 23 février 1993, *Bull. civ.* IV, n° 69 ; *D.* 1993, somm. p. 313, obs. L. AYNES ; *JCP* 1993, I, 3717, obs. Ph. SIMLER ; *RTD civ.* 1994, p. 99, obs. J. MESTRE ; Cass. com., 23 novembre 1999, *RJDA* 2000, n° 209.

¹⁵²⁴ V. également, en matière de garanties financières, Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 14, 78 et 131 ; C. GINESTET, « La qualification des sûretés », art. préc., n° 14 ; L. AYNES, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 janvier 1995.

¹⁵²⁵ J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », préc., n° 10.

¹⁵²⁶ J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », préc., n° 12 et s.

¹⁵²⁷ J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », préc., n° 17.

et débiteur, alors que les termes définitifs du contrat de cautionnement ne sont établis qu'au moment de la conclusion de ce contrat entre le créancier et la caution.

Enfin, la qualification de convention de crédit, préconisée par certains¹⁵²⁸, demeure assez artificielle et se borne à mettre en évidence un lien entre le débiteur et le garant, sans pour autant le définir véritablement¹⁵²⁹.

401. Impossibilité de généralisation du recours personnel. Ainsi, aucun mécanisme général de droit des obligations n'est de nature à expliquer parfaitement l'existence du recours personnel de la caution *solvens* contre le débiteur principal. Il est donc nécessaire de se tourner vers l'explication, décevante, selon laquelle la caution dispose d'une action innommée, indépendante de tout mécanisme général, après avoir payé le créancier¹⁵³⁰. Dans ces conditions, on ne saurait étendre ce recours personnel au-delà du cautionnement et de l'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette¹⁵³¹, pour en faire un élément commun aux garanties personnelles. Même si une transposition serait envisageable et même souhaitable, dans un souci de justice contractuelle¹⁵³², l'absence de texte extérieur au droit du cautionnement s'y oppose¹⁵³³.

Il n'est, certes, pas exclu qu'un garant dispose d'un recours personnel contre le débiteur de l'obligation principale, en vertu d'un contrat passé préalablement entre eux¹⁵³⁴ ou d'une gestion d'affaires, lorsque les conditions en sont réunies. Souvent, ainsi, donneur d'ordre et garant autonome sont liés par une convention permettant l'exercice d'un recours personnel. Mais il est impossible d'en déduire un principe général applicable à toute garantie

¹⁵²⁸ Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 13 ; F. JACOB, *op. cit.*, n° 386.

¹⁵²⁹ J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », préc., n° 6 : « La qualification de convention de crédit n'est qu'un subterfuge qui esquivé le problème de la nature juridique de l'accord caution-débiteur plus qu'il ne le résout. » *Adde*, F. JACOB, *op. cit.*, n° 386 : l'auteur admet que la qualification de convention de crédit ne convainc guère en l'absence de contrat, et adopte celle de gestion d'affaires dans cette situation.

¹⁵³⁰ Certains auteurs en prennent leur parti : v. ainsi Ph. THERY, *op. cit.*, n° 68.

¹⁵³¹ M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 610 : l'auteur s'appuie sur l'assimilation opérée par l'article 1216 du Code civil entre la caution et le codébiteur solidaire non intéressé à la dette.

¹⁵³² En ce sens, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 43. Encore faudrait-il, pour opérer un tel raisonnement par induction et déduction à partir du cautionnement, dégager le fondement technique de la règle. Si ce travail est déjà accompli s'agissant du recours subrogatoire, tel n'est pas le cas concernant le recours personnel.

¹⁵³³ V. pourtant Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1977, *Bull. civ.* I, n° 206 ; *JCP* 1978, II, 19003, note N. DEJEAN DE LA BATIE ; *Gaz. Pal.* 1978, p. 131, note A. PLANCQUEEL ; *D.* 1978, p. 289, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 1978, p. 364, n° 8, obs. G. DURRY. Cet arrêt reconnaît l'existence d'un recours personnel au profit du coobligé *in solidum solvens*, sans en préciser le fondement.

¹⁵³⁴ En ce sens, A. PRÜM, *op. cit.*, n° 49 ; Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », art. préc., n° 28 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 915 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 425.

personnelle ou réelle¹⁵³⁵, quand bien même certains appelleraient de leurs vœux une telle solution au nom du bon sens et de l'équité¹⁵³⁶.

Il en est de même concernant le recours avant paiement¹⁵³⁷. Ce recours présente une utilité certaine pour tout garant, lequel peut exercer une action en remboursement contre le débiteur définitif avant même d'avoir lui-même payé, à condition que le degré de certitude de la réalisation du risque soit suffisant. Il s'agit pourtant d'un mécanisme propre au cautionnement, et dont aucune règle générale n'autoriserait la transposition aux autres garanties personnelles ou réelles.

402. Existence d'un recours personnel dans les garanties du droit des contrats. C'est donc uniquement en présence de règles dépourvues d'équivoque qu'un recours personnel peut être reconnu au garant. Dans les chaînes de contrats, ainsi, se pose la question de la nature de l'action récursoire introduite par l'acquéreur. Mais ce problème demeure essentiellement théorique, car on raisonne en termes de transmission d'actions. En effet, c'est la même action qui passe d'un acquéreur à l'autre, déduction faite des éventuelles fluctuations du prix de vente. Ces variations ne remettent pas en cause le fait qu'il s'agit de la même action. Simplement, le demandeur à l'action doit justifier d'un intérêt à agir, si bien qu'il ne peut demander qu'une partie de la somme, si son dommage a déjà été en partie réparé par le produit qu'il a tiré de la revente du bien. En conséquence, il ne peut s'agir d'une action fondée sur la subrogation¹⁵³⁸. Chaque acquéreur dispose d'une action personnelle, simplement fondée sur la garantie due par le vendeur. Il en est ainsi pour chaque chaîne de contrats translatrice de propriété, en raison des actions directes en garantie accordées par le législateur et les juges aux propriétaires successifs de la chose.

403. Existence d'un recours personnel au profit de fonds de garantie. Un autre texte prévoit un recours personnel au profit du Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages, qui peut demander le paiement d'intérêts au débiteur d'indemnisation, ainsi que le

¹⁵³⁵ Comp. M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 955 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, *eod. loc.* Les auteurs se fondent sur la proximité de la sûreté réelle pour autrui et du cautionnement pour justifier une identité de recours. Si une telle solution est concevable dans le cadre de la subrogation, entendue largement, on peine néanmoins à concevoir que le recours personnel puisse être étendu sans texte spécifique. *Adde*, L. AYNES, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005 ; V. BONNET, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005 ; S. PRIGENT, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005.

¹⁵³⁶ V. cependant F. JACOB, *op. cit.*, n° 384 et s. ; A. PRÜM, *op. cit.*, n° 57.

¹⁵³⁷ V. toutefois, en matière de solidarité, M. OURY-BRÛLE, *op. cit.*, n° 627 et s.

¹⁵³⁸ Ph. REMY, obs. sous Cass. civ. 19 janvier 1988, *RTD civ.* 1988, p. 549 ; B. GROSS et Ph. BIHR, *op. cit.*, n° 353.

montant des frais de recouvrement¹⁵³⁹. Pour le reste, les articles 29, alinéa 1^{er} et 33, alinéa 1^{er} de la loi du 5 juillet 1985 interdisent aux fonds de garantie de recourir à d'autres actions que celles qui leur sont expressément attribuées par des textes. La reconnaissance du recours personnel est donc très modeste, malgré son utilité¹⁵⁴⁰, si bien que le recours subrogatoire est généralement l'unique arme dont dispose le fonds pour se décharger du risque couvert après le paiement de l'indemnité.

404. Conclusion de la Section 2. La notion de garantie ne suffit pas à déterminer l'existence et la nature des recours du garant. Comme elle ne s'intéresse qu'au stade de l'obligation à la dette, il est indifférent à la qualification de garantie que le garant puisse exercer un recours contre un autre intervenant. C'est ainsi qu'une garantie consentie à titre de libéralité ne perd pas sa fonction de garantie, et que celle qui pèse sur le débiteur définitif de la dette¹⁵⁴¹ ne donne lieu à aucune action récursoire. Tenter de bâtir un régime commun de la contribution à la dette à partir de la notion de garantie procède donc d'une démarche vaine : ce sont les seules règles relatives au paiement de la dette d'autrui qui trouvent à s'appliquer. Du reste, les mécanismes sur lesquels reposent les recours ne sont pas liés à la notion de garantie, mais résultent de techniques générales, tels que la subrogation¹⁵⁴², voire la stipulation pour autrui¹⁵⁴³.

De même, la nature des recours ouverts aux garants ne dépend pas de la notion de garantie. Pour l'heure, le recours subrogatoire est largement ouvert, tandis que le recours personnel ne doit être admis qu'exceptionnellement, en raison de l'absence de texte en ce sens ni de mécanisme susceptible de lui procurer un fondement général. Il est vrai que la généralisation d'un recours personnel ne serait pas dénuée d'avantages. Il n'est, par exemple, guère compréhensible que la caution puisse y recourir, alors que les autres garants personnels

¹⁵³⁹ Articles L. 421-13, alinéa 1^{er}, *in fine*, et R. 421-16, alinéa 1^{er}, du Code des assurances.

¹⁵⁴⁰ V., pour une critique de la prépondérance du recours subrogatoire, M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », art. préc., n° 49 et s. Ainsi que le note l'auteur, l'utilisation de la subrogation peut mener à un enrichissement injustifié de la victime au détriment du responsable.

¹⁵⁴¹ Il convient de conférer une large portée à cette réserve : le commettant doit être considéré comme débiteur définitif de la dette, en application de la théorie du risque. De même, en matière de fonds de garantie, il revient à l'Etat de décider, au cas par cas, s'il prend en charge le risque à titre définitif ou si, dans un souci de sanction, il dispose de recours contre un éventuel responsable. Des considérations d'opportunité viennent donc interférer dans la désignation de ce débiteur définitif.

¹⁵⁴² V. notamment, dans le sens d'une vocation à la généralité de la subrogation, Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1988, *Bull. civ. I*, n° 50 ; Cass. com., 9 mai 1990, *Bull. civ. IV*, n° 146 ; *RTD civ.* 1990, p. 662, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1995, *Bull. civ. I*, n° 397 ; *D.* 1996, somm. p. 335, obs. D. MAZEAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1998, *D.* 1999, somm. p. 230, obs. H. GROUDEL.

¹⁵⁴³ Même imparfait, ce fondement parfois retenu en matière de cautionnement devrait alors, logiquement, être aussi adopté dans le cadre des autres garanties personnelles.

en soient privés. Mais l'élargissement du champ d'application du recours ne pourrait trouver un fondement technique dans la notion de garantie.

405. Conclusion du Chapitre 1. La notion de garantie n'exerce qu'une influence très réduite sur le mécanisme de la garantie, tant au stade de l'obligation à la dette qu'à celui de la contribution à la dette. Alors que le terme « garantie » laisse entrevoir un degré plus élevé de satisfaction du bénéficiaire, celui-ci n'obtient pas nécessairement le résultat qu'il escomptait initialement, et la réparation par équivalent, qui ne saurait excéder le montant du dommage, ne couvre pas nécessairement l'ensemble des pertes subies. De plus, loin de présenter un caractère automatique, la garantie donne souvent lieu à des obstacles liés au fond du droit ou à la procédure. Enfin, les règles applicables peuvent varier considérablement en fonction de la garantie utilisée. Le manque d'unité des garanties, de ce point de vue, est difficilement réparable : l'utilisation de techniques de droit commun fait que la garantie n'est souvent, en elle-même, pas plus satisfaisante que tout mécanisme. C'est uniquement l'adjonction de la garantie à une situation préexistante qui augmente les chances de préservation des intérêts du bénéficiaire. Autrement dit, l'efficacité de la garantie découle davantage de son adjonction au droit commun que de son propre fonctionnement.

Une fois le bénéficiaire satisfait, la charge de la dette est nécessairement répartie par des actions récursoires, mais aucune généralisation ne peut être effectuée, car le débiteur définitif peut être le débiteur principal ou le garant lui-même, lorsqu'il a agi animé d'une intention libérale ou que la garantie ne fait que renforcer le contenu obligatoire du rapport principal sans faire intervenir de tiers à cette relation. Du reste, les recours offerts au *solvens* diffèrent selon les garanties, une place variable étant attribuée aux recours subrogatoire et personnel. L'impact de la notion de garantie est donc, logiquement, plus limité encore au stade de la contribution à la dette, car la fonction de protection du bénéficiaire est étrangère au mécanisme des recours. Cette même idée se retrouve lorsque l'on examine plus précisément l'intensité de la garantie, autre versant de son efficacité. Les contraintes qu'elle fait naître à l'égard du garant ne sont pas toujours aussi sévères qu'il n'y paraît.

Chapitre 2

Caractère impératif de la garantie

406. Aggravation du sort du garant. La garantie est-elle une obligation particulièrement contraignante pour qui la souscrit¹⁵⁴⁴ ? D'un simple point de vue sémantique, la notion de garantie évoque une certaine automaticité, une absence de marge de manœuvre du garant, qui s'engage sans réserve à exécuter une certaine prestation en cas de réalisation d'un risque. Il suffit de songer au sens donné à l'obligation de garantie. Généralement, on désigne par cette expression une obligation dont l'exécution est automatique. Le créancier ne se heurte donc à aucune cause d'exonération, ou presque, permettant au débiteur d'échapper à l'exécution. En cela, la garantie constituerait un type particulier d'obligation caractérisé par son extrême sévérité, qui viendrait s'ajouter à la dichotomie classique entre obligations de moyens et de résultat. En quelque sorte, il s'agirait d'une obligation de résultat renforcée.

Une telle affirmation demande pourtant confirmation. L'étude des résultats consécutifs à la mise en jeu de la garantie a révélé que celle-ci n'est pas nécessairement caractérisée par son efficacité supérieure. La sécurité procurée au bénéficiaire procède moins de l'efficacité intrinsèque de la garantie, qui prend souvent une forme assez banale, que de sa simple existence dérogatoire au droit commun. Cela amène à s'interroger à la fois sur l'unité des garanties, du point de vue du sort du garant, et sur leur particularité au regard du droit commun. Il est nécessaire, pour apporter une réponse à ces questions, d'examiner la possibilité reconnue au garant de se décharger de ses obligations, mais aussi la marge de manœuvre laissée aux parties dans la détermination du sort du garant. Le caractère contraignant de la garantie se mesure en effet à ces deux critères.

En premier lieu, les causes d'exonération dont peut se prévaloir le garant varient en fonction des garanties. La situation du garant n'est pas toujours aussi délicate qu'il n'y paraît, car les motifs d'exonération dont il dispose ne sont finalement pas si éloignés de ceux qui résultent du droit commun : il peut notamment se prévaloir dans une large mesure de la faute

¹⁵⁴⁴ Il n'est qu'à songer à la doctrine du droit des contrats, qui distingue la garantie de la responsabilité selon le critère de l'automaticité, pour se poser la question : v. *supra*, n° 47 et s.

du bénéficiaire et de la force majeure (Section 1). Par ailleurs, les parties disposent d'une faculté assez étendue d'aménagement de la garantie. Loin d'apparaître en toute circonstance comme une obligation stricte pour le garant, la garantie n'est en réalité qu'un instrument que les intervenants peuvent parfois modeler à leur guise (Section 2).

Section 1 : Causes d'exonération du garant.

407. Place de la garantie par rapport au droit commun. L'exonération d'un débiteur dépend habituellement de la nature de la responsabilité encourue. En matière contractuelle, elle est généralement envisagée sous l'angle de la distinction entre obligations de moyens et de résultat¹⁵⁴⁵. En matière extracontractuelle, l'exonération peut provenir des agissements de la victime et des tiers, les régimes de responsabilité présentant des solutions différentes à cet égard. Le point commun est la possibilité pour le débiteur de se dégager de son obligation de réparation en opposant la force majeure¹⁵⁴⁶, ou encore le fait de la victime.

La garantie déroge-t-elle à ces règles ? Que l'on se place en matière contractuelle ou extracontractuelle, il est admis qu'elle offre peu de possibilités au garant d'échapper à ses engagements. En ce sens, l'obligation de garantie constituerait le degré le plus élevé d'intensité d'une obligation. Les auteurs énoncent qu'elle est imperméable à la force majeure, ce en quoi elle se distingue de l'obligation de résultat. De plus, son caractère très objectif ne laisserait que peu de place à une appréciation du comportement de la victime. Ce sont ces affirmations qu'il convient de corroborer ou, au contraire, d'infirmer.

Un premier indice résulte de la nature de la garantie. Celle-ci ne comporte pas toujours d'obligation de règlement, comme on le voit notamment à travers l'exemple des sûretés et

¹⁵⁴⁵ V., en premier lieu, R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 5, 1925, n° 1237. La distinction a depuis connu un succès incontestable : H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1 et s. ; A. TUNC, « La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence », *JCP* 1945, 1, 449 ; J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 1965. Aujourd'hui encore, la distinction est mise en avant par l'ensemble des manuels de droit des obligations : J. CARBONNIER, *op. cit.*, n° 156 et 159 ; F. TERRE, Ph. SIMLER ET Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 577 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, t. II, *Le contrat*, 6^{ème} éd., Litec, 1998, n° 1166 et s. et 1684 et s. ; Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *op. cit.*, n° 941 et s. ; A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2006, n° 406 et s. ; Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, 2^{ème} partie, *Effets du contrat*, *op. cit.*, n° 606 et s. ; V. MALABAT, « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *Études à la mémoire de Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 439 et s. ;

¹⁵⁴⁶ La jurisprudence semble désireuse d'unifier les conditions de la force majeure dans les responsabilités délictuelle et contractuelle : Cass. AP, 14 avril 2006, *D.* 2006, p. 1577 ; note P. JOURDAIN ; *ibid.*, p. 1993, obs. Ph. BRUN ; *JCP* 2006, II, 10087, note P. GROSSER ; *adde*, M. MEKKI, « La définition de la force majeure ou la magie du clair-obscur », *RLDC* 2006, n° 29, p. 17.

garanties réelles¹⁵⁴⁷, et rarement d'obligation de couverture¹⁵⁴⁸. Enoncer que la garantie est une obligation insensible à la force majeure est donc une imprécision de langage, révélatrice de la fragilité du raisonnement. Mais même en niant la nature obligationnelle de la garantie, il est toujours possible d'envisager la garantie comme une contrainte dont le débiteur ne peut se libérer que dans des conditions très strictes.

Tel n'est pourtant pas le cas. Tant la force majeure (§1) que le comportement de la victime (§2) sont en effet susceptibles d'influer sur l'étendue de la réparation qu'elle peut obtenir du garant.

§1 : Influence de la force majeure sur la garantie.

Du fait des rapports souvent entretenus par la garantie avec une obligation préalable qu'elle vient renforcer, la force majeure pourrait intervenir à deux stades de la garantie¹⁵⁴⁹, étant donné qu'elle ne peut de toute façon toucher à la couverture, qui représente la force obligatoire du contrat ou d'une norme en général¹⁵⁵⁰. Elle pourrait ainsi affecter l'obligation de règlement du garant lui-même (A), mais également produire ses effets par voie accessoire, lorsqu'elle porte sur l'obligation garantie (B). Telles sont les deux hypothèses qu'il convient d'examiner successivement.

A) Influence directe de la force majeure sur la garantie.

408. Absence d'influence de la force majeure sur l'obligation de règlement du garant. Il convient ici de déterminer si le garant peut se prévaloir de la force majeure affectant, non l'obligation principale, mais sa propre obligation de règlement. La réponse à cette interrogation, généralement négative, est liée à la nature de l'obligation de règlement. Il s'agit dans la plupart des cas d'une obligation de payer tout à fait classique¹⁵⁵¹, à laquelle doit être

¹⁵⁴⁷ V. *supra*, n° 160.

¹⁵⁴⁸ V. *supra*, n° 162 et s.

¹⁵⁴⁹ C'est généralement au stade de l'obligation garantie que cette question est étudiée. Ainsi, le garant serait tenu d'indemniser le créancier en dépit de l'absence de faute commise par lui. La force majeure ne joue donc pas au stade des conséquences de l'obligation de règlement du garant, mais plutôt à celui de ses conditions.

¹⁵⁵⁰ V. *supra*, n° 162 et s. En conséquence, seul le prononcé de la nullité du contrat peut s'opposer à la poursuite de la phase de couverture du risque.

¹⁵⁵¹ Ce n'est toutefois pas toujours le cas de la solidarité, qui peut porter sur toute obligation : v. sur cette question M. MIGNOT, *op. cit.*, n° 631 et s.

appliquée la règle *genera non pereunt*¹⁵⁵². Les sommes d'argent ne pouvant périr en leur qualité de choses de genre, la force majeure ne joue aucun rôle.

Cette règle est d'une application très extensive. Elle s'applique à l'ensemble des garanties personnelles, qui donnent naissance à des obligations de somme d'argent, mais aussi aux garanties indemnitaires lorsque la responsabilité contractuelle est engagée, ainsi qu'aux garanties du fait d'autrui et aux garanties d'assurance. Les garanties du droit des contrats donnent aussi nécessairement lieu à des obligations de sommes d'argent lorsque les autres remèdes sont impossibles¹⁵⁵³.

409. Exceptions à l'indifférence de la force majeure dans les garanties de paiement. Il est pourtant prématuré de conclure à une parfaite automaticité de l'obligation de règlement. En effet, la solidarité peut porter sur des obligations autres que de somme d'argent. L'adage *genera non pereunt* ne trouvant pas à s'appliquer, les obligations souscrites par le garant, dont l'intensité dépend des termes employés par les parties, laissent une large place au droit commun.

Par ailleurs, les garanties indemnitaires présentent une certaine spécificité, du fait qu'elles donnent naissance à des obligations positives à la charge du garant avant même que ne soient mises à sa charge des obligations de règlement. Or, on sait que les tribunaux recourent à la distinction des obligations de moyens et de résultat pour vérifier si la lettre d'intention constitue une garantie devant être autorisée par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance¹⁵⁵⁴. Le souscripteur est tenu, selon les cas, d'une obligation de moyens¹⁵⁵⁵ ou de résultat¹⁵⁵⁶, et non d'une obligation de garantie. Les premières imposent au

¹⁵⁵² V., sur cette règle, H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999, n° 151. Adde, F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *op. cit.*, n° 102.

¹⁵⁵³ Ainsi, si l'obligation de défense ne peut être accomplie dans le cadre des garanties d'éviction, il sera toujours possible au demandeur d'obtenir des restitutions de la part du garant. De même, la garantie de conformité établit une hiérarchie des remèdes entre réparation en nature et par équivalent, de sorte que la force majeure ne pourra jamais être entièrement exonératoire. Enfin, il est possible que la seule action estimatoire soit ouverte à l'acquéreur, si la chose ne peut être restituée à raison d'un cas de force majeure, lorsque par exemple la chose a péri : Cass. civ. 3^{ème}, 3 décembre 1996, *Contrats conc. conso.* 1997, n° 44, note L. LEVENEUR. De même, l'action rédhibitoire est fermée lorsque l'acheteur ne peut récupérer le bien dans la liquidation judiciaire d'un tiers crédit-preneur : Cass. com., 6 juillet 1999, *RJDA* 1999, n° 1190.

¹⁵⁵⁴ Cass. com., 23 octobre 1990, *Bull. civ.* IV, n° 256 ; *D.* 1992, somm. p. 34, obs. M. VASSEUR ; *JCP* 1991, II, 21684, note Ch. LARROUMET ; Cass. com., 19 mars 1991, *Bull. civ.* IV, n° 110 ; *D.* 1992, p. 53, 2^{ème} espèce, note I. NAJJAR ; *JCP* 1992, I, 3583, n° 10, obs. Ph. SIMLER ; Cass. com., 26 janvier 1999, préc. ; Cass. com., 19 avril 2005, *JCP* 2005, I, 185, n° 11, obs. Ph. SIMLER ; *Rev. dr. banc. fin.* 2005, comm. n° 173, obs. A. COURET.

¹⁵⁵⁵ Cass. com., 19 mars 1991, *Bull. civ.* IV, n° 110 ; *D.* 1992, p. 53, 2^{ème} espèce, note I. NAJJAR ; *JCP* 1992, I, 3583, n° 10, obs. Ph. SIMLER ; Cass. com., 16 juillet 1991, *Bull. civ.* IV, n° 265 ; *D.* 1992, p. 53, 3^{ème} espèce, note I. NAJJAR ; *JCP* 1992, I, 3583, n° 10, note Ph. SIMLER ; Cass. com., 4 octobre 1994, *Bull. civ.* IV, n° 276 ; *JCP* 1995, I, 3851, n° 10, obs. Ph. SIMLER.

¹⁵⁵⁶ Cass. com., 24 octobre 2000, *JCP* 2001, I, 315, n° 10, obs. Ph. SIMLER ; Cass. com., 26 février 2002, préc. ; Cass. com., 9 juillet 2002, préc.

débiteur de tout mettre en œuvre pour satisfaire le créancier, tandis que les secondes se mesurent à l'aune du résultat attendu par le créancier. En toute hypothèse, il ne s'agit pas d'une obligation de garantie, entendue comme une obligation ne donnant lieu à aucune cause d'exonération.

Il en est de même, par définition, du porte-fort d'exécution, rendu possible par la généralité des termes de l'article 1120 du Code civil. Il contient, par essence, une obligation de résultat, même si le garant est libre des moyens utilisés pour parvenir à ses fins, car c'est l'exécution par le débiteur principal qu'il promet¹⁵⁵⁷. Enfin, les sûretés négatives, qui engagent le garant à préserver une partie de son patrimoine, de façon à préserver les chances de paiement de la créance principale, mettent à sa charge une obligation de faire, pouvant donner lieu à l'engagement de sa responsabilité contractuelle lorsque son inexécution entraîne un préjudice pour le créancier, sans qu'aucune particularité de cette obligation ne doive être relevée¹⁵⁵⁸. Les sûretés négatives sont en effet régies par les dispositions prévues par les parties¹⁵⁵⁹.

Ces solutions montrent que les garanties indemnitaires n'échappent pas au droit commun des obligations, structuré autour de la *summa divisio* entre obligations de moyens et de résultat. Malgré les fréquentes critiques auxquelles elle doit faire face, qui concernent tant le postulat sur lequel elle repose¹⁵⁶⁰ que son caractère trop simpliste¹⁵⁶¹, cette distinction classique, qui n'est d'ailleurs de l'avis de ses partisans qu'une simple grille de lecture¹⁵⁶², dessine un contour assez précis à la plupart des engagements contractuels, malgré leur

¹⁵⁵⁷ Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005 ; I. RIASSETTO, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », art. préc., n° 18 et s. Mais il est nécessaire que le garant soit tenu d'une obligation comportementale, sans quoi le porte-fort se distingue malaisément du cautionnement.

¹⁵⁵⁸ V. sur les sanctions de l'inexécution de la sûreté négative M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 373 et s.

¹⁵⁵⁹ V. sur le rôle de la liberté contractuelle dans l'expansion de ces mécanismes, M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 15.

¹⁵⁶⁰ Elle repose en effet sur le postulat, inexact selon certains, de l'existence de la responsabilité contractuelle. Il conviendrait plutôt, pour ces auteurs, d'examiner le contenu du contrat pour vérifier exactement ce à quoi s'est engagé le débiteur. V., en ce sens, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3229 ; Ph. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », art. préc., p. 323.

¹⁵⁶¹ La distinction entre obligations de moyens et de résultat ne suffirait à rendre compte de la diversité des obligations contractuelles. Des catégories intermédiaires pourraient être établies entre ces deux extrêmes, ainsi que la catégorie des obligations de garantie. V., en ce sens, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 3236 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 531 et s.

¹⁵⁶² J. BELISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001 ; M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », *Mélanges Ch. MOULY*, t. I, Litec, 1998, p. 53 et s. ; B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, t. II, *Le contrat*, *op. cit.*, n° 1684 et s.

diversité¹⁵⁶³. Du reste, elle est explicitement consacrée par la jurisprudence, qui prend soin de classer dans l'une ou l'autre des catégories les principales obligations issues des contrats spéciaux¹⁵⁶⁴. Il est vrai que la distinction entre obligations de moyens et de résultat n'est pas dépourvue de failles. Il suffit, pour le comprendre, de songer aux obligations de moyens renforcées et aux obligations de résultat atténuées, qui apparaissent parfois au fil des arrêts¹⁵⁶⁵. Mais leur originalité ne repose en fin de compte que sur des questions de preuve¹⁵⁶⁶. Ainsi, les dérogations au principe d'automaticité de l'obligation de règlement ne sont qu'une application pure et simple des règles gouvernant la responsabilité contractuelle.

410. Rôle de la force majeure dans les garanties réelles. Les garanties réelles, qui ne font pas naître d'obligation de règlement à la charge du garant¹⁵⁶⁷, sont enfin très contraignantes pour le constituant, qui ne dispose guère de moyens de défense et ne peut que rester passif en laissant le créancier se payer sur le bien ou conserver sa propriété. Mais les solutions ne sont guère favorables au créancier lorsque la chose grevée de la sûreté périt en raison d'un événement imprévisible, irrésistible et extérieur aux parties. Ainsi, le gage de droit commun s'éteint par la perte de la chose, et le constituant n'est tenu que de veiller en bon père de famille à la conservation de la chose, lorsque le gage est dépourvu de dépossession¹⁵⁶⁸. Ce

¹⁵⁶³ J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 1, *L'acte juridique*, op. cit., n° 45 : « En pure logique, cette distinction a une portée absolument générale : elle constitue une *summa divisio*. Aucune obligation ne peut échapper à l'alternative selon laquelle le débiteur doit, soit un résultat, soit seulement sa diligence ».

¹⁵⁶⁴ Les juges utilisent fréquemment l'un ou l'autre de ces termes. V. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 7 février 1978, *Bull. civ. I*, n° 46, s'agissant de la responsabilité du teinturier ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1995, *Bull. civ. I*, n° 263, concernant celle du garagiste ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 juin 1981, *Bull. civ. I*, n° 232 ; *D.* 1982, IR p. 363, obs. Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 1982, p. 430, obs. Ph. REMY, concernant celle du dépositaire de restituer la chose.

¹⁵⁶⁵ V. par exemple, sur la responsabilité des garagistes à raison des réparations effectuées, Cass. civ. 1^{ère}, 12 janvier 1994, *Bull. civ. I*, n° 9 ; *JCP E* 1994, I, 579, note Ph. DELEBECQUE ; *RTD civ.* 1994, p. 614, obs. P. JOURDAIN ; sur la responsabilité du dépositaire, Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, *Contrats conc. conso.* 1999, comm. n° 51, obs. L. LEVENEUR ; sur celle du teinturier, Cass. civ. 1^{ère}, 20 décembre 1993, *Bull. civ. I*, n° 376 ; *RTD civ.* 1994, p. 611, obs. P. JOURDAIN ; sur celle du mandataire, Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1989, *Bull. civ. I*, n° 26 ; *D.* 1989, p. 302, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 1989, p. 558, obs. P. JOURDAIN ; *ibid.*, p. 572, obs. Ph. REMY ; sur celle de l'entrepreneur, en cas de détérioration du bien objet du contrat, Cass. civ. 3^{ème}, 17 février 1999, *Bull. civ. III*, n° 41 ; *Contrats conc. conso.* 1999, comm. n° 67, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1999, p. 629, obs. P. JOURDAIN. Dans chacune de ces situations, les juges modulent les obligations de moyens ou de résultat qui incombent au débiteur. Ces exemples ne sont pas exhaustifs.

¹⁵⁶⁶ C'est uniquement la charge de la preuve qui est affectée par la qualification d'obligation de moyens renforcée ou d'obligation de résultat atténuée. Il revient alors au débiteur, par dérogation au droit commun de la preuve, d'apporter la démonstration qu'il s'est montré suffisamment diligent. C'est donc une présomption de responsabilité qui caractérise ces types d'obligations. Mais du point de vue de l'intensité de l'engagement, aucune originalité n'est perceptible. V., sur cette question, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, op. cit., n° 433.

¹⁵⁶⁷ V. *supra*, n° 160.

¹⁵⁶⁸ Ainsi, le constituant est tenu d'une obligation de conservation dans le cadre du gage de droit commun sans dépossession, le nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement, ou encore le gage des stocks. L'obligation est de moyens. V., en ce sens, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, op. cit., n° 1688, concernant le gage. Toutefois, il convient de signaler que ces mêmes obligations incombent au

n'est donc qu'en cas de faute de sa part que le créancier pourra obtenir la déchéance du terme ou un complément de gage¹⁵⁶⁹. Tel n'est pas le cas lorsque la perte de la chose présente les caractères de la force majeure. Le gagiste peut alors, certes, se payer sur l'indemnité d'assurance, par le mécanisme de la subrogation réelle¹⁵⁷⁰, mais encore faut-il pour cela que le bien soit assuré. Ce n'est donc qu'exceptionnellement que le créancier conserve ses droits. En principe, la force majeure profite plutôt au constituant. De même, l'hypothèque ou l'antichrèse s'éteignent à raison de la perte de l'immeuble¹⁵⁷¹, tout comme les garanties fondées sur la propriété¹⁵⁷² et le droit de rétention¹⁵⁷³.

Ainsi, les garanties réelles ne résistent pas à un événement présentant les caractères de la force majeure, qu'il affecte l'obligation principale ou l'objet de la garantie. Elles font, certes, naître une obligation de conservation de la chose, mais cela ne signifie en aucun cas que le garant est privé de toute cause d'exonération. D'abord, cette obligation de conservation ne lui incombe pas nécessairement, mais incombe en général à celle des parties qui conserve la possession de la chose durant la période de couverture. Ensuite, elle doit être classée parmi les obligations de moyens ou, au mieux de résultat, et cède de toute façon devant la force majeure.

411. Large application du droit commun. Des exceptions importantes affectent donc le principe d'indifférence de la force majeure sur l'obligation de règlement. Surtout, on constate que ce principe n'est en rien lié à la notion de garantie. C'est la règle *genera non pereunt*, issue du droit commun et d'application générale, qui l'explique, ainsi que le fait que la plupart des obligations de règlement portent sur des choses de genre. En conséquence, l'obligation de règlement apparaît assez stricte à l'égard du garant, sans pour autant que cela procède de la

créancier gagiste lorsque le gage s'accompagne d'une dépossession. En conséquence, ces règles relèvent simplement du droit commun et non d'un corpus de règles propres aux garanties.

¹⁵⁶⁹ La déchéance du terme de l'obligation garantie résulte de l'article 1188 du Code civil, texte de droit commun qui traite de la perte d'une sûreté par le débiteur. Quant au complément de gage, il consiste en une indemnisation d'un montant équivalent à la perte de valeur de la chose affectée en garantie. L'efficacité de ces sanctions est toute relative, car elles ne garantissent pas la solvabilité du débiteur et n'excluent pas le concours des autres créanciers.

¹⁵⁷⁰ Cass. com., 12 mai 1998, *Bull. civ. I*, n° 153.

¹⁵⁷¹ L'article L. 121-13 du Code des assurances prévoit tout de même l'exercice du droit de préférence du créancier privilégié ou hypothécaire sur l'indemnité d'assurance allouée à la suite de la perte du bien.

¹⁵⁷² Le vendeur disposant d'une réserve de propriété peut tout de même revendiquer l'indemnité d'assurance en cas de destruction du bien par cas fortuit, en application de l'article 2372 du Code civil. V., pour une application de ces principes, Cass. com., 13 mars 2007, *RGDA* 2007, p. 824, note L. MAYAUX. Mais, encore une fois, cela n'est possible que si le bien est assuré, si bien que le principe demeure celui de la mise à la charge du créancier des conséquences de la force majeure.

¹⁵⁷³ En tant que simple moyen de pression, le droit de rétention n'offre aucun droit de préférence ou de suite sur la chose, si bien que la destruction du bien y met fin, sans même que le créancier ne puisse prétendre, par le jeu de la subrogation réelle, à la revendication de l'indemnité d'assurance.

notion de garantie. L'application du droit commun est pour beaucoup dans ce constat, ce qui fait douter du caractère particulièrement contraignant de la garantie. Plus encore, les exceptions au principe d'automaticité de l'obligation de règlement renvoient essentiellement à la distinction des obligations de moyens et de résultat, qui relève du droit commun des obligations.

Si les obligations découlant de la garantie ne se distinguent pas particulièrement de celles résultant du droit commun, qu'en est-il des conditions de sa mise en jeu ? Sont-elles plus facilement réunies ?

B) Influence par accessoire de la force majeure sur la garantie.

412. Rôle de la force majeure et caractère accessoire des garanties de paiement. Le garant peut-il se prévaloir de la force majeure affectant l'obligation principale pour se soustraire à son propre engagement ? La réponse dépend du degré d'accessoire de la garantie¹⁵⁷⁴, notamment du régime de l'opposabilité des exceptions tirées du rapport fondamental. A cet égard, nous avons déjà constaté l'extrême diversité des garanties de paiement. Même si l'écart entre ces garanties tend à se réduire, la caution dispose d'une faculté assez étendue d'invoquer l'exception tirée de la force majeure affectant le rapport principal¹⁵⁷⁵. De même, l'événement touchant l'obligation principale se répercute nécessairement sur les garanties réelles qui l'accompagnent, étant donné leur caractère accessoire très affirmé. Le débiteur étant libéré, la garantie ne peut être mise en œuvre¹⁵⁷⁶. En revanche, le garant autonome, le délégué ou le constituant subissent un sort moins favorable, la force majeure ne profitant par voie accessoire aux garants autonomes que dans des conditions très restrictives¹⁵⁷⁷. L'obligation de règlement est donc touchée, au moins dans certaines garanties, par la force majeure opposée par le débiteur principal.

¹⁵⁷⁴ V., sur cette question, *supra*, n° 289 et s.

¹⁵⁷⁵ Il ne s'agit pas semble-t-il, d'une exception purement personnelle au débiteur. Traditionnellement, la seule exception de ce type est l'incapacité du débiteur principal. Même si les juges tendent à étendre cette catégorie, notamment au dol commis par le créancier à l'égard du débiteur (V., sur ce point, *supra*, n° 294), la force majeure affecte l'obligation elle-même, car elle est extérieure à la personne du débiteur principal.

¹⁵⁷⁶ V. sur cette question J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 349. Ces auteurs cantonnent, certes, la solution au cas où l'obligation principale est effacée. Mais la distinction présentée peine à convaincre, car l'obligation principale disparaît en toute hypothèse. En revanche, il est exact que la force majeure peut n'engendrer que la suspension de l'obligation, lorsqu'elle n'est que temporaire. Dans ce dernier cas, la sûreté réelle subsiste.

¹⁵⁷⁷ Il est nécessaire d'emprunter le détour de la fraude ou de l'abus manifeste. Si la force majeure affectant le contrat de base est établie avec certitude, il est admis que le bénéficiaire ne possède aucun droit au titre du contrat de base et ne peut appeler la garantie sans commettre d'abus manifeste. V., sur les moyens de défense ouverts au garant au stade de l'appel de la garantie, *supra*, n° 297 et 308.

413. Rôle de la force majeure et conditions des garanties du fait d'autrui. Les garanties du fait d'autrui laissent-elles toujours une place à l'exonération par la force majeure, en dépit du mouvement général d'objectivation du droit de la responsabilité civile ? Le cas fortuit devrait en toute hypothèse être apprécié par rapport à l'auteur du dommage, s'agissant de responsabilité objective indifférente au comportement du responsable de second rang¹⁵⁷⁸. Si les conditions de la responsabilité sont aujourd'hui marquées par un certain assouplissement, les responsabilités du commettant du fait de ses préposés¹⁵⁷⁹ et de l'association du fait des personnes dont elle a la garde¹⁵⁸⁰, semblent laisser une place à une exonération du garant par la force majeure au moment de la production du dommage : une faute de l'auteur direct du dommage est même requise pour leur mise en jeu¹⁵⁸¹. La force majeure constitue donc, *a fortiori*, une cause d'exonération.

Il en est enfin de même concernant la responsabilité contractuelle du fait d'autrui¹⁵⁸², ainsi que la responsabilité des personnes morales du fait de leurs organes dirigeants. La jurisprudence, dans ce dernier cas, prend en effet soin d'imputer une faute à la personne morale, soit l'inexécution d'une obligation¹⁵⁸³, soit une faute dans l'organisation ou le fonctionnement de l'entreprise¹⁵⁸⁴. Davantage que les actes des organes et dirigeants, ce sont donc les habitudes d'entreprise qui justifient cette responsabilité, même lorsque l'auteur direct du dommage s'est personnellement rendu coupable d'une faute¹⁵⁸⁵. Même si la jurisprudence,

¹⁵⁷⁸ V. par exemple, s'agissant de la responsabilité fondée sur l'article 1384, alinéa 5 du Code civil, M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil*, t. V, *La responsabilité extracontractuelle*, op. cit., n° 249 : « Ce qui compte c'est uniquement le lien de causalité entre le dommage et le fait du tiers dont le responsable répond. Par conséquent, les causes d'exonération dont dispose le responsable pour autrui et qui affectent le lien causal doivent être appréciées par rapport au fait du tiers dont il répond ».

¹⁵⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 11 décembre 1974, *D.* 1974, IR, p. 67. En faveur de cette cause d'exonération pour le commettant, M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil*, t. V, *La responsabilité extracontractuelle*, op. cit., n° 249. V., toutefois, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 809 ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, op. cit., n° 7555.

¹⁵⁸⁰ En ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 789-23 et 789-27.

¹⁵⁸¹ V., s'agissant de la responsabilité des clubs sportifs sur le fondement de l'article 1384, alinéa 1, Cass. AP, 29 juin 2007, préc.

¹⁵⁸² G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 834.

¹⁵⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 16 novembre 1976 (2 espèces), *Bull. civ.* I, n° 350 et 351 ; Cass. civ. 2^{ème}, 24 mars 1980, *Bull. civ.* II, n° 71 ; Cass. com., 23 avril 1985, *Bull. civ.* IV, n° 124 ; Cass. com. 5 février 1991, *Bull. civ.* IV, n° 51 ; *Bull. Joly* 1991, p. 224, note P. LE CANNU.

¹⁵⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1989, *Bull. civ.* I, n° 19 ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 juillet 1998, *Bull. civ.* I, n° 239 ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 décembre 1999, *Bull. civ.* I, n° 351 ; *JCP* 2001, II, 10384, note G. MEMETEAU.

¹⁵⁸⁵ G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1965, n° 415 et s.

sur ce point, apparaît assez compréhensive envers les victimes¹⁵⁸⁶, on peut en déduire qu'une absence de faute de la personne morale ferait obstacle à la mise en jeu de la garantie.

La responsabilité parentale, en revanche, apparaît plus stricte. Les parents ne peuvent plus, depuis l'arrêt *Bertrand* du 19 février 1997¹⁵⁸⁷, échapper à leur responsabilité du fait de leurs enfants mineurs en démontrant l'absence de faute. Il suffit même aujourd'hui d'un fait générateur non fautif de l'enfant pour que la responsabilité soit encourue¹⁵⁸⁸, solution du reste fort contestable et qui devrait être abandonnée dans l'optique d'un alignement des conditions des différentes responsabilités du fait d'autrui¹⁵⁸⁹. Dans ces conditions, on voit difficilement comment les parents pourraient faire l'objet d'une exonération par la force majeure, en dépit de l'affirmation en ce sens contenue dans l'arrêt *Bertrand*¹⁵⁹⁰.

414. Caractère très objectif des garanties du droit des contrats. Les garanties du droit des contrats, plus encore que celles du fait d'autrui, constituent le terrain de prédilection des thèses selon lesquelles l'obligation de garantie serait une obligation de résultat renforcée. Cette idée s'appuie surtout sur une comparaison entre les conditions de la responsabilité contractuelle et celles des garanties légales. Tandis que l'établissement de la responsabilité est subordonné à la démonstration d'une inexécution, la mise en jeu de la garantie procède uniquement de la découverte d'un vice ou de la survenance d'une éviction, sans pour autant qu'une quelconque faute ne doive être mise à la charge du garant. L'objectif, en effet, n'est pas de tirer les conséquences de l'action du garant, mais simplement de renforcer les chances de la victime d'obtenir une indemnisation, indépendamment du comportement du garant. Ainsi, le droit des contrats nie pratiquement toute influence à l'attitude du vendeur, du bailleur ou du constructeur. C'est précisément la raison pour laquelle la garantie est souvent considérée comme une responsabilité objective¹⁵⁹¹. La seule conséquence d'un mauvais comportement du vendeur est l'octroi de dommages-intérêts à l'acquéreur au titre de l'article

¹⁵⁸⁶ V., sur l'articulation de la responsabilité de la personne morale et du dirigeant social, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 854 et s.

¹⁵⁸⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 19 février 1997, *Bull. civ.* II, n° 56 ; *JCP* 1997, II, 22848, concl. R. KESSOUS, note G. VINEY ; *D.* 1997, p. 265, note P. JOURDAIN ; *ibid.*, somm. p. 290, obs. D. MAZEAUD ; *Gaz. Pal.* 3 octobre 1997, note F. CHABAS ; *adde* F. LEDUC, « La responsabilité des père et mère : changement de nature », *Resp. civ. et assur.* 1997, chron. n° 9 ; Ch. RADE, « Le renouveau de la responsabilité du fait d'autrui », *D.* 1997, chron. p. 279.

¹⁵⁸⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, préc. ; Cass. AP, 13 décembre 2002, préc.

¹⁵⁸⁹ V., sur la question de la cohérence de la responsabilité civile du fait d'autrui au regard de cette solution, Ph. BRUN, op. cit., n° 521.

¹⁵⁹⁰ Ph. BRUN, op. cit., n° 526. V., toutefois, M. BACACHE-GIBELI, *Droit civil*, t. V, *La responsabilité extracontractuelle*, op. cit., n° 278.

¹⁵⁹¹ V., *supra*, n° 47 et s.

1645 du Code civil, lorsque le vendeur est de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il connaissait l'existence du vice au moment de la vente¹⁵⁹². De même, le bailleur de bonne foi est tout autant tenu à réparation que celui qui avait connaissance du vice¹⁵⁹³. Toutefois, cette sévérité envers le garant se retrouve-t-elle en cas de cas fortuit ?

415. Force majeure et conditions des garanties du droit des contrats. L'exonération par la force majeure apparaît difficilement concevable dans les garanties du droit des contrats, car la condition d'extériorité ne peut ici être remplie, le vice étant inhérent à la chose vendue ou construite¹⁵⁹⁴. Ainsi, on ne trouve aucune décision de justice concluant à la libération du vendeur sur ce fondement¹⁵⁹⁵. Elle y demeure, toutefois, théoriquement admissible. La Convention de Vienne relative aux ventes internationales de marchandises le prévoit même expressément en son article 79. Il est vrai que la qualification d'obligation de moyens ou de résultat est ici inutile, le régime de l'inexécution étant minutieusement prévu par le législateur, notamment quant à la charge et l'objet de la preuve. Quoi qu'il en soit, le caractère objectif de la réparation n'est pas absolu, la force majeure y faisant obstacle.

De même, il est possible qu'une garantie conventionnelle mette à la charge du garant une obligation de réparer la chose, l'octroi de dommages-intérêts dépendant alors de l'intensité de l'obligation de réparation. A moins que les parties n'aient expressément prévu l'indifférence de la force majeure, l'obligation de réparation à la charge du garant n'est que de moyens ou de résultat, qualification déterminée par les mêmes critères appliqués en droit commun¹⁵⁹⁶.

¹⁵⁹² Et encore, cette dimension subjective de la garantie demeure-t-elle très tempérée. Est assimilé au vendeur de mauvaise foi le vendeur professionnel, présumé de mauvaise foi sans que la preuve contraire ne puisse être apportée. Un vendeur professionnel parfaitement diligent sera donc systématiquement condamné à des dommages-intérêts. V., par exemple en ce sens, Cass. com., 27 avril 1971, *JCP* 1972, II, 17280, note M. BOITARD et A. RABUT ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 1972, *Bull. civ.* I, n° 257 ; *JCP* 1974, II, 17890, note J. GHESTIN.

¹⁵⁹³ Cass. Req., 29 janvier 1872, *DP* 1872, 1, p. 123. La solution n'a jamais été remise en cause depuis cet arrêt de principe.

¹⁵⁹⁴ Ph. LE TOURNEAU, « Conformités et garanties dans la vente de biens meubles corporels », préc., n° 84 ; J. HUET, *op. cit.*, n° 11384. L'auteur cite, à titre d'illustration, la jurisprudence relative au sang contaminé : Cass. civ. 1^{ère}, 12 avril 1995, deux arrêts, *JCP* 1995, II, 22467, note P. JOURDAIN ; *ibid.*, I, 3893, n° 20, obs. G. VINEY. *Adde*, en matière de construction immobilière, *op. cit.*, n° 32446.

¹⁵⁹⁵ B. GROSS et Ph. BIHR, *op. cit.*, *eod. loc.*

¹⁵⁹⁶ P. ANCEL, « Garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », art. préc., n° 24. L'auteur penche cependant en faveur de la qualification d'obligation de résultat, proposition digne d'approbation dans la mesure où il s'agit d'une obligation de réparation et non de la simple inexécution d'une obligation contractuelle.

En dehors de la vente, l'obligation de garantie du bailleur doit être rangée auprès des obligations de résultat¹⁵⁹⁷. Quant aux constructeurs, on considère qu'ils sont tenus à plus qu'une obligation de résultat uniquement parce que leur garantie s'accompagne d'une solidarité entre les différents intervenants¹⁵⁹⁸. Pour le reste, la garantie de parfait achèvement est qualifiée d'obligation de résultat¹⁵⁹⁹, tout comme les garanties biennale et décennale, lesquelles cèdent en cas de force majeure¹⁶⁰⁰ ou de fait du maître de l'ouvrage¹⁶⁰¹. Réputées sévères envers le garant car aucune démonstration d'une faute n'est requise pour l'engagement de sa responsabilité, elles ne donnent toutefois pas lieu à une véritable obligation de garantie indifférente à la force majeure¹⁶⁰².

416. Force majeure et obligations de l'assureur. Les garanties d'assurance sont les plus automatiques des trois catégories génériques de garanties. L'assurance et les fonds de garantie et d'indemnisation sont étrangers à toute logique de responsabilité, car ils ne visent que l'indemnisation de la victime en laissant de côté toute considération d'ordre subjectif¹⁶⁰³. Ce principe apparaît particulièrement logique s'agissant des fonds de garantie, mis en place par le législateur et investis par lui de la mission de traitement de risques sociaux particulièrement importants qualitativement ou quantitativement. Il convient toutefois de distinguer selon le type d'assurance en cause. L'assureur de dommage doit indemniser la victime du sinistre dès lors que celui-ci s'est produit durant la période de couverture. Mais il convient de réserver le

¹⁵⁹⁷ J. HUET, *op. cit.*, n° 21170, s'agissant de la garantie des vices cachés ; *adde*, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 6509, qui estime que la garantie cède devant la force majeure. Le bailleur peut se prévaloir de la force majeure, par exemple à la suite du fait d'un tiers. V., par exemple, Cass. civ. 3^{ème}, 26 octobre 1977, *Bull. civ.* III, n° 357 ; *Gaz. Pal.* 1978, jur. p. 339, note A. PLANCQUEEL. La vétusté peut également constituer le cas de force majeure, lorsqu'elle ne résulte pas d'un défaut d'entretien de la part du bailleur : Cass. civ. 3^{ème}, 27 février 1973, *Bull. civ.* III, n° 150.

¹⁵⁹⁸ J. HUET, *op. cit.*, n° 32432.

¹⁵⁹⁹ J. HUET, *op. cit.*, n° 32437.

¹⁶⁰⁰ Article 1792, alinéa 2 du Code civil : « Une telle responsabilité n'a point lieu si le constructeur prouve que les dommages proviennent d'une cause étrangère ». V., pour des applications de cette règle, Cass. civ. 3^{ème}, 15 juin 1988, *Bull. civ.* III, n° 109 ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 février 1996, *Rev. dr. immo.* 1996, p. 221, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; Cass. civ. 3^{ème}, 8 juillet 1998, *Bull. civ.* III, n° 157 ; *Deffrénois* 1999, p. 545, obs. H. PERINET-MARQUET ; *Rev. dr. immo.* 1998, p. 645, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; Cass. civ. 3^{ème}, 6 février 2002, *Bull. civ.* III, n° 34 ; *JCP* 2003, II, 10014, note J.-M. MOULIN ; *Rev. dr. immo.* 2002, p. 152, obs. Ph. MALINVAUD ; Cass. civ. 3^{ème}, 4 juillet 2007, *Bull. civ.* III, n° 120 ; *Rev. dr. immo.* 2007, p. 441, note Ph. MALINVAUD.

¹⁶⁰¹ Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, *op. cit.*, n° 133 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 4583 ; J. HUET, *op. cit.*, n° 32446.

¹⁶⁰² V. plus largement, sur ce point, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 435. L'entrepreneur ne subit les effets de la perte fortuite de la chose que si elle se produit avant la réception ou la mise en demeure, et lorsqu'il fournit la matière.

¹⁶⁰³ V., sur la comparaison des notions de responsabilité, de garantie et d'assurance, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 190. V. également, pour un constat plus nuancé sur les relations entre fonds de garantie et responsabilité civile, M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », art. préc. ; A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *op. cit.*, 1-26 et s.

cas de l'assurance-crédit et de l'assurance-cautionnement. Respectivement assimilables aux garanties indemnitaires et au cautionnement¹⁶⁰⁴, elles suivent des règles semblables à ces deux types de garanties, si bien que la force majeure affectant l'obligation principale se répercute dans une certaine mesure sur celle de l'assureur. Il ne s'agit toutefois pas de véritables exceptions au principe d'insensibilité des garanties d'assurance à la force majeure, ces garanties relevant moins des garanties d'assurance que des garanties de paiement.

417. Lien entre les conditions de la garantie et le droit commun. Quels enseignements tirer de cet ensemble de règles ? La faute ne joue à peu près aucun rôle dans la garantie, mais les causes d'exonération du garant ne sont pas inexistantes. Le rôle joué par la force majeure dans les conditions de la garantie est ainsi assez varié. Les garanties de paiement laissent une prise plus importante à cette cause de libération du garant par accessoire, même si peu de règles générales n'apparaissent clairement. En revanche, certaines autres catégories de garanties semblent plus automatiques, ce qui correspond à leur caractère accessoire moins marqué. Les garanties du droit des contrats sont ainsi plus facilement mises en jeu, la force majeure ne pouvant être que rarement invoquée en pratique. Enfin, les garanties d'assurance sont les plus automatiques, à l'exception de celles qui s'apparentent à des garanties de paiement.

L'intensité de la garantie dépend de nombreux paramètres, notamment le degré d'accessoire de la garantie et le niveau de protection que l'on souhaite accorder au bénéficiaire. En toute hypothèse, la notion de garantie n'apparaît pas comme un facteur décisif au regard de son intensité, car les garanties obéissent à des règles disparates. Plus encore, ces règles ne sont pas toujours plus contraignantes que le droit commun à l'égard du garant, et il n'est pas rare que le garant puisse exciper de la force majeure pour se libérer. Le caractère automatique de la garantie, souvent affirmé, doit donc être nuancé. Il ne concerne que certains de ces mécanismes. Il convient, à cet égard, de garder en mémoire que de nombreuses techniques de garantie sont en réalité issues du droit commun. C'est alors moins la sévérité de la garantie en elle-même que son adjonction au principal qui préserve les intérêts du bénéficiaire. Il en est tout autrement, bien sûr, lorsque le garant et le débiteur principal sont une seule et même personne, ou que le législateur ou le juge établit un régime dérogatoire, de façon à préserver certains intérêts dignes d'une protection particulière.

¹⁶⁰⁴ V. *supra*, n° 320.

Une autre illustration, peut-être plus parlante encore, de la subsistance du lien entre garantie et droit commun, est trouvée dans l'influence du comportement du bénéficiaire sur la garantie.

§2 : Influence du comportement du bénéficiaire sur la garantie.

Si la garantie présente parfois un caractère plus objectif que le droit commun, elle conserve toutefois une dimension subjective, qui se manifeste davantage du côté du créancier que du garant. En effet, le comportement du bénéficiaire peut généralement faire obstacle à la mise en jeu de la garantie (A). Le fondement de ces règles est toutefois variable, de sorte que la notion de garantie ne joue pas, jusqu'à présent, un rôle primordial en la matière (B).

A) Allègement du sort du garant en raison du comportement du bénéficiaire.

418. Rôle du fait de la victime dans les garanties du fait d'autrui. C'est dans les garanties du fait d'autrui que le fait de la victime joue le rôle le plus évident. Le responsable du fait d'autrui peut être partiellement exonéré par la faute de la victime, lorsqu'elle a concouru au dommage¹⁶⁰⁵. Il s'agit là d'une application pure et simple des règles de la responsabilité délictuelle, aucune dérogation ne résultant de la fonction de garantie de ces régimes de responsabilité. Il est vrai qu'un arrêt récent laisse place à l'incertitude à ce sujet¹⁶⁰⁶, mais sa portée demeure très incertaine. Le principe, en cas de faute de la victime, reste pour l'heure celui d'une exonération partielle du responsable, correspondant au rôle tenu par cette faute dans le dommage. Malgré le caractère parfois très objectif de ces responsabilités de plein droit, une place est toujours réservée à des considérations plus subjectives.

419. Rôle du fait de la victime dans les garanties du droit des contrats. Même si c'est au sein des garanties du fait d'autrui que le comportement du créancier est le plus visible, il est

¹⁶⁰⁵ En ce sens, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 789-23 et 789-27 concernant la responsabilité du fait d'autrui fondée sur l'article 1384, alinéa 1^{er} du Code civil ; *ibid.*, n° 834, s'agissant de celle, contractuelle, du fait d'autrui ; et concernant celle du commettant, G. DURRY, obs. sur Cass. crim., 27 mars 1973, *RTD civ.* 1973, p. 780. La jurisprudence s'est également prononcée en ce sens dans le cadre de la responsabilité parentale : Cass. civ. 2^{ème}, 29 avril 2004, *Bull. civ.* II, n° 202.

¹⁶⁰⁶ V. Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, *JCP* 2008, II, 10085, note P. GROSSER ; *D.* 2008, p. 1582, obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 2008, p. 312, obs. P. JOURDAIN. La Cour décide que la faute de la victime ne peut avoir pour effet d'exonérer partiellement la SNCF de sa responsabilité consécutive à un manquement à l'obligation de sécurité de résultat. Il reste que la portée de l'arrêt est très incertaine, la Cour de cassation manifestant bien souvent une rigueur particulière à l'encontre de la SNCF.

tout aussi lourd de conséquences dans d'autres catégories de garanties. Non seulement les garanties légales ne vont pas jusqu'à couvrir la force majeure, mais le comportement de la victime n'y est, de surcroît, pas indifférent. Si la connaissance du vice ou de l'éviction prend, chez le vendeur, une tournure très objective, elle conserve une importance indéniable du côté de l'acquéreur. Ainsi, celui-ci ne saurait se prévaloir d'un vice ou d'un trouble de fait connu de lui¹⁶⁰⁷.

Surtout, la faute de la victime n'est pas sans influence sur la réparation qu'elle est susceptible d'obtenir, même lorsqu'elle ne revêt pas les caractères de la force majeure. La faute ne découle pas uniquement de ce que l'acquéreur ne s'est pas rendu compte de l'existence du vice¹⁶⁰⁸, elle résulte aussi de l'accomplissement de manœuvres non conformes aux conditions d'emploi de la chose¹⁶⁰⁹ ou ayant contribué à la réalisation du dommage¹⁶¹⁰. Elle peut donner lieu à un partage de responsabilité. De même, la faute¹⁶¹¹ ou, plus généralement, l'immixtion¹⁶¹² du maître de l'ouvrage, est de nature à exonérer partiellement le constructeur immobilier, tout comme l'acceptation des risques par la victime¹⁶¹³.

420. Rôle du fait du créancier dans les garanties personnelles. Les garanties de paiement donnent lieu, dans l'ensemble, à des obligations moins automatiques que certaines autres garanties, car les exceptions opposables par le garant y sont plus nombreuses. Il n'est donc guère étonnant que le fait de la victime y joue souvent un rôle particulier. Ainsi, la caution peut se prévaloir, à l'encontre du créancier, de la perte par celui-ci d'un avantage qui aurait pu

¹⁶⁰⁷ J. HUET, *op. cit.*, n° 11286, s'agissant de la garantie d'éviction et 11325 et s. s'agissant de la garantie des vices cachés dans la vente. L'acquéreur, selon les circonstances, est parfois tenu d'effectuer certaines vérifications (*op. cit.*, n° 11329). Comp., en matière de garantie de conformité, l'article L. 211-8 du Code de la consommation : l'acquéreur « ne peut cependant contester la conformité en invoquant un défaut qu'il connaissait ou qu'il ne pouvait ignorer lorsqu'il a contracté ».

¹⁶⁰⁸ Cass. com., 4 novembre 1970, *D.* 1971, p. 188 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juillet 1985, *Bull. civ.* I, n° 210. V. toutefois, sur l'étendue du devoir de l'acquéreur de procéder aux vérifications adéquates, Cass. AP, 27 octobre 2006, *Bull. civ. Ass. plén.*, n° 13 ; *JCP N* 2007, p. 1101, obs. L. LEVENEUR ; *Defrénois* 2007, p. 431, note Y. DAGORNE-LABBE : les juges attendent simplement de lui qu'il se comporte en « acheteur normalement avisé » et n'a pas à se faire assister par un expert lorsqu'il achète une chose complexe.

¹⁶⁰⁹ Cass. civ. 2^{ème}, 26 mars 1985, *Bull. civ.* II, n° 79.

¹⁶¹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 1962, *Bull. civ.* I, n° 174 ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 mars 2000, *Bull. civ.* I, n° 7 ; CA Lyon, 26 février 1962, *Gaz. Pal.* 1962, 1, p. 401.

¹⁶¹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 18 juin 1997, *Bull. civ.* III, n° 149 ; *RTD civ.* 1997, obs. P.-Y. GAUTIER. En résulte un partage de responsabilité.

¹⁶¹² Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, *op. cit.*, n° 104 et s. ; Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 4583 et s. V., pour des illustrations d'immixtion, Cass. civ. 3^{ème}, 3 février 1972, *Bull. civ.* III, n° 73 ; Cass. civ. 3^{ème}, 7 mars 1990, *Bull. civ.* III, n° 70.

¹⁶¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 21 janvier 1997, *Rev. dr. immo.* 1997, p. 240, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; Cass. civ. 3^{ème}, 12 février 1997, *Rev. dr. immo.* 1997, p. 240, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; Cass. civ. 3^{ème}, 9 juin 1999, *Bull. civ.* III, n° 132 ; *Defrénois* 1999, p. 1136, obs. H. PERINET-MARQUET ; *Rev. dr. immo.* 1999, p. 410, obs. Ph. MALINVAUD ; Cass. civ. 3^{ème}, 15 décembre 2004, *Bull. civ.* III, n° 235 ; *Rev. dr. immo.* 2005, p. 95, note G. LEGUAY.

lui bénéficiaire à l'occasion de son recours subrogatoire. La sanction de ce bénéficiaire de subrogation est sévère pour le créancier, puisqu'il s'agit de la déchéance, partielle ou totale selon l'importance du droit perdu de son fait, de ses droits contre la caution. La jurisprudence se montre, quant à elle, sévère à l'encontre des créanciers, en considérant qu'ils doivent tenir compte des intérêts de la caution au moment d'exercer ce qui n'est pour eux qu'une simple faculté¹⁶¹⁴. Par ailleurs, le créancier peut également être déchu de certains droits lorsqu'il ne satisfait pas à ses obligations d'information à l'égard de la caution¹⁶¹⁵. Ces obligations d'information tendent même à se multiplier, augmentant corrélativement les obligations du créancier, même si les juges se montrent soucieux de ne pas entraver l'efficacité de la garantie¹⁶¹⁶.

Le fait du créancier n'est pas non plus inconnu de garanties personnelles plus autonomes et rigoureuses que le cautionnement. Ainsi, le garant autonome ne peut appeler la garantie lorsqu'il se rend coupable d'une fraude ou d'un abus de droit, à condition que cet abus présente un caractère manifeste¹⁶¹⁷. Cette réserve devrait être étendue à la délégation imparfaite, lorsque la dette du délégué n'est pas déterminée en référence à celle du délégant.

421. Rôle du comportement de la victime dans l'assurance. Même l'assurance, qui figure parmi les garanties les plus imperméables aux causes d'exonération du garant, laisse une place au fait de la victime. Le caractère relativement automatique de cette garantie ne doit pas être synonyme d'impunité de l'assuré¹⁶¹⁸. Il est bien évident que l'inexécution de l'obligation principale de paiement des primes a pour effet la résiliation du contrat d'assurance et, partant,

¹⁶¹⁴ Cass. ch. mixte, 17 novembre 2006, *D.* 2006, p. 2907, note V. AVENA-ROBARDET ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2007, *D.* 2007, p. 1572, note D. HOUTCIEFF.

¹⁶¹⁵ Ainsi, l'article L. 313-22 du Code monétaire et financier prévoit la déchéance des intérêts échus depuis la dernière information donnée à la caution, lorsque le créancier omet de l'informer de l'évolution de la dette principale. La même sanction est formulée par l'article 47-II, alinéa 2 de la loi du 11 février 1994. Les articles L. 341-6 du Code de la consommation et 2293, alinéa 2 du Code civil, établissent une sanction plus sévère encore puisque le créancier est déchu des « pénalités ou intérêts de retard », ou encore de « tous les intérêts de la dette, frais et pénalités ».

¹⁶¹⁶ V. notamment Cass. com., 8 janvier 2008, *RDC* 2008, p. 422, obs. D. HOUTCIEFF ; *Dr. et patr.* octobre 2008, p. 91, obs. L. AYNES et Ph. DUPICHOT ; *RTD civ.* 2008, p. 328, obs. P. CROCQ ; *RTD com.* 2008, p. 405, obs. D. LEGEAIS. La Cour de cassation énonce que « ni la bonne foi devant régir les relations entre la banque et la caution, ni le devoir d'information », n'imposent à une banque d'avertir un ancien dirigeant, en sa qualité de caution, de l'octroi d'un nouveau prêt à la société débitrice.

¹⁶¹⁷ V. *supra*, n° 295.

¹⁶¹⁸ A. BESSON, « Le contrat d'assurance et la morale », *Etudes offertes à G. RIPERT*, t. II, LGDJ, 1950, p. 178 et s. ; G. DURRY ; « La place de la morale dans le droit du contrat d'assurance », *Risques* 1994, n° 18, p. 47 et s. *Adde*, en droit anglais, les propositions émises en mai 2007 par les « English and Scottish Law Commissions » en vue d'une réforme du droit des assurances : un accent particulier est placé sur la bonne foi. V., sur cette question, R. MERKIN et J. LOWRY, « Reconstructing Insurance Law : the Law Commissions Consultation Paper », *Modern Law Review*, January 2008, vol. 11, n° 1, p. 95 et s.

l'interruption de la couverture du risque¹⁶¹⁹. Mais surtout, on note de nombreuses illustrations de l'exigence d'un comportement exempt de tout reproche de la part de l'assuré. Au-delà de l'application au contrat d'assurance d'instruments de justice commutative issus du droit commun¹⁶²⁰, le droit des assurances connaît plusieurs mécanismes particuliers inspirés par une idée de protection du garant lorsqu'il se trouve dans une situation de faiblesse. Ainsi, il revient à l'assuré de renseigner le plus précisément possible son cocontractant par une déclaration des risques, de sorte qu'il puisse appréhender exactement le risque placé à sa charge¹⁶²¹. Les mêmes motifs expliquent que la faute intentionnelle ne puisse être assurée¹⁶²². Enfin, comme la caution, l'assureur peut se prévaloir de l'impossibilité pour lui d'exercer son recours subrogatoire en raison du comportement de l'assuré¹⁶²³.

422. Rôle du comportement de la victime et fonds de garantie. De même, si les fonds de garantie ont pour vocation d'assurer la plus large indemnisation possible à certaines catégories de victimes, dans des circonstances où la responsabilité et l'assurance ne suffisent plus, cela ne signifie pas qu'ils excluent systématiquement toute influence du comportement de la victime. Ainsi, les victimes d'infractions peuvent se voir opposer leur faute¹⁶²⁴, non seulement lorsqu'elles ont intentionnellement participé à la réalisation du préjudice¹⁶²⁵, mais également lorsqu'elles ont provoqué l'auteur du dommage¹⁶²⁶, participé à des activités délictueuses¹⁶²⁷ ou même simplement accepté un risque excessif¹⁶²⁸. La jurisprudence se

¹⁶¹⁹ L'assureur peut le faire dans les conditions prévues par l'article L. 113-3 du Code des assurances. V. toutefois, sur la renonciation de l'assureur à la faculté de résilier le contrat en de telles circonstances, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 908.

¹⁶²⁰ J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 340.

¹⁶²¹ V. l'article L. 113-2 du Code des assurances. Ces dispositions se ramènent à une exigence d'information et de bonne foi de l'assuré vis-à-vis de son garant. Les sanctions fulminées par les articles L. 113-8 et L. 113-9 du Code des assurances sont la nullité du contrat, lorsque l'omission ou l'inexactitude dans la déclaration du risque est intentionnelle, et la résiliation et la réduction des primes dans le cas contraire.

¹⁶²² M. PICARD et A. BESSON, *op. cit.*, n° 66 ; *contra* J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 1129 et s. Du reste, aucun risque ne serait couvert par la garantie, en ce sens que le sort du contrat dépendrait d'un comportement volontaire de l'assuré. Cette prohibition est donc logique.

¹⁶²³ L'article L. 121-12, alinéa 2 du Code des assurances prévoit ainsi que « l'assureur peut être déchargé, en tout ou partie, de sa responsabilité envers l'assuré, quand la subrogation ne peut plus, par le fait de l'assuré, s'opérer en faveur de l'assureur. »

¹⁶²⁴ Article 706-3 du Code de procédure pénale.

¹⁶²⁵ Cass. civ. 2^{ème}, 19 octobre 1994, *Dr. pénal* 1995, comm. n° 28, obs. A. MARON.

¹⁶²⁶ Cass. civ. 2^{ème}, 25 mai 1994, *Bull. civ. II*, n° 140 ; Cass. civ. 2^{ème}, 11 avril 2002, *Bull. civ. II*, n° 77.

¹⁶²⁷ Cass. civ. 2^{ème}, 18 juin 1997, *Bull. civ. II*, n° 192 ; Cass. civ. 2^{ème}, 9 décembre 1999, *Resp. civ. assur.* 2000, comm. n° 84 ; Cass. civ. 2^{ème}, 20 avril 2000, *Bull. civ. II*, n° 64 ; Cass. civ. 2^{ème}, 13 décembre 2001, *Bull. civ. II*, n° 193.

¹⁶²⁸ Cass. civ. 2^{ème}, 16 mars 1994, *Bull. civ. II*, n° 93 ; Cass. civ. 2^{ème}, 4 juillet 2002, *Bull. civ. II*, n° 155.

montre donc assez sévère envers les victimes¹⁶²⁹. La prise en compte de l'acceptation des risques, pourtant, est parfaitement justifiée : le transfert de risque n'a pas pu s'opérer en raison de l'acceptation par la victime d'une exposition à un risque inconsidéré, de sorte que la garantie n'est pas due par le fonds.

Ainsi, on ne trouve guère de garanties dont le régime soit parfaitement objectif et ne tienne pas compte du comportement des parties, notamment du bénéficiaire. Cela vient une fois de plus nuancer le constat de l'automaticité de la garantie. Pour conserver la sécurité offerte par le garant, le bénéficiaire se doit d'adopter une attitude irréprochable et de tenir compte des intérêts du garant. Il reste à déterminer si la notion de garantie peut jouer un rôle dans l'équilibre recherché entre la protection des intérêts garantis et les droits du garant.

B) Notion de garantie et unité d'effets du comportement du bénéficiaire.

423. Large application du droit commun. Même si la grande majorité des garanties donne lieu à une sanction du comportement du bénéficiaire, ce n'est apparemment pas la notion de garantie qui détermine les règles en la matière. Les règles applicables dépendent bien souvent de paramètres tels que la qualité des parties. Les obligations d'information du créancier à l'égard de la caution diffèrent ainsi selon ce critère¹⁶³⁰. De même, la connaissance du vice par le créancier, qui fait obstacle à l'engagement de la garantie, est appréciée différemment selon la qualité de professionnel ou de consommateur¹⁶³¹. Ces paramètres ne dépendent pas de la notion de garantie, mais de considérations de fait, pas méconnues, d'ailleurs, du droit commun des obligations¹⁶³².

De plus, la sanction du comportement du bénéficiaire fait l'objet d'une appréciation différente selon les garanties. Ainsi, parmi les garanties de paiement, les déchéances associées aux obligations d'information et au bénéfice de subrogation sont cantonnées au

¹⁶²⁹ V., pour une étude des solutions retenues par les juges et les CIVI, A. SCHNEIDER, « La faute de la victime devant la CIVI », *D.* 2003, p. 1185 et s. ; *adde*, cependant, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 752.

¹⁶³⁰ Il est vrai que la distinction entre la caution intégrée et celle qui ne l'est pas revêt un caractère très relatif. Des auteurs ont montré la différence de philosophie entre la loi et la jurisprudence concernant l'application du principe de proportionnalité et de l'obligation d'information : D. LEGAIS, « La caution dirigeante », *Mélanges B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 599 et s. ; P. CROCQ, « Droit des sûretés », *D.* 2008, panorama, préc., spéc. p. 2107 et s. V. également, en faveur d'une systématisation de la distinction entre consommateurs et professionnels, s'agissant de la caution, D. LEGAIS, « Perspectives d'évolution du cautionnement », *Dr. et patr.* octobre 2008, p. 46 et s., spéc. p. 47 et s.

¹⁶³¹ Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 6090 et s., s'agissant de la garantie des vices cachés dans la vente.

¹⁶³² Il n'est qu'à songer au champ d'application *ratione personae* de la prohibition des clauses abusives, laquelle n'est pas liée à la garantie.

cautionnement, les autres garanties personnelles ne prévoyant pas de telles mesures. Même le cautionnement donne lieu à des solutions particulièrement éclatées.

424. Possibilité d'une unification dans la prise en compte du comportement du bénéficiaire. La notion de garantie pourrait, toutefois, jouer un rôle dans l'unification des règles en la matière. Il est en effet concevable, au sein d'une même catégorie de garanties, que le comportement du bénéficiaire soit apprécié à l'identique, car cette question dépend, moins du mécanisme propre à chaque garantie, que de l'équilibre à trouver entre les intérêts en présence et, donc, des limites posées à la protection du garant. Ainsi, on comprend difficilement que le créancier puisse adopter, dans le cadre de certaines garanties de paiement, un comportement qui serait sanctionné d'une déchéance de ses droits si une autre garantie avait été utilisée. Il ne devrait pouvoir utiliser une autre garantie pour éluder son devoir de tenir compte des intérêts du garant, surtout lorsque la charge définitive de la dette ne pèse pas sur celui-ci. Une généralisation semble donc possible¹⁶³³, en raison de la fonction voisine occupée par les différentes garanties personnelles. Elle pourrait même être étendue à toutes les garanties données par des tiers à la relation principale, ainsi qu'aux garanties réelles. Serait alors sanctionné, dans une vision plus subjective de ces garanties, le comportement du créancier en cas d'abus dans la réalisation de la sûreté ou de disproportion entre l'assiette de la sûreté et le montant de l'obligation garantie¹⁶³⁴. La sûreté réelle pour autrui se prête notamment à une telle extension de l'appréciation du comportement du créancier, en raison de la proximité de ce mécanisme avec le cautionnement. Dans les deux cas, en effet, le garant subit les conséquences de la défaillance du débiteur principal, les uniques différences résultant de l'étendue de l'engagement. La Cour de cassation, qui refuse d'étendre à la sûreté

¹⁶³³ V. sur ce point les propositions de M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 851 et s. Un cantonnement de ces solutions dans des proportions raisonnables serait nécessaire, afin de réaliser un équilibre entre la protection de la partie faible et la fonction de garantie. Il est paradoxal, à cet égard, que l'unité de régime commandée par la notion de garantie ne concerne que la sanction du comportement du créancier, alors que la garantie est avant tout caractérisée par la protection de ses intérêts.

¹⁶³⁴ V., en faveur d'une exigence de proportionnalité dans les sûretés réelles, M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 41 ; J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 452. Il est vrai que l'article 22 de la loi du 9 juillet 1991 relative aux procédures civiles d'exécution permet un contrôle de la proportionnalité des sûretés réelles par rapport à la dette garantie : l'exécution « ne peut excéder ce qui se révèle nécessaire pour obtenir le paiement de l'obligation ». L'article L. 650-1 du Code de commerce réserve la responsabilité du créancier lorsque les garanties prises en contrepartie du concours offert au débiteur sont disproportionnées à celui-ci. *Adde*, sur l'abus dans la constitution ou la réalisation de la sûreté, J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 194 et s.

réelle pour autrui le principe de proportionnalité gouvernant le cautionnement¹⁶³⁵, ne semble pourtant pas se diriger en ce sens. Critiquable, la solution va à l'encontre de l'unité des garanties alors qu'elle semble possible sur cette question, comme le suggère le rapprochement du cautionnement et de l'assurance concernant le bénéfice de subrogation¹⁶³⁶.

Une même unification pourrait concerner plusieurs catégories de garanties. Ainsi, il est logique que les garanties du droit des contrats, qui poursuivent un même objectif d'effet utile de l'obligation de délivrance, donnent lieu à une même appréciation du comportement du créancier, même si la qualité des parties doit nécessairement être tenue en considération. Enfin, la faute de la victime doit faire l'objet d'une appréciation indifférenciée entre les différents régimes de responsabilité du fait d'autrui, pour lesquels une unification des conditions de la responsabilité apparaît souhaitable. Il est donc permis d'espérer que les doutes planant sur le rôle exonératoire de cette faute¹⁶³⁷ se dissipent rapidement.

425. Conclusion de la Section 1. L'étude de l'intensité des garanties mène à plusieurs constats. D'abord, il ne semble pas que les garanties puissent en général être qualifiées d'obligations de résultat renforcées. Cette idée, particulièrement répandue en droit des contrats, ne résiste pas à un examen plus poussé.

D'abord, la garantie ne donne pas nécessairement lieu à une obligation. Ensuite, lorsqu'une obligation de règlement apparaît, elle n'est pas toujours plus sévère qu'en droit commun. Les règles gouvernant son exécution sont celles du droit commun. Si le garant peut difficilement échapper à son obligation de règlement, c'est surtout parce que la force majeure n'exerce en général qu'une influence négligeable sur les obligations de somme d'argent. Quant aux conditions d'engagement de la garantie, elles varient en fonction de la technique employée aux fins de garantie, ainsi que de l'importance accordée à la protection de certains types de victimes, considération résultant de la seule politique juridique. Les garants d'indemnisation et d'assurance sont, certes, tenus plus sévèrement qu'en droit commun, au

¹⁶³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 7 mai 2008, *RLDC* juin 2008, p. 33, obs. G. MARRAUD DES GROTTES ; *D.* 2008, p. 2036, obs. S. PIEDELIEVRE ; *adde*, M.-E. MATHIEU, « Bref propos sur la disparition du cautionnement hypothécaire », *Rev. dr. banc. fin.* 2008, étude n° 15.

¹⁶³⁶ Le texte de l'article L. 121-12 du Code des assurances, dont la formulation est très proche de celle de l'article 2314 du Code civil, autorise ce rapprochement. Cette exception de subrogation est rendue d'autant plus nécessaire que l'assureur ne dispose que d'un recours subrogatoire, et non de recours personnels. La sanction édictée, c'est-à-dire la décharge partielle ou totale du garant, est d'ailleurs identique. Par analogie avec la situation de la caution, l'exception de subrogation devrait être entendue largement en faveur de l'assureur.

¹⁶³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 2008, préc.

point que les conséquences du cas fortuit sont parfois mises à la charge du garant, mais il ne s'agit pas là d'une règle générale fondée sur la notion de garantie.

Envisagée du côté du bénéficiaire, la garantie n'apparaît pas davantage comme un mécanisme objectif et automatique. Nombreuses sont les sanctions attachées à un comportement fautif ou négligent du bénéficiaire, qui doit dans une certaine mesure tenir compte de la présence du garant et ne pas compromettre ses intérêts. Paradoxalement, c'est ce point qui semble dépendre le plus étroitement de la notion de garantie, parce qu'il est lié à une réflexion générale sur les rapports du bénéficiaire et du garant et à la place à accorder à leurs intérêts respectifs. Or, les règles ne sauraient varier considérablement au sein d'une même catégorie de garanties, même si une unification parfaite demeure inconcevable en raison de la diversité des mécanismes de garantie et des intérêts protégés.

Si la garantie n'est pas un mécanisme uniformément automatique et objectif, c'est aussi parce que les parties peuvent, dans une certaine mesure, la modeler.

Section 2 : Influence de la volonté des parties sur la garantie.

426. Allègement ou alourdissement des obligations du garant. Au-delà des causes d'exonération du garant, il est nécessaire, pour apprécier plus exactement l'intensité et l'efficacité de la garantie, de vérifier si les parties peuvent l'aménager à leur guise. La place accordée à la volonté des parties est double. Elles peuvent décider d'étendre la garantie légalement prévue et, de ce fait, de renforcer la protection du bénéficiaire au détriment de celle du garant. Au contraire, elles peuvent aussi réduire l'efficacité de la garantie en définissant plus strictement ses conditions de mise en œuvre. Surtout, la volonté des parties peut s'exprimer à plusieurs niveaux. Les parties peuvent chercher à influencer sur la qualification de la garantie, de façon à choisir le régime qui leur sied le mieux (§1), mais aussi à moduler le régime de la garantie sur laquelle s'est porté leur choix (§2). Il convient de vérifier si des règles unitaires peuvent être dégagées sur chacun de ces points, et si la notion de garantie exerce une influence.

§1 : Influence de la volonté des parties sur la qualification de la garantie.

La prise en compte de la notion de garantie quant à la qualification de la garantie devrait doublement mener à une limitation du pouvoir des parties. Si la garantie constitue un

mécanisme automatique, d'abord, il est logique que le rôle des parties soit réduit au strict minimum, et leur volonté encadrée. Ensuite, la prise en compte de circonstances de fait, telles que la volonté des parties, nuit nécessairement à l'unité de l'ensemble. Pourtant, si le choix de la volonté obéit à des règles impératives dans un certain nombre de domaines (A), cette règle fait l'objet d'exceptions importantes (B).

A) Encadrement de la volonté des parties dans la qualification de la garantie.

427. Liberté contractuelle et création de garanties personnelles. Instinctivement, on incline à penser que les parties jouissent d'une liberté de manœuvre assez étendue en matière de garanties personnelles de paiement, car la matière est gouvernée par le principe de liberté contractuelle¹⁶³⁸. Les contractants disposent toujours de la possibilité de créer de nouvelles figures. C'est la raison pour laquelle le cautionnement, sûreté personnelle la plus traditionnelle, est aujourd'hui concurrencé par d'autres sûretés dont le caractère accessoire très atténué permet d'éviter nombre de désagréments pour le créancier. Les parties peuvent convenir de créer des contrats innomés, qui seront parfois, ensuite, consacrés par le juge ou le législateur. C'est ainsi qu'est apparue en droit interne la garantie autonome, transposée à partir de la pratique du commerce international¹⁶³⁹, c'est encore ainsi que des contrats tels que le constitut et le cautionnement à première demande sont âprement défendus par certains auteurs à partir des enseignements du droit romain ou du droit comparé¹⁶⁴⁰. Par ailleurs, la créativité des parties peut les mener à détourner des mécanismes du droit commun des obligations et à les utiliser à des fins de garantie pour lesquelles ils se prêtent, sans toujours avoir été spécialement conçus à cet effet. Cela explique la fonction de garantie de la délégation imparfaite, de la solidarité, de l'action directe.

428. Limites au pouvoir créateur des parties. La volonté des parties n'est pourtant pas toute puissante en la matière. Comme nous l'avons vu, l'élaboration de nouvelles garanties

¹⁶³⁸ V., sur la source exclusivement contractuelle des garanties personnelles de paiement, P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 160 et s. ; L. AYNES, « Problèmes actuels des sûretés personnelles, Rapport français », art. préc, spéc. n° 6 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 24 et s. *Adde*, sur l'importance de la liberté contractuelle en matière de sûretés, P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les Sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984 p. 345 et s.

¹⁶³⁹ V., sur ses origines historiques, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 315.

¹⁶⁴⁰ V. notamment F. JACOB, *op. cit.*, favorable à une transposition du constitut, sûreté connue du droit romain, à l'époque actuelle ; D. LEGEAIS, *op. cit.*, n° 356 et s. ; *adde*, du même auteur, « Le cautionnement à première demande », *Mélanges en l'honneur de M. VASSEUR*, Banque, 2000, p. 87 et s., en faveur d'une transposition de la figure allemande du cautionnement à première demande en droit français.

personnelles ne répond souvent qu'au désir d'échapper aux vicissitudes attachées au cautionnement. D'un point de vue conceptuel, rien ne distingue le cautionnement d'une délégation imparfaite incertaine, dès lors que le garant s'engage à payer la dette du débiteur principal¹⁶⁴¹. Pourtant, le régime de ces deux garanties personnelles diffère en de nombreux points, notamment sur la question de l'opposabilité des exceptions¹⁶⁴², sans que ces divergences ne trouvent de véritables justifications. De même, on distingue mal le critère de distinction entre la délégation imparfaite certaine et la garantie autonome¹⁶⁴³. Quant au constitut ou au cautionnement à première demande, ils ne se caractérisent que par leur régime. Pour le reste, on comprend difficilement en quoi leur objet diffère de celui du cautionnement¹⁶⁴⁴.

En vérité, seuls quelques modèles de garanties personnelles sont concevables. Lorsque le garant et le débiteur sont tenus d'une obligation similaire, il s'agit d'un cautionnement ou d'un engagement en tant que codébiteur solidaire, en fonction du degré d'accessoire de la garantie. Lorsque le garant est tenu d'une dette propre, la garantie est autonome. Si, enfin, la dette se mesure au préjudice souffert par le créancier, la qualification de garantie indemnitaire s'impose. Mais l'établissement d'une garantie parfaitement autonome, c'est-à-dire déconnectée du contrat de base, est inenvisageable, non seulement parce que le droit français, contrairement au droit allemand, par exemple, ne connaît pas les actes abstraits¹⁶⁴⁵, mais aussi en raison du critère fonctionnel de la garantie¹⁶⁴⁶. Toute garantie de paiement a pour vocation de protéger le créancier contre le risque d'impayé, si bien que demeure nécessairement un lien, aussi ténu soit-il, entre la garantie et l'obligation principale. Il serait, du reste, contraire à toute justice commutative que le créancier obtienne un double paiement injustifié ou, au contraire, que le débiteur supporte deux fois la charge de la dette. Ces considérations sont à la source de l'ambiguïté relevée par certains auteurs à propos de la garantie indépendante¹⁶⁴⁷.

¹⁶⁴¹ Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 368.

¹⁶⁴² V. *supra*, n° 108, sur les rapports entre délégation imparfaite et cautionnement.

¹⁶⁴³ Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 367.

¹⁶⁴⁴ Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 353 et s. et n° 454 ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 319, note 2, concernant le constitut ; L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 123 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 324 et s. concernant le cautionnement à première demande.

¹⁶⁴⁵ P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 4. L'auteur estime en revanche qu'une reconnaissance de cette catégorie d'actes en droit français ne serait pas inconcevable, l'acte abstrait étant différent de l'acte dépourvu de cause.

¹⁶⁴⁶ M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 477 ; P. CROCQ, « L'évolution des garanties du paiement : de la diversité à l'unité », art. préc., n° 7 et s.

¹⁶⁴⁷ Ph. THERY, *op. cit.*, n° 114 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 399.

En conséquence, la plupart des techniques créées par les parties se ramènent plus ou moins à l'un ou l'autre de ces modèles. Il n'existe guère de place pour un schéma intermédiaire, surtout que les régimes juridiques du cautionnement et de la garantie autonome, sans évidemment parvenir à une identité, sont marqués par une ébauche de rapprochement. L'opposabilité des exceptions associée au cautionnement n'est plus absolue, alors que le garant autonome et le donneur d'ordre ne sont pas entièrement dépourvus de recours contre le bénéficiaire de la garantie. De même, les contraintes découlant de la procédure collective du débiteur ou de son régime matrimonial touchent aujourd'hui autant le bénéficiaire d'un cautionnement que d'une garantie autonome. Ainsi, peu de garanties personnelles ne devraient échapper à l'alternative entre sûreté accessoire ou autonome.

429. Contrôle de la qualification des garanties personnelles. Tous ces facteurs plaident en faveur d'une séparation stricte entre cautionnement et garantie autonome, et d'une limitation du pouvoir créateur des parties¹⁶⁴⁸. La jurisprudence suit dans l'ensemble cette tendance. Elle distingue en effet les garanties personnelles de paiement en fonction de leur objet : la caution se substitue au débiteur principal tandis que le garant autonome paie une dette propre¹⁶⁴⁹. Quant aux autres garanties innommées, tels le constitut et le cautionnement à première demande, leur existence n'a jamais été véritablement reconnue par les juges¹⁶⁵⁰.

430. Contrôle de la qualification des garanties réelles. Les garanties réelles sont traditionnellement réputées offrir une marge de manœuvre réduite aux parties, en raison du caractère très impératif des règles qui les gouvernent. Les sûretés réelles, qui ne sont que des

¹⁶⁴⁸ V. également, favorables à un tel schéma directeur des garanties personnelles, D. LEGEAIS, « Perspectives d'évolution du cautionnement, art. préc., spéc. p. 47 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 472. L'auteur plaide même en faveur d'un *numerus clausus* des garanties personnelles de substitution au cautionnement. Adde, R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc., n° 12 et s. Comme le montre cet auteur, la pratique semble déjà avoir pris la mesure des moyens de garantir un engagement, les nouvelles figures imaginées ne constituant que des variantes. Plus nuancés : L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 319.

¹⁶⁴⁹ V. notamment Cass. com., 13 décembre 1994, préc. Il s'agit de l'arrêt fondateur de la jurisprudence aujourd'hui traditionnelle distinguant cautionnement et garantie autonome à partir du critère de l'objet de la dette du garant. Adde, Cass. civ. 1^{ère}, 13 mars 1996, *JCP* 1997, I, 3991, n° 11, obs. Ph. SIMLER ; Cass. com., 11 mars 1997, *Bull. civ.* IV, n° 67 ; *RTD com.* 1997, p. 302, obs. M. CABRILLAC ; Cass. com., 9 décembre 1997, *JCP E* 1999, p. 764, obs. Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET ; *Rev. dr. banc. bourse* 1998, p. 66, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1999, *Bull. civ.* I, n° 64 ; *JCP* 1999, I, 156, n° 6, obs. Ph. SIMLER ; *ibid.*, II, note C. GINESTET ; *RTD com.* 1999, p. 480, obs. M. CABRILLAC ; *Rev. dr. banc. bourse* 1999, p. 102, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *Banque et dr.* mai-juin 1999, p. 40, obs. F. JACOB ; Cass. com., 5 juin 2002, *D.* 2002, somm. p. 3333, obs. L. AYNES ; *Rev. dr. banc. fin.* 2002, comm. n° 183, obs. A. CERLES ; *Banque et dr.* janvier-février 2003, p. 53, obs. A. PRÜM.

¹⁶⁵⁰ V., s'agissant du constitut, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 355 ; adde, toutefois L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 319, note 2, *in fine* : les auteurs citent sans grande conviction un arrêt pouvant être interprété comme une illustration de l'existence du constitut (Cass. com., 7 octobre 1997, *Bull. civ.* IV, n° 242).

droits réels accessoires à une créance principale, ne pourraient être établies que par la loi. A l'inverse des sûretés personnelles, qui laissent la créativité des opérateurs libre de s'exprimer, les sûretés réelles s'imposent à eux sans leur laisser la moindre possibilité d'influer sur la qualification.

Effectivement, plusieurs solutions récentes montrent que le juge limite les prérogatives des parties dans la qualification de ces garanties. La Cour de cassation s'est dernièrement opposée à la reconnaissance de la cession de créance de droit commun à titre de garantie¹⁶⁵¹, refusant de ce fait la généralisation de la solution admise par la loi du 2 janvier 1981 en matière de créances professionnelles. La garantie est requalifiée en nantissement de créances. La solution est assez malvenue, car elle prive, sans véritable justification, le créancier d'une garantie des plus efficaces¹⁶⁵². L'instauration de la fiducie n'a remédié qu'en partie au problème¹⁶⁵³, car cette nouvelle sûreté ne peut être consentie qu'à des conditions pour le moment très restrictives¹⁶⁵⁴, même si le législateur apparaît désireux d'accroître son attractivité¹⁶⁵⁵. La décision de la Cour de cassation, qui va à l'encontre de l'accroissement de la place laissée à la liberté contractuelle¹⁶⁵⁶, est de nature à décevoir les créanciers, en raison de la moindre efficacité du nantissement de créances : le créancier nanti, qui ne bénéficie pas de la propriété sur les créances de son propre débiteur, doit donc subir le concours des autres créanciers sur la créance¹⁶⁵⁷. Néanmoins, elle tend à montrer la limitation du pouvoir des parties dans la qualification de la garantie.

Une autre limite à leur pouvoir créateur réside dans la qualification des sûretés sur sommes d'argent. Avant la réforme des sûretés du 23 mars 2006, la Cour de cassation

¹⁶⁵¹ Cass. com., 19 décembre 2006, *D.* 2007, p. 344, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 2007, p. 160, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 2007, p. 1131, rapp. M. COHEN-BRANCHE, note D. LEGAIS ; *Deffrénois* 2007, p. 448, obs. E. SAVAUX ; *adde*, R. DAMMANN et G. PODEUR, « Cessions de créances à titre de garantie : la révolution n'a pas eu lieu », *D.* 2007, p. 319.

¹⁶⁵² V., sur la fréquence dans la pratique des cessions de créances à titre de garantie, P. CROCQ, obs. préc. sous Cass. com., 19 décembre 2006, spéc. p. 163.

¹⁶⁵³ J.-F. ADELLE, « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie du droit commun ? », *Rev. dr. banc. fin.* 2007, étude n° 5.

¹⁶⁵⁴ V., pour un exposé des inconvénients attachés à la fiducie issue de la loi du 19 février 2007, P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354 ; *adde* Ch. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *D.* 2007, p. 1350, n° 13 : l'auteur estime que « la fiducie de la loi de 2007 ne présente pratiquement aucun intérêt en ce qui concerne la fiducie-sûreté ».

¹⁶⁵⁵ Ainsi, la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008 élargit la possibilité du recours à la fiducie, en ouvrant notamment aux personnes physiques la possibilité d'y recourir : v., sur ces dispositions, R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », art. préc., spéc. n° 2301 et s.

¹⁶⁵⁶ P. CROCQ, obs. préc. sous Cass. com., 19 décembre 2006, spéc. p. 164.

¹⁶⁵⁷ V. également, sur les conséquences attachées à la qualification de nantissement, J.-F. ADELLE, « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie du droit commun ? », art. préc., n° 4 ; E. SAVAUX, obs. préc. sous Cass. com., 19 décembre 2006.

admettait, conformément à une analyse préconisée par certains auteurs¹⁶⁵⁸, que les parties puissent procéder à une sûreté fiduciaire sur somme d'argent en prévoyant des sommes sur un compte ouvert au nom du créancier¹⁶⁵⁹. Lorsque les sommes, au contraire, demeuraient individualisées sur un compte ouvert à celui du constituant, c'est la qualification de gage qui était retenue¹⁶⁶⁰. Mais la réforme pourrait avoir remis en cause ces solutions. Certes, le législateur semble à première vue avoir pris acte des solutions antérieurement dégagées par les juges puisque, selon l'article 2341 du Code civil, la remise est translatrice de propriété si le créancier n'a pas à tenir les sommes séparées de celles lui appartenant. Mais en l'absence de précision du texte à cet égard, il est possible de penser que le gage translatif de propriété revient dans le giron du gage, ce qui aurait pour effet de le soumettre aux règles le gouvernant, notamment la rédaction d'un écrit¹⁶⁶¹. Singulière en raison de l'amalgame réalisé entre gage et propriété fiduciaire¹⁶⁶², la solution conduit surtout à encadrer l'activité des parties, qui ne peuvent plus prévoir de gage-espèces translatif de propriété sans satisfaire aux formalités du gage.

431. Contrôle de la qualification des garanties indemnitaires. A première vue, les garanties indemnitaires, parfois créées par la pratique et qui se voient appliquer le droit commun des obligations, semblent régies par la liberté contractuelle. Pourtant, ce pressentiment n'est qu'en partie justifié. La liberté des parties est parfois bridée par les juges dans leur exercice de qualification de la garantie. Outre une obligation comportementale de

¹⁶⁵⁸ M. CABRILLAC, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », *Mélanges offerts à J. Derruppé*, GLN Joly éd. et Litec, 1991, p. 333 et s. ; D. BUREAU, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Dr. et patr.* décembre 1999, p. 22 et s. ; *contra* D. R. MARTIN, « Du gage-espèces », *D.* 2007, p. 2556, n° 8 et s. ; comp., en droit anglais, la distinction entre *mortgage* et *charge* : M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais », *Rev. dr. banc. fin.* 2006, étude n° 5.

¹⁶⁵⁹ Cass. com., 3 juin 1997, *D.* 1998, p. 61, note J. FRANÇOIS ; *RTD com.* 1997, p. 663, obs. M. CABRILLAC ; *ibid.*, p. 686, obs. A. MARTIN-SERF ; *JCP* 1997, II, 22891, rapp. J.-P. REMERY. Une compensation se produisait ensuite entre la dette principale et l'obligation de restitution du créancier.

¹⁶⁶⁰ Cass. com., 23 avril 2003, *JCP* 2003, II, 10140, note D. SCHMIDT et M. DELESPAUL ; *ibid.*, I, 176, n° 19, obs. Ph. DELEBECQUE ; *Rev. dr. banc. fin.* 2003, comm. n° 190, obs. A. CERLES. La Cour de cassation affirmait par cet arrêt l'exigence d'un écrit ayant date certaine pour que la sûreté soit opposable aux tiers, en vertu de l'ancien article 2074 du Code civil. En revanche, il semble que le pacte commissoire était autorisé par les juges dans ces circonstances : Cass. com., 9 avril 1996, *D.* 1996, p. 399, note Ch. LARROUMET ; *RTD civ.* 1996, p. 669, obs. P. CROCQ ; *JCP E* 1996, p. 583, obs. P. BOUTEILLER.

¹⁶⁶¹ En ce sens, M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 772 ; S. BROS, « Le gage-espèces », *Dr. et patr.* juillet.-août 2007, p. 77 et s., spéc. p. 80, *in fine* ; plus dubitatifs, L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 505 ; M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *op. cit.*, n° 1663.

¹⁶⁶² M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.*, n° 772. Comme le remarquent les auteurs, la singularité de la situation apparaît surtout au dénouement de l'opération : l'utilisation de la propriété permet au créancier de bénéficier d'un gage affecté d'une exclusivité, et échappe à la prohibition du pacte commissoire en cas de procédure collective du constituant. *Adde*, sur cette distorsion entre propriétés-garanties et sûretés réelles traditionnelles, P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », art. préc., n° 8.

moyens ou de résultat¹⁶⁶³, la lettre d'intention peut faire naître, soit un simple engagement moral dépourvu de conséquences juridiques¹⁶⁶⁴, soit l'engagement de se substituer à la filiale en cas d'inexécution par celle-ci de ses obligations. Dans cette dernière hypothèse, le critère de l'objet de la dette du garant, déjà sollicité pour distinguer les différentes garanties personnelles de paiement, a tous les motifs de s'appliquer. Les parties ne sauraient recourir à la lettre d'intention pour purement et simplement masquer un cautionnement¹⁶⁶⁵. Ainsi, chaque fois que l'émetteur de la lettre s'engage à se substituer au débiteur en cas de réalisation du risque d'impayé, la garantie sera requalifiée en cautionnement¹⁶⁶⁶. Difficile à mettre en œuvre en raison du flou entourant la rédaction de l'acte, le critère de l'objet de la dette est toutefois entièrement justifié, tout comme en matière de garanties personnelles, par le caractère fini de la catégorie des garanties personnelles¹⁶⁶⁷.

Ainsi, si les parties disposent d'une assez large liberté dans la définition de l'engagement du garant, elle est bornée par l'impossibilité d'échapper aux règles d'autres garanties personnelles. La qualification échappe donc aux parties.

432. Contrôle de la qualification des garanties du fait d'autrui et d'assurance. Les garanties du fait d'autrui et les garanties d'assurance n'appellent que peu de commentaires, tant il est évident que les parties ne peuvent participer à leur choix¹⁶⁶⁸, hormis en matière d'assurance dans la mesure où chaque type d'assurance protège un intérêt différent. On rappellera simplement que les assurances jouant un rôle de garantie de paiement ne devraient pas permettre aux parties de passer outre les règles protectrices associées à d'autres garanties personnelles. Ainsi, une assurance-cautionnement, qui ne présente aucune particularité vis-à-vis du cautionnement, devrait pouvoir être requalifiée comme tel par le juge¹⁶⁶⁹.

¹⁶⁶³ V. *supra*, n° 81, sur cette jurisprudence.

¹⁶⁶⁴ V., par exemple, CA Paris, 30 avril 1985, *Banque* 1985, p. 754, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; *RTD civ.* 1985, p. 730, obs. J. MESTRE.

¹⁶⁶⁵ V. les développements de Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 409 et s. L'auteur met en cause l'originalité des obligations satisfaites de résultat et les obligations de satisfaire à l'obligation du débiteur. En réalité, les seules lettres d'intention distinctes du cautionnement sont celles qui mettent à la charge du souscripteur une obligation distincte de l'exécution de l'obligation garantie ; autrement dit lui imposent d'adopter un comportement de nature à renforcer les chances d'exécution, sans pour autant qu'une certitude ne soit établie.

¹⁶⁶⁶ Cass. com., 21 décembre 1987, *Bull. civ.* IV, n° 281 ; *JCP* 1988, II, 21113, obs. M. MONTANIER ; *D.* 1989, p. 112, note J.-P. BRILL ; *Banque* 1988, p. 361, obs. J.-L. RIVES-LANGE ; *Rev. dr. banc. bourse* 1988, p. 101, obs. M. CONTAMINE-RAYNAUD ; *Rev. Soc.* 1988, p. 398, obs. H. SYNDET.

¹⁶⁶⁷ V. *supra*, n° 428.

¹⁶⁶⁸ Il est simplement parfois possible que plusieurs garanties viennent se cumuler, notamment l'indemnisation par un fonds de garantie et par un tiers payeur, assureur ou responsable. V. par exemple, sur les difficultés suscitées par le cumul entre l'indemnisation des victimes du VIH par le fonds de garantie et les règles de la responsabilité, Cass. AP, 6 juin 1997, préc. ; CE, 16 juin 1997, préc.

¹⁶⁶⁹ V., sur l'absence d'originalité de l'assurance-cautionnement par rapport au cautionnement, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 427 et s.

Cet encadrement de la volonté des parties, au stade de la qualification de la garantie, est toutefois loin d'être absolu. Il est affecté d'exceptions tellement importantes que la notion de garantie n'apparaît pas comme un facteur d'unification.

B) Exceptions à l'encadrement de la volonté des parties dans la qualification de la garantie.

433. Expression de la volonté des parties dans la qualification des garanties personnelles.

Seules, les garanties issues de mécanismes du droit commun des obligations permettent finalement aux parties d'échapper à la dichotomie des garanties personnelles. Il en est ainsi de la délégation imparfaite. Le principe d'inopposabilité des exceptions qui la caractérise permet au délégataire de bénéficier d'une garantie autonome, mais calquée sur la dette même du délégant, si bien que la délégation constitue une sorte d'hybride entre cautionnement et garantie à première demande. Cette solution, toutefois, devrait être remise en cause dans un souci d'unité de la catégorie des garanties de paiement. De même, le régime de la solidarité se situe à mi-chemin entre le cautionnement et la garantie autonome¹⁶⁷⁰, et celui de l'action directe varie selon les cas¹⁶⁷¹. Pour critiquables que soient parfois les solutions retenues en droit positif¹⁶⁷², les parties disposent donc d'une pluralité d'instruments dotés d'un régime différent pour réaliser l'opération de garantie, quand bien même leur marge de manœuvre serait moins étendue qu'il n'y paraît au premier abord.

434. Expression de la volonté des parties dans la qualification des garanties réelles. Les garanties réelles, quant à elles, connaissent un mouvement de diversification, et le rôle des parties y apparaît accru¹⁶⁷³. Hormis les privilèges¹⁶⁷⁴, les sûretés réelles ne sont pas exclusivement établies par la loi. Les parties recourent efficacement à la propriété aux fins de garantie. Parfois autorisées à le faire par le législateur, qui se trouve notamment à l'origine de

¹⁶⁷⁰ V., à cet égard, M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 174 et s. L'auteur estime que l'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette n'est ni accessoire, ni indépendant, car sa dette est à la fois propre et identique à celle de l'autre codébiteur. Cette conception est néanmoins critiquable : dès lors que la dette de la caution est simplement calquée sur la dette principale, la distinction entre cautionnement et solidarité s'estompe alors. *Adde*, pour une synthèse des points de concordance et de divergence entre le régime du cautionnement et de la solidarité passive, A. HONTEBEYRIE, *op. cit.*, n° 91 et s. V. toutefois, pour un rapprochement de ces deux mécanismes, M. MIGNOT, *op. cit.*, spéc. n° 604, qui se fonde sur la notion de garantie mutuelle pour expliquer la solidarité parfaite et imparfaite. Le codébiteur offre une garantie au créancier pour la part de la dette dont il n'est pas tenu définitivement.

¹⁶⁷¹ V. *supra*, n° 303.

¹⁶⁷² V. par exemple, pour une remise en cause de l'admission de l'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette, J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 461.

¹⁶⁷³ V., pour une étude d'ensemble, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 530 et s.

¹⁶⁷⁴ V. sur cette question J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, *op. cit.*, n° 237.

la cession de créances professionnelles à titre de garantie¹⁶⁷⁵ ou de la fiducie-sûreté¹⁶⁷⁶, elles ont parfois créé de nouvelles garanties, ensuite consacrées par le droit positif. Ainsi, l'utilisation de la propriété dans le cadre de la réserve de propriété et du crédit-bail résulte de la pratique, même si ces mécanismes sont aujourd'hui davantage réglementés¹⁶⁷⁷. De même, le droit de rétention, technique très originale au regard des sûretés réelles traditionnelles, s'est généralisé au fur et à mesure à partir de quelques textes épars¹⁶⁷⁸.

Ce phénomène montre que la liberté des parties de choisir leur garantie s'exprime peut-être autant, voire davantage, en matière de sûretés réelles que de sûretés personnelles. Tandis que les engagements personnels de garantie ne peuvent suivre que deux modèles principaux, sous réserve de quelques variations, les sûretés réelles peuvent emprunter différentes voies. Les droits réels accessoires se multiplient et peuvent être exploités par des moyens très variés. Mieux encore, ces nouvelles créations de la pratique paraissent plus efficaces encore que les sûretés réelles initiales, car leur mécanisme repose, soit sur la pression exercée sur le débiteur, soit sur l'exclusivité conférée au créancier, et non sur l'octroi d'un simple droit de préférence affecté par la présence d'autres créanciers et par l'ouverture d'une procédure collective¹⁶⁷⁹.

Ainsi, la qualification des sûretés réelles est dans une large mesure confiée aux parties, sans que le juge et le législateur ne posent de règles très impératives. Les cas des privilèges et de la fiducie n'apparaissent donc que comme des exceptions à un principe de liberté de création des parties.

435. Expression de la volonté des parties dans la qualification des garanties indemnitaires. Certaines garanties indemnitaires laissent subsister dans une large mesure la

¹⁶⁷⁵ Loi Dailly du 2 janvier 1981, aujourd'hui codifiée aux articles L. 313-23 et s. du Code monétaire et financier.

¹⁶⁷⁶ Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie, qui introduit les articles 2011 et s. du Code civil.

¹⁶⁷⁷ V., concernant la réserve de propriété, les articles 2367 et s. du Code civil et, s'agissant du crédit-bail, les articles L. 313-7 et s. du Code monétaire et financier, pour n'évoquer que les dispositions propres à ces figures.

¹⁶⁷⁸ Ce processus fut parachevé par la réforme du 23 mars 2006, qui a introduit des dispositions générales concernant le droit de rétention à l'article 2286 du Code civil.

¹⁶⁷⁹ En dehors du régime particulier attaché aux garanties fondées sur la propriété, les articles L. 622-7, alinéa 3 et L. 642-25, alinéa 1^{er} du Code de commerce accordent également un traitement de faveur aux créanciers rétenteurs ou titulaires d'un gage en leur permettant d'obtenir le paiement de la créance, même antérieure à la procédure, par le juge-commissaire ou le liquidateur en contrepartie de la remise de la chose. Les créanciers postérieurs ou salariés bénéficient également du paiement à l'échéance. Pour le reste, les créanciers munis de sûretés réelles voient leur marge de manœuvre se réduire, d'autant plus que les procédures collectives font obstacle à la conclusion ou la réalisation du pacte commissaire. Seule l'attribution judiciaire du gage est autorisée par l'article L. 642-25, alinéa 3 du Code de commerce en cas de liquidation judiciaire.

volonté individuelle. Il en est ainsi des sûretés négatives, marquées par la diversité¹⁶⁸⁰ et l'importante marge de manœuvre laissée aux parties¹⁶⁸¹, mais aussi et surtout de la promesse de porte-fort. Les parties peuvent utiliser cette technique pour échapper au régime du cautionnement. Elles sont autorisées à le faire par la jurisprudence contestable selon laquelle le porte-fort s'engage à se substituer au débiteur en cas d'inexécution de sa part¹⁶⁸². Cette solution fait l'objet de critiques nourries, certains auteurs comprenant difficilement une assimilation entre cautionnement et promesse de porte-fort¹⁶⁸³. Pourtant, il est des circonstances dans lesquelles l'engagement du porte-fort se rapproche de celui de la caution. Il en est ainsi lorsqu'il ne souscrit aucune obligation comportementale et se contente d'assurer l'indemnisation du préjudice. Seule, apparaît alors une obligation de payer, si bien que l'originalité de cette garantie par rapport au cautionnement apparaît très douteuse¹⁶⁸⁴. Si la solution de la Cour de cassation est critiquable, c'est donc au contraire parce qu'elle ne procède pas clairement à une requalification de la garantie en cautionnement.

La solution se trouve alors en opposition directe avec les grandes orientations prônées par la Cour de cassation en matière de garanties personnelles. Comment comprendre que les garanties autonomes et les lettres d'intention soient requalifiées en cautionnement lorsque le véritable engagement porte sur la dette principale, tandis que les promesses de porte-fort échappent à un tel sort ? Le raisonnement ne semble guère logique. Il permet aux parties, qui resteraient néanmoins soumises au principe de l'accessoire et à ses conséquences parfois malheureuses, d'exclure l'ensemble des dispositions protectrices de la caution. Ainsi, le créancier jouit d'une liberté indéniable qui lui permet d'aménager la garantie, mais on comprend difficilement la raison d'être de cette solution.

¹⁶⁸⁰ M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 25 et s. Il est vrai que l'auteur adopte une vision extrêmement large des sûretés négatives en y incluant notamment la lettre d'intention et le porte-fort d'exécution, ainsi que le droit de regard général sur le patrimoine du débiteur.

¹⁶⁸¹ M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *op. cit.*, n° 15.

¹⁶⁸² Cass. com., 13 décembre 2005, préc. ; Cass. com., 18 décembre 2007, préc.

¹⁶⁸³ P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, *op. cit.*, n° 51 et s. ; N. RONTCHEVSKY, obs. préc. sous Cass. com., 13 décembre 2005 ; P. GROSSER, note préc. sous Cass. com., 13 décembre 2005 ; Ph. SIMLER, obs. préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005 ; I. RIASSETTO, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », art. préc., n° 18 et s. ; D. ARLIE, « Pour une juste conception du porte-fort d'exécution », art. préc. Selon ces auteurs, le porte-fort, qui repose sur la responsabilité contractuelle, se distingue du cautionnement, garantie au caractère accessoire renforcé. Le garant, en effet, ne paie pas la dette du débiteur, mais se contente d'indemniser le préjudice engendré par l'inexécution.

¹⁶⁸⁴ R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », art. préc., n° 7 ; comp. Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 423 et s.

436. Expression de la volonté des parties dans le choix de la garantie en droit des contrats. Les garanties du droit des contrats donnent lieu à la prolifération d'actions conceptuellement proches¹⁶⁸⁵. La question du rôle de la volonté individuelle s'y pose donc avec une certaine acuité.

On sait que le juge a renforcé les prérogatives des parties en élargissant l'obligation de délivrance dans la vente. En admettant une conception fonctionnelle de la conformité, la Cour de cassation a, en effet, provoqué un concours d'actions au profit de la victime d'un vice, laquelle pouvait exercer, selon son choix, les remèdes de droit commun à l'inexécution du contrat ou la garantie des vices cachés¹⁶⁸⁶. Depuis, la Cour de cassation a réduit cette possibilité en reconnaissant que les actions de droit commun sont ouvertes en cas de seule discordance entre les spécificités de la chose et les stipulations contractuelles¹⁶⁸⁷. Cela rend impossible pour la victime le choix de la voie procédurale la plus favorable, d'autant plus que l'article 12 du Code de procédure civile impose au juge de restituer l'exacte qualification des faits invoqués par les parties¹⁶⁸⁸.

De même, les solutions relatives à la responsabilité des constructeurs limitent quelque peu la marge de manœuvre des parties dans le choix de la garantie. La Cour de cassation établit une distinction étanche entre la plupart des régimes de responsabilité. Si la victime dispose d'une option lorsque sont réunies les conditions de la garantie de parfait achèvement et d'une autre action¹⁶⁸⁹, la responsabilité de droit commun est en revanche exclue par les garanties biennale et décennale¹⁶⁹⁰, les juges¹⁶⁹¹, puis le législateur¹⁶⁹², ayant de toute façon

¹⁶⁸⁵ V. *supra*, n° 67.

¹⁶⁸⁶ Cass. AP, 7 février 1986, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1989, préc. ; Cass. com., 22 mai 1991, préc. ; Cass. com., 11 mai 1993, préc.

¹⁶⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1993, préc. ; Cass. com., 26 avril 1994, préc.

¹⁶⁸⁸ V. dernièrement en ce sens, concernant précisément la distinction entre défaut de conformité et vice caché, Cass. AP, 21 décembre 2007, *Bull. civ. ass. plén.*, n° 10 ; *JCP* 2008, II, 10006, note L. WEILLER ; *Deffrénois* 2008, p. 1457, note E. SAVAUX. Le même arrêt précise, certes, que le juge n'a pas l'obligation de requalifier l'action entreprise par la victime. Mais on peut penser que la requalification des faits en vice caché ou défaut de conformité entraînera automatiquement celle de l'action. V., sur ce point, E. SAVAUX, note préc. sous Cass. AP, 21 décembre 2007, spéc. p. 1464.

¹⁶⁸⁹ V., sur les rapports entre la garantie de parfait achèvement et la garantie décennale, Cass. civ. 3^{ème}, 4 février 1987, *Bull. civ.* III, n° 16 ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 février 1998, *Bull. civ.* III, n° 29 ; *Rev. dr. immo.* 1998, p. 257, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI. Et sur les relations entre la garantie de parfait achèvement et la responsabilité contractuelle de droit commun : Cass. civ. 3^{ème}, 22 mars 1995, *Bull. civ.* III, n° 80 ; Cass. civ. 3^{ème}, 14 janvier 1998, *Bull. civ.* III, n° 5 ; *Rev. dr. immo.* 1998, p. 257, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI ; Cass. civ. 3^{ème}, 28 janvier 1998, *Bull. civ.* III, n° 19 ; *Gaz. Pal.* 1999, 1, somm. p. 108, obs. M. PEISSE ; *JCP* 1998, I, 187, n° 30 et s., obs. G. VINEY ; *RDI* 1998, p. 257, obs. Ph. MALINVAUD et B. BOUBLI. Il est bien difficile de justifier cette option conférée au maître de l'ouvrage.

¹⁶⁹⁰ Cass. civ. 3^{ème}, 4 octobre 1989, *Bull. civ.* III, n° 178 ; *D.* 1989, IR, p. 256 ; Cass. civ. 3^{ème}, 5 février 1992, *Bull. civ.* III, n° 37 ; *Deffrénois* 1992, p. 1527, obs. J.-L. AUBERT ; Cass. civ. 3^{ème}, 20 mars 1996, *Bull. civ.* III, n° 82 ; *D.* 1997, somm. p. 347, obs. O. TOURNAFOND ; Cass. civ. 3^{ème}, 10 avril 1996, *Bull. civ.* III, n° 100 ; *Deffrénois* 1996, p. 1072, note Ph. DUBOIS ; Cass. civ. 3^{ème}, 22 novembre 2006, *RGDA* 2007, p. 123, note J.-P. KARILA.

limité les enjeux du concours d'action en réduisant à dix années le délai de prescription de l'action en responsabilité en la matière. Les garanties de dommages excluent tout autant la garantie des vices cachés issue des articles 1641 et suivants du Code civil¹⁶⁹³.

Toutefois, les parties conservent la possibilité d'influer sur la qualification des garanties dans la vente. Le domaine commun entre les actions de droit commun et les actions en garantie n'est, en effet, pas tout à fait supprimé. Il semble que les parties puissent passer outre à la distinction établie par la Cour de cassation, en stipulant que la chose vendue ne sera affectée d'aucun vice affectant sa destination. Une telle clause rétablirait une conception fonctionnelle du défaut de conformité, puisque la chose ne correspondrait, ni aux stipulations contractuelles, ni à sa destination¹⁶⁹⁴. La question du concours d'actions reste alors posée, même si la réforme de la prescription du 17 juin 2008, en ramenant à cinq années le délai de prescription de l'action en responsabilité contractuelle¹⁶⁹⁵, en diminue les enjeux.

L'ordonnance du 17 février 2005 a également contribué à renforcer le rôle de la victime en la matière. Le texte, qui instaure la nouvelle garantie de conformité ouverte aux consommateurs, précise bien que cette garantie n'est pas exclusive des autres actions dont les conditions seraient réunies¹⁶⁹⁶. En conséquence, l'acquéreur déçu se voit reconnaître le droit de choisir la voie de droit qui lui est la plus favorable, à condition d'entrer dans les conditions d'application des articles L. 211-1 et suivants du Code de la consommation¹⁶⁹⁷. C'est dire si la volonté de la victime est particulièrement prise en compte dans l'exercice des garanties du vendeur. Un vaste éventail d'actions lui est ouvert, et les rares restrictions à son choix peuvent être contournées par la simple insertion d'une clause dans le contrat.

¹⁶⁹¹ Cass. civ. 3^{ème}, 16 octobre 2002, *D.* 2003, p. 300, note Ph. MALINVAUD ; Cass. civ. 3^{ème}, 16 mars 2005, *D.* 2005, p. 2198, note J.-P. KARILA ; Cass. civ. 3^{ème}, *Bull. civ.* III, n° 202.

¹⁶⁹² L'article 1792-4-3 du Code civil, introduit par la réforme de la prescription du 17 juin 2008, entérine la solution jurisprudentielle réduisant à dix ans le délai de prescription de la responsabilité de droit commun en matière de construction immobilière. V., sur les possibles difficultés d'interprétation suscitées par ce texte, Ph. MALINVAUD, « Prescription et responsabilité des constructeurs après la réforme du 17 juin 2008 », art. préc., spéc. p. 371 et s.

¹⁶⁹³ V. sur cette question Ph. MALINVAUD, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », art. préc., spéc. p. 324 et s.

¹⁶⁹⁴ V. *supra*, n° 65.

¹⁶⁹⁵ Il s'agit du délai de droit commun prévu par le nouvel article 2224 du Code civil. L'article 2226 y déroge, certes, lorsque l'action en responsabilité est consécutive à un dommage corporel, mais ce texte est en général étranger à la question de l'obligation de délivrance.

¹⁶⁹⁶ Article L. 211-13 du Code de la consommation.

¹⁶⁹⁷ Le texte ne s'applique qu'aux ventes volontaires de meubles corporels conclues entre professionnels et consommateurs.

Enfin, l'obligation de garantie incombant au bailleur apparaît conceptuellement très proche de l'obligation d'entretien¹⁶⁹⁸, ce qui laisse entrevoir la possibilité pour la victime d'exercer une option entre plusieurs actions.

437. Rôle de la notion de garantie. Le bilan du rôle de la volonté individuelle dans la qualification de la garantie est donc mitigé. La notion de garantie pourrait servir à un début d'unification, comme le montrent certains cas d'encadrement des pouvoirs des parties. En présence de garanties présentant une même fonction et un même objet, leur volonté devrait être canalisée, de manière à ce que certains traits de régime d'une des garanties ne soient pas éludés. Ainsi, toutes garanties de paiement ou d'assurance ayant pour objet de masquer un paiement de la dette d'autrui à titre accessoire devraient être requalifiées en cautionnement. De même, il est permis de déplorer la multiplicité d'actions destinées à protéger des intérêts identiques en droit des contrats. Mais d'autres garanties, par exemple les garanties réelles, laissent à juste titre une place beaucoup plus importante à la liberté contractuelle, en raison de la multiplicité des mécanismes de protection des intérêts du bénéficiaire.

Ainsi, la notion de garantie ne suffit pas à générer l'unité. La volonté des parties ne devrait être restreinte que dans des hypothèses où des garanties font double emploi, c'est-à-dire que l'utilisation de l'une n'est destinée qu'à éviter l'emploi de l'autre, dotée d'une fonction et d'un objet identiques.

Cette flexibilité, manifeste s'agissant du choix de la garantie, apparaît aussi concernant le régime de la garantie.

§2 : Influence de la volonté des parties sur le régime de la garantie.

Comme précédemment concernant la qualification des garanties, l'enjeu est ici de déterminer si la garantie se caractérise par un régime très rigide et contraignant, ou si les parties peuvent au contraire le moduler. Une éventuelle unité doit également être recherchée entre les différentes garanties. Là encore, si certaines garanties sont caractérisées par un caractère impératif assez marqué (A), il ne s'agit pas d'une tendance générale (B), si bien que la notion de garantie ne paraît pas exercer une influence significative.

¹⁶⁹⁸ J. HUET, *op. cit.*, n° 21170. Effectivement, le vice peut être postérieur à la conclusion du bail en raison du caractère successif de ce contrat, et résulter d'un défaut d'entretien de la chose donnée à bail.

A) Encadrement de la volonté des parties dans le régime de la garantie.

438. Garanties personnelles laissant peu de place à la liberté contractuelle. Si les parties à une garantie personnelle peuvent rarement influencer sur la qualification de la garantie, peuvent-elles tempérer son régime, ou doivent-elles se contenter de mécanismes rigides mis à leur disposition ?

La réponse à cette interrogation varie selon la garantie étudiée. Le régime du cautionnement est caractérisé par une certaine résistance à la volonté des parties. Le sort du garant peut, certes, être aggravé par une stipulation de solidarité, qui a pour effet de supprimer les bénéfices de division ou de discussion, selon que la solidarité joue entre cofidélus avec le débiteur principal¹⁶⁹⁹. Cette possibilité est d'ailleurs largement employée, puisque le cautionnement solidaire, dont le régime est, pour le garant, bien plus sévère, fait figure dans la pratique de cautionnement de droit commun¹⁷⁰⁰.

De même, la possibilité reconnue à la caution de limiter son engagement à un seul ou plusieurs de ses biens n'existe plus aujourd'hui que la Cour de cassation nie la notion de cautionnement réel. La sûreté ainsi consentie ne relèverait plus du cautionnement, mais de la sûreté réelle pour autrui, faute d'engagement personnel du garant¹⁷⁰¹. Favorable au garant, dans la mesure où il n'est plus réputé fournir un engagement personnel à hauteur de la valeur du bien affecté à la dette, la solution s'accompagne pour lui d'un effet pervers, car il ne bénéficie plus du régime protecteur de la caution¹⁷⁰².

En effet, le rôle des parties au cautionnement est limité par de multiples contraintes. Elles sont autant occasionnées par l'application du principe de l'accessoire que par les nombreuses règles protectrices de la caution, lesquelles sont d'ordre public¹⁷⁰³. Ces règles

¹⁶⁹⁹ La solidarité entre la caution et le débiteur principal fait disparaître le bénéfice de discussion, tandis que celle stipulée entre cofidélus leur ferme la possibilité de se prévaloir du bénéfice de division. La Cour de cassation a même estimé, lorsque plusieurs cautions s'engageaient solidairement avec le débiteur principal, qu'elles perdaient le bénéfice de division : Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1984, *Bull. civ. I*, n° 213 ; Cass. com., 7 janvier 1992, *Bull. civ. IV*, n° 1 ; Cass. com., 11 décembre 2001, *Bull. civ. IV*, n° 195.

¹⁷⁰⁰ L. AYNES et P. CROCQ, *op. cit.*, n° 145 ; J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles, op. cit.*, n° 47 ; M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *op. cit.* n° 374. La solidarité est d'ailleurs présumée en matière commerciale.

¹⁷⁰¹ Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, préc.

¹⁷⁰² L'extension d'un certain nombre de règles protectrices de la caution se conçoit pourtant en raison de la proximité de la situation du garant : v., en ce sens, Ph. SIMLER, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005 ; L. AYNES, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005 ; S. PIEDELIEVRE, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005.

¹⁷⁰³ Il est d'ailleurs étonnant de constater que la liberté contractuelle se trouve encerclée entre deux impératifs contradictoires. Les règles dérogatoires établies par le législateur, notamment en cas de procédure collective, ont en effet pour objet de repousser le principe de l'accessoire lorsqu'il conduit à des résultats absurdes au regard de

sont en constante expansion. Si, aujourd'hui, le rôle joué par la mention manuscrite apposée par la caution lors de son engagement n'est plus aussi primordial que par le passé¹⁷⁰⁴, d'autres règles viennent aujourd'hui protéger le consentement de la caution. Difficiles à synthétiser¹⁷⁰⁵ en raison de la prolifération de régimes spéciaux du cautionnement, elles résultent surtout des différentes obligations d'information pesant sur les créanciers vis-à-vis de la dette garantie¹⁷⁰⁶ et de la défaillance du débiteur principal¹⁷⁰⁷, de la prohibition des engagements trop généraux¹⁷⁰⁸ et de l'établissement d'une exigence de proportionnalité entre la dette supportée par la caution et ses ressources au moment de la formation comme de l'exécution du contrat¹⁷⁰⁹. A de nombreux égards, donc, la liberté des parties se heurte à des règles impératives destinées à encadrer l'engagement de la caution et son exécution. Ce phénomène est d'autant plus perceptible lorsque le cautionnement est souscrit par un profane ou une personne physique ou lorsque le créancier a la qualité de professionnel¹⁷¹⁰.

439. Absence de liberté des parties dans les garanties extracontractuelles. Les garanties extracontractuelles du fait d'autrui sont évidemment dotées d'un régime très impératif. Il revient en effet au législateur et au juge de définir ses conditions et effets. Il est unanimement admis que les conventions portant sur la responsabilité ou la réparation du dommage sont sans

la fonction de garantie du cautionnement. Mais tant les unes que l'autre ont pour effet d'encadrer la liberté des parties. Les contraintes s'additionnent au lieu de s'annuler.

¹⁷⁰⁴ La première chambre civile avait un temps érigé la mention manuscrite imposée par l'article 1326 du Code civil en règle de forme destinée à protéger le consentement de la caution : Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1984, préc. ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1987, préc. ; *contra* Cass. com., 6 juin 1985, préc. Elle est ensuite revenue sur cette solution : Cass. civ. 1^{ère}, 15 novembre 1989, préc.

¹⁷⁰⁵ A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », art. préc.

¹⁷⁰⁶ V. les articles L. 313-22 du Code monétaire et financier, 47-II de la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, 2293 du Code civil et L. 341-6 du Code de la consommation. Chacun de ces textes se rapporte à un type particulier de cautionnement : celui conclu en garantie d'un concours financier accordé à une entreprise par un établissement de crédit, celui, à durée indéterminée, conclu par une personne physique en garantie des dettes professionnelles d'un entrepreneur individuel, celui qui lie une caution personne physique et un créancier professionnel.

¹⁷⁰⁷ V. les articles L. 313-9 du Code de la consommation, 47-II, alinéa 3 de la loi du 11 février 1994 relative à l'initiative et à l'entreprise individuelle, et L. 341-1 du Code de la consommation.

¹⁷⁰⁸ Les articles L. 341-2 et L. 341-7 du Code de la consommation, issus de la loi du 1^{er} août 2003 sur l'initiative économique, imposent un plafond chiffré au cautionnement conclu entre caution personne physique et créancier professionnel, ce qui condamne dans une large mesure la pratique du cautionnement général.

¹⁷⁰⁹ Cette règle fut d'abord prévue par l'article L. 313-10 du Code de la consommation en matière de crédit à la consommation ou de crédit immobilier souscrit par une personne physique envers un établissement de crédit, puis par l'article L. 341-4 de ce même code dans les rapports plus généraux entre caution personne physique et créancier professionnel. L'article L. 650-1 du Code de commerce prévoit aussi la nullité de la garantie prise en contrepartie d'un concours, lorsqu'elle apparaît disproportionnée à ce concours. Ces dispositions amoindrissent l'intérêt de la jurisprudence établissant une exigence de proportionnalité : v. notamment, Cass. com., 17 juin 1997, préc. ; Cass. com., 8 octobre 2002, préc.

¹⁷¹⁰ V., à cet égard, l'impact de la loi du 1^{er} août 2003 pour l'initiative économique, applicable dans les rapports entre caution personne physique et créancier professionnel.

effet en dehors de la sphère contractuelle¹⁷¹¹. La solution est logique. Tout d'abord, le dommage étant survenu en l'absence de lien de droit préalable entre la victime et l'auteur, il est impossible d'aménager les règles légales. Cela vaut d'autant plus pour le garant du fait d'autrui, qui n'a en général aucun contact direct avec la victime et se contente, avant la réalisation du risque, de couvrir généralement tout risque de dommage pouvant survenir du fait de la personne sur laquelle il possède une autorité¹⁷¹². De plus, les garanties de solvabilité mises en place par le droit positif présentent une importance sociale si marquée que l'on ne saurait admettre une amélioration du sort des garants par une simple manifestation de volonté des parties¹⁷¹³. Dans ces conditions, les intervenants ne peuvent influencer, ni sur les conditions de la responsabilité, ni sur ses effets, et encore moins sur la qualification de la garantie. Ils ne peuvent pas davantage aggraver la responsabilité que la restreindre.

440. Contrôle de la volonté des parties dans les garanties du droit des contrats. De même, de nombreuses garanties du droit des contrats dénie aux parties la possibilité d'alléger le sort du garant. L'article 1628 du Code civil prohibe ainsi les conventions limitatives de la garantie du fait personnel dans la vente. Une telle disposition est compréhensible : en se libérant de sa garantie, le vendeur pourrait librement nuire à l'effet utile du contrat et le vider de sa substance, en commettant des actes de nature à troubler la jouissance de la chose par l'acquéreur. La garantie d'éviction du fait des tiers peut, certes, être allégée¹⁷¹⁴, mais les clauses limitatives de garantie, qui sont envisagées avec une certaine méfiance par les juges¹⁷¹⁵, ne sauraient priver l'acheteur du remboursement du prix, aux termes de l'article 1629 du Code civil, à moins qu'il n'ait acheté la chose à ses risques et

¹⁷¹¹ La Cour de cassation prononce de longue date la nullité de conventions portant sur la réparation du dommage extracontractuel : Cass. Req., 27 novembre 1911, *S.* 1915, 1, p. 113, note L. HUGUENEY ; Cass. civ. 2^{ème}, 11 décembre 1952, *D.* 1953, p. 317, note R. SAVATIER ; Cass. civ. 2^{ème}, 17 février 1955, *D.* 1956, p. 17, note P. ESMEIN ; *JCP* 1955, II, 8951, note R. RODIERE ; Cass. civ. 2^{ème}, 28 novembre 1962, *JCP* 1964, II, 13710, note M. DE JUGLART ; *RTD civ.* 1964, p. 756, obs. R. RODIERE ; *D.* 1963, p. 465, note J. BORRICAND ; Cass. civ. 2^{ème}, 15 juin 1994, *Bull. civ.* II, n° 155 ; Cass. civ. 2^{ème}, 20 juin 1995, *Bull. civ.* II, n° 270.

¹⁷¹² V. *supra*, n° 185.

¹⁷¹³ G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 214 : l'équilibre entre sécurité et liberté d'agir, sur lequel repose la responsabilité délictuelle, « est trop essentiel à l'organisation de la vie sociale dans son ensemble pour qu'il soit légitime et opportun de permettre aux particuliers de le modifier en supprimant, par des conventions privées, tel ou tel chef de responsabilité ». Il conviendrait toutefois, selon les auteurs, de distinguer entre les clauses limitatives et exonératoires de responsabilité. Comp., en faveur de la validité de telles stipulations, H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, par F. PICOD, *op. cit.*, n° 2570 ; Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1996, n° 141. V. également, en droit comparé, J. LIMPENS, R. KRUIHOF et A. MEINTZERHAGEN, « Liability for One's Own Act », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, 1983, p. 36 et s., spéc. n° 276 et s.

¹⁷¹⁴ Article 1627 du Code civil.

¹⁷¹⁵ J. HUET, *op. cit.*, n° 11292. L'auteur souligne que l'article 1629 du Code civil plaide en faveur d'une interprétation restrictive des clauses limitatives de garantie, car le vendeur doit alors, tout de même, supporter la résolution du contrat et la restitution du prix, sauf stipulation contraire.

périls. Ce dernier cas fait évidemment obstacle à la garantie, car le transfert de risque n'a pas lieu.

Applicable aux relations entre vendeurs professionnels et acheteurs consommateurs, la garantie de conformité due par le vendeur n'est pas plus favorable aux clauses limitatives et exonératoires de garantie. L'article L. 211-17 du Code de la consommation prévoit, à ce sujet, que de telles clauses sont réputées non écrites, les parties pouvant uniquement écarter ou aménager les remèdes légaux après la réclamation faite par l'acquéreur. La garantie commerciale envisagée par les articles L. 211-15 et L. 211-16 de ce code ne peut dans l'ensemble que profiter à l'acquéreur, puisque la garantie conventionnelle doit alors mentionner l'existence de la garantie légale de conformité, ainsi que de la garantie des vices cachés. Cette sévérité particulière à l'égard des aménagements contractuels de la garantie s'explique par la nature des rapports entre le vendeur professionnel et l'acheteur consommateur. La protection conférée par la garantie doit donc être d'autant plus efficace.

Une même méfiance envers les clauses limitatives de garantie se ressent dans les règles relatives au contrat de bail : de telles stipulations sont prohibées en matière de bail d'habitation¹⁷¹⁶. Lorsque le bail relève d'une autre catégorie, elles sont en principe valides¹⁷¹⁷, même si le bailleur ne saurait naturellement s'exonérer de toute charge¹⁷¹⁸. Sinon, le contrat ferait l'objet d'un déséquilibre insupportable.

Enfin, les garanties biennale et décennale dues par le constructeur immobilier sont d'ordre public, ainsi que l'énonce l'article 1792-5 du Code civil. La portée de ce texte est particulièrement large, puisqu'il vise tant les clauses exonératoires de garantie que les clauses limitatives, et aussi bien les obligations de résultat dont sont tenus les constructeurs que la solidarité qui les unit.

441. Contrôle de la volonté des parties dans le régime de l'assurance. Le rôle joué par les parties dans le régime de la garantie est enfin assez faible dans les garanties d'assurance.

¹⁷¹⁶ L'article 6 de la loi du 6 juillet 1989, qui prévoit entre autres l'obligation de garantie contre les vices cachés, est impérative : v., en ce sens, J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2006, n° 396 ; J. HUET, *op. cit.*, n° 21527.

¹⁷¹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1951, *JCP II*, 6717, note P. ESMEIN.

¹⁷¹⁸ Cass. soc., 25 octobre 1946, *D.* 1947, p. 88 ; *JCP* 1947, II, 3400, note P. ESMEIN ; *RTD civ.* 1947, p. 65, note J. CARBONNIER ; Cass. civ. 3^{ème}, 11 juin 1972, *Bull. civ.* III, n° 454. La situation équivaldrait alors à un trouble de jouissance de la part du bailleur : v., en ce sens, J. HUET, *op. cit.*, n° 21172, note 169, *in fine*.

L'assurance ne laisse parfois guère de marge de manœuvre aux parties, surtout quand elle revêt un caractère obligatoire¹⁷¹⁹. Au-delà de ces obligations d'assurance, le contrat, même consensuel¹⁷²⁰, est régi par une liberté contractuelle très encadrée¹⁷²¹. Il est aussi dominé, lorsqu'il vise à la réparation d'un dommage, par le principe indemnitaire qui empêche à l'assuré de tirer un quelconque enrichissement de l'opération¹⁷²².

Le mécanisme des fonds de garantie présente, quant à lui, un caractère impératif particulièrement marqué. En effet, contrairement au contrat d'assurance, ils ne s'intègrent pas dans un mécanisme global, mais sont uniquement institués par le législateur dans le but d'indemniser efficacement certains dommages considérés comme essentiels par la société. Il ne s'agit plus ici de concilier des intérêts contradictoires. Le seul objectif est la protection d'intérêts faisant l'objet d'une attention particulière de la part du corps social. Financés par la collectivité et organisés par la loi, les fonds de garantie ne laissent donc que peu de liberté aux parties en raison du rôle joué par les institutions publiques. On le constate à travers leurs conditions d'intervention, la procédure applicable, et surtout le montant de l'indemnisation accordée à la victime. Les barèmes d'indemnisation sont précisément fixés par les textes mettant en place les fonds, ainsi que la nature du dommage indemnisé et les conditions de saisine du fonds. Chacune de ces garanties peut être exécutée selon des règles formelles et matérielles qui lui sont propres et qui sont surtout définies sans aucune marge d'appréciation. En ce sens, les fonds de garantie et d'indemnisation peuvent être rapprochés des organismes de sécurité sociale, dont ils partagent le caractère impératif assez renforcé.

442. Diversité de fonctions de l'encadrement de la volonté des parties. De nombreuses et importantes garanties donnent donc lieu à un régime très encadré ne donnant guère l'occasion à la volonté des parties de s'exprimer. Toutefois, on peut douter qu'il s'agisse d'une conséquence de la notion de garantie. Cet encadrement peut en effet s'effectuer dans deux

¹⁷¹⁹ V., sur la place de ces assurances, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 202 et s.

¹⁷²⁰ V., pour un rappel de ce principe, Cass. civ. 2^{ème}, 14 juin 2007, *RGDA* 2007, p. 807, note L. MAYAUX.

¹⁷²¹ Ainsi, l'article L. 112-2 du Code des assurances impose à l'assureur de fournir une fiche d'information et un projet de contrat à son cocontractant. De même, l'assuré est tenu de répondre à des questions dans le cadre de la déclaration des risques à l'assureur, au stade de la conclusion du contrat puis au fur et à mesure de l'intervention de circonstances nouvelles au cours du contrat, en vertu de l'article L. 113-2 du Code des assurances. V. sur ce point J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 943 et s. La réalisation du risque donne aussi lieu, en principe, à une déclaration du sinistre par l'assuré, en application de l'article L. 113-2, 4° du Code des assurances, règle généralement sanctionnée par la déchéance. V. toutefois, sur les exceptions à cette dernière règle, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 1368 et s.

¹⁷²² V. par exemple, sur ce point, Cass. civ. 3^{ème}, 17 avril 1991, *Bull. civ.* III, n° 118 : l'assuré doit être replacé, une fois indemnisé, dans la situation exacte où il se trouvait avant le sinistre.

directions opposées. Parfois, les règles contraignantes posées par le législateur et le juge ont pour objet la protection du garant contre le sort trop lourd qui pourrait lui être réservé. Tel est le cas dans le cadre du cautionnement. Mais d'autres garanties sont dominées par des règles interdisant au contraire au garant de se libérer trop facilement de ses obligations. On l'observe notamment en matière de responsabilité extracontractuelle et de garanties du droit des contrats. Ainsi, l'effacement de la volonté des parties n'est synonyme, ni d'unité des garanties, ni d'accroissement de son efficacité. De plus, la volonté des parties apparaît dans de nombreuses autres garanties, ce qui confirme le constat de diversité, de ce point de vue, des garanties.

B) Exceptions à l'encadrement de la volonté des parties dans le régime de la garantie.

443. Garanties personnelles laissant une place importante à la liberté contractuelle. Si le cautionnement fait l'objet d'une réglementation assez minutieuse, la garantie autonome laisse une place plus importante à la liberté contractuelle, les textes demeurant pour l'heure très évasifs sur les règles qu'il convient de lui appliquer¹⁷²³. Plusieurs variétés de garantie autonome coexistent d'ailleurs. La garantie à première demande, qui ne met aucune formalité à la charge du bénéficiaire au moment de l'appel de la garantie, s'oppose par exemple à la garantie documentaire ou à la garantie justifiée, tout aussi autonomes, mais qui imposent au bénéficiaire des formalités supplémentaires pour pouvoir demander le paiement au garant¹⁷²⁴.

Cette liberté décline toutefois doucement au fil des textes qui règlent la matière. Si l'ordonnance du 23 mars 2006 n'a fait que définir la garantie autonome et mentionner quelques traits caractéristiques de son régime, il convient également de tenir compte des textes qui encadrent les poursuites de la caution en cas de procédure collective du débiteur¹⁷²⁵. Ces dispositions assimilent souvent à la caution le garant autonome, voire le coobligé, en attendant peut-être que l'ensemble des sûretés personnelles ne soient visées¹⁷²⁶. En même

¹⁷²³ Ces textes, qui résultent d'ailleurs des récentes réformes des sûretés et des procédures collectives, ne formulent que quelques directives générales.

¹⁷²⁴ V., sur ces questions, S. PIEDELIEVRE, *Rép. com. Dalloz, V° Garantie à première demande*, n° 43 et s. ; A. PRŪM, *op. cit.*, n° 344 et s.

¹⁷²⁵ V. les articles L. 622-28, alinéa 2 et L. 631-14, I du Code de commerce, concernant respectivement la sauvegarde et le redressement judiciaire. En revanche, l'arrêt du cours des intérêts à l'égard des garants n'intervient que dans la procédure de sauvegarde, et au profit des seules personnes physiques, en application des articles L. 622-28, alinéa 1^{er} et L. 631-14, II, de ce même code.

¹⁷²⁶ P. CROCQ, « Droit des sûretés », *D.* 2008, panorama, p. 2104 et s., spéc. p. 2109 et s.

temps que se dessine un début de régime primaire des garanties personnelles¹⁷²⁷, le bénéficiaire de la garantie autonome voit sa liberté de manœuvre se réduire progressivement.

Pour l'heure embryonnaire, ce phénomène d'encadrement de la volonté des parties pourrait s'amplifier à l'avenir, pour toucher l'ensemble des garanties personnelles. Ainsi, la délégation s'apparentant, selon les cas, à la garantie autonome ou au cautionnement, elle devrait être soumise au même dispositif protecteur du garant que ces garanties¹⁷²⁸, ce qui supposerait de l'inclure dans les sûretés personnelles. Il en est de même de l'engagement en tant que codébiteur solidaire, notamment lorsque le garant n'est pas intéressé à la dette, qui ne comporte pas de tel dispositif¹⁷²⁹ et pourrait à ce titre être utilisé pour éluder certaines règles du cautionnement¹⁷³⁰. La fonction de garantie personnelle de paiement, à cet égard, commande une unité de régime, d'autant plus que la protection de la caution devrait logiquement se retrouver dans d'autres garanties personnelles plus rigoureuses. Il serait en effet absurde, sous prétexte que la garantie ne répond pas aux critères, du reste assez flous, de la sûreté, que l'on puisse y recourir pour éluder la protection du garant, alors que la fonction de garantie est identique dans tous ces mécanismes. De ce point de vue, la notion de garantie pourrait prêter à conséquence et commander un encadrement accru de la volonté des parties dans le régime des garanties personnelles.

444. Volonté des parties et régime des sûretés réelles. Il en va différemment des garanties réelles, jadis réputées plus contraignantes que les sûretés personnelles. Leur régime apparaissait particulièrement encadré par le législateur. Au moment de la constitution de la sûreté, les sûretés réelles mobilières exigeaient une dépossession du constituant, dont l'objectif était notamment de lui faire prendre conscience de la gravité de l'acte¹⁷³¹. Quant à

¹⁷²⁷ V. les propositions de M. BOURASSIN, *op. cit.*, n° 796 et s. L'auteur tente de construire un régime primaire des garanties personnelles. *Adde*, pour quelques interrogations sur le bien-fondé d'une généralisation de la protection du garant dans le cadre des procédures collectives, P. CROCQ, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », art. préc., n° 22 et s.

¹⁷²⁸ V., en ce sens, M. BOURASSIN, *op. cit.*, *eod. loc.* Le régime primaire s'appliquerait nécessairement à la délégation imparfaite, de même que les règles propres aux garanties indépendantes (*op. cit.*, n° 986 et s.). *Adde*, L. AYNES, note préc. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005.

¹⁷²⁹ M. OURY-BRULE, *op. cit.*, n° 434 et s. V., toutefois, l'article L. 622-28 du Code de commerce, qui étend aux coobligés les solutions applicables aux cautions lorsque le débiteur est frappé d'une procédure de sauvegarde.

¹⁷³⁰ J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, *op. cit.*, n° 461 ; Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 456. Comp. P. ANCEL, note préc. sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, spéc. p. 409.

¹⁷³¹ Il ne s'agit pas, pour autant, de l'unique but de la dépossession. Elle vise aussi à informer les tiers du droit réel grevant le bien, ainsi qu'à éviter le détournement de ce bien. Il convient de noter, par ailleurs, que l'exigence d'une dépossession n'est pas propre aux sûretés mobilières. L'antichrèse, qui porte sur un immeuble, n'en constitue pas moins un contrat réel, tandis que certains gages peuvent être conclus sans dépossession.

l'hypothèque, bridée par le principe de spécialité¹⁷³², elle fait intervenir un lourd formalisme, notamment l'établissement d'un acte notarié, pour pallier l'absence de dépossession¹⁷³³.

Lors de la réalisation de la sûreté, le constituant bénéficiait d'une protection très importante résultant de la prohibition de la clause de voie parée et du pacte comissoire¹⁷³⁴. Le principe, hormis lorsque le créancier se contentait d'exercer son droit de préférence sur le bien, était celui d'une intervention judiciaire assez lourde.

445. Assouplissement du régime des garanties réelles. Mais aujourd'hui, les contraintes liant le créancier muni d'une sûreté réelle tendent à se réduire. On le constate d'abord au stade de la formation de la sûreté. La réforme des sûretés du 23 mars 2006 a atténué l'exigence de dépossession, puisque le gage de droit commun n'est plus nécessairement un contrat réel. Il est tout à fait loisible aux parties de simplifier la constitution de la sûreté en laissant la possession du bien gagé au débiteur, l'établissement d'un écrit suffisant à la perfection de la sûreté en vertu de l'article 2336 du Code civil. Un choix est donc laissé entre un gage avec ou sans dépossession. De même, les parties peuvent choisir de recourir au mécanisme de l'antichrèse-bail pour préserver la possession par le constituant d'un bien immobilier affecté à une antichrèse¹⁷³⁵.

Cette extension de la marge de manœuvre des parties transparaît également à travers l'affaiblissement du principe de spécialité des sûretés réelles. Le gage, le nantissement et l'hypothèque peuvent tous porter sur des biens présents comme futurs¹⁷³⁶, et garantir des créances futures¹⁷³⁷, voire, concernant l'hypothèque, garantir successivement plusieurs créances, dont seraient éventuellement titulaires des créanciers distincts¹⁷³⁸. Cela augmente considérablement l'attractivité des sûretés réelles, qui peuvent désormais jouer un rôle

¹⁷³² En vertu de ce double principe traditionnel, l'hypothèque ne peut porter sur l'ensemble du patrimoine du constituant, et ne peut concerner un ensemble de créances.

¹⁷³³ L'article 2127 du Code civil impose l'intervention du notaire. V., pour une critique de cette solution, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 584 et s.

¹⁷³⁴ V. cependant Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 746 et s.

¹⁷³⁵ Admise par l'article 2390 du Code civil depuis la réforme du 23 mars 2006, cette possibilité était déjà reconnue par la Cour de cassation : Cass. civ. 3^{ème}, 18 décembre 2002, *Bull. civ.* III, n° 261 ; *D.* 2003, p. 963, obs. Ph. DELEBECQUE ; *JCP* 2003, II, 10034, note O. GUERIN ; *Rev. dr. banc. fin.* 2003, comm. n° 104, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et dr.* mars-avril 2003, p. 54, obs. N. RONTCHEVSKY ; *RTD civ.* 2003, p. 327, obs. P. CROCQ.

¹⁷³⁶ Les articles 2333 et 2355 du Code civil en disposent respectivement ainsi en matière de gage et de nantissement. L'article 2420 le prévoit aussi pour l'hypothèque conventionnelle, mais dans trois cas de figure énumérés limitativement : absence d'immeuble présent et libre, destruction de l'immeuble grevé et existence d'un droit actuel permettant de construire sur le terrain d'autrui.

¹⁷³⁷ V. les articles 2333, alinéa 2 du Code civil en matière de gage, 2356, alinéa 3 et 2357 du Code civil concernant le nantissement et 2421 du Code civil s'agissant de l'hypothèque.

¹⁷³⁸ Article 2422 du Code civil.

similaire à celui des garanties personnelles en couvrant une multiplicité de créances, à l'heure même où le législateur fait preuve de méfiance à l'endroit du cautionnement général¹⁷³⁹.

Enfin, la mise en œuvre des sûretés réelles est facilitée par certaines dérogations au principe de prohibition de la clause de voie parée¹⁷⁴⁰, et surtout par l'admission du pacte commissaire¹⁷⁴¹. Le créancier n'a donc plus nécessairement à passer par une intervention du juge ou à subir le concours d'autres créanciers au moment d'exécuter la garantie réelle.

Les garanties réelles semblent donc suivre une orientation opposée à celle des garanties personnelles, ainsi qu'on a pu déjà l'observer au stade de la qualification de la garantie¹⁷⁴². Il s'agit donc, cette fois, d'une réelle exception à la restriction de la liberté contractuelle.

446. Rôle de la volonté des parties dans le régime des garanties indemnitaires. La lettre d'intention, issue de la pratique, laisse aussi une large place à la volonté des intervenants. Cette garantie est destinée à apporter une sécurité suffisante au créancier, sans pour autant donner lieu à un engagement juridique trop sévère pour le garant. A ce titre, la lettre d'intention est considérée comme l'une des principales solutions de substitution au cautionnement¹⁷⁴³. Sa souplesse permet au garant de jouer un jeu très ambigu en promettant quelque chose au créancier sans pour autant s'engager à se substituer au débiteur, et tout en conservant la possibilité de se prévaloir du défaut d'autorisation de la garantie par le conseil d'administration ou le conseil de surveillance de la société mère¹⁷⁴⁴. Extrêmement nuancés, les termes employés dans la lettre d'intention sont généralement sujets à interprétation. Les juges se livrent volontiers à cet exercice, sans toujours convaincre. On saisit difficilement les lignes directrices tracées par les juges, qui se livrent trop souvent à des interprétations hasardeuses de la volonté des parties, sans tenir compte du fait qu'elles emploient à dessein des termes particulièrement flous.

¹⁷³⁹ V. *supra*, n° 377.

¹⁷⁴⁰ La clause de voie parée est celle qui autorise le créancier à procéder à la vente amiable de la chose affectée en garantie. Elle est prohibée par l'article 2346 du Code civil en matière de gage et l'article 2201, alinéa 2 en matière d'hypothèque. V., toutefois, Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 732 et s.

¹⁷⁴¹ V. *supra*, n° 373.

¹⁷⁴² V. les conclusions auxquelles parvient Ph. DUPICHOT, *op. cit.*, n° 961 : l'auteur évoque un « double paradoxe » constitué par le repli de la volonté individuelle dans les garanties personnelles et son avènement dans les garanties réelles.

¹⁷⁴³ Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », art. préc.

¹⁷⁴⁴ R. LIBCHABER, obs. préc. sous Cass. com., 9 juillet 2002.

De même que les lettres d'intention, les promesses de porte-fort laissent aux parties une large possibilité de modeler l'intensité de l'obligation du garant : c'est le droit commun qui s'applique, avec pour corollaire le principe de liberté contractuelle.

447. Rôle de la volonté des parties dans la responsabilité contractuelle du fait d'autrui.

Si, par ailleurs, les garanties extracontractuelles du fait d'autrui sont extrêmement encadrées, ce phénomène est atténué en matière contractuelle. On sait que le débiteur contractuel répond de l'inexécution contractuelle lorsqu'elle émane d'un tiers chargé de l'exécution du contrat. Dans ce cas, les parties peuvent déroger au droit commun de la réparation. Ainsi, elles peuvent alourdir la responsabilité du fait d'autrui en supprimant, par exemple, l'effet exonératoire de la force majeure¹⁷⁴⁵.

La faculté des parties de soumettre la responsabilité ou la réparation à des conditions plus contraignantes est, quant à elle, plus strictement encadrée. Valables par principe¹⁷⁴⁶, les clauses à cet effet sont confrontées à certaines restrictions légales et jurisprudentielles issues du droit commun. La faute lourde ou dolosive du débiteur les tient en échec¹⁷⁴⁷. De plus, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité sont réputées non écrites lorsqu'elles ont pour effet de contredire l'engagement du débiteur en lui permettant d'échapper à l'exécution de l'obligation essentielle, sans même qu'il ne soit nécessaire de passer par la caractérisation de la faute lourde¹⁷⁴⁸. Enfin, la prohibition des clauses abusives¹⁷⁴⁹, que les

¹⁷⁴⁵ V., en général, M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, *op. cit.*, n° 248.

¹⁷⁴⁶ La règle se déduit notamment de l'article 1150 du Code civil, qui prévoit la seule indemnisation du dommage prévisible, c'est-à-dire défini au contrat. V., sur le sens de cette disposition, Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 1034 et s. ; G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 319 et s. ; Ph. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », art. préc., n° 41. La jurisprudence valide certaines clauses limitatives ou évasives de responsabilité : v. par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1993, *Bull. civ. I*, n° 188 ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1994, *Bull. civ. I*, n° 76 ; *D.* 1995, p. 214, note S. DION ; *JCP* 1994, I, 3809, obs. G. VINEY ; *RTD civ.* 1994, p. 616, obs. P. JOURDAIN.

¹⁷⁴⁷ V., notamment, Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1969, *D.* 1969, p. 601, note J. MAZEAUD ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 novembre 1978, *JCP* 1979, II, 19139, note G. VINEY ; *D.* 1979, IR, p. 350, note Ch. LARROUMET ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 janvier 1984, *JCP* 1985, II, 20372, note J. MOULY ; *RTD civ.* 1984, p. 727, obs. J. HUET ; Cass. AP, 30 juin 1998, *JCP* 1998, II, 10146, note Ph. DELEBECQUE ; *Contrats conc. conso.* 1998, comm. n° 143, obs. L. LEVENEUR ; *RTD civ.* 1999, p. 119, obs. P. JOURDAIN ; Cass. com., 3 avril 2001, *Bull. civ. IV*, n° 70 ; *JCP* 2001, I, 354, n° 11, obs. F. LABARTHE.

¹⁷⁴⁸ Cass. com., 22 octobre 1996, *Chronopost*, préc.

¹⁷⁴⁹ V. les articles L. 132-1 et s. du Code de la consommation. Le champ d'application de cette législation, toutefois se limite aux relations entre professionnels et non professionnels ou consommateurs.

juges peuvent réputer non écrites¹⁷⁵⁰, permet aussi de réduire d'éventuelles inégalités suscitées par la liberté contractuelle.

Sous réserve de ces exceptions, il est possible pour les parties de consentir à une clause limitative ou exonératoire de responsabilité. Mais c'est surtout dans le sens d'un renforcement de la garantie que peut s'exprimer le pouvoir créateur des parties. Les parties peuvent librement aggraver le sort du garant, tandis que son obligation de réparation ne peut être atténuée que sous un étroit contrôle du juge.

448. Garanties du droit des contrats susceptibles d'être écartées par les parties. De même, peu de garanties légales peuvent être aménagées par les parties dans le sens d'un allègement du sort du garant, mais le cas de figure se présente. Concernant la vente, l'article 1643 du Code civil admet ainsi la stipulation selon laquelle le vendeur n'est « obligé à aucune garantie » des vices cachés. La seule réserve résultant du texte est l'ignorance par le vendeur du vice. Cette ignorance est néanmoins entendue très strictement, puisque le vendeur professionnel est présumé connaître ce vice, sans pouvoir apporter la preuve contraire¹⁷⁵¹. Par ailleurs, une clause abusive serait une fois encore rayée du contrat par le juge¹⁷⁵². La qualité des parties joue cependant un rôle prépondérant : la jurisprudence décide que la clause est opposable à l'acquéreur professionnel de la même spécialité que le vendeur¹⁷⁵³, à moins que le vice n'ait été indécélable¹⁷⁵⁴. Cette considération interfère une fois encore sur l'influence de la notion de garantie sur son régime.

449. Possibilité d'un renforcement des garanties du droit des contrats. Si, de plus, la plupart des garanties du droit des contrats sont insusceptibles d'allègement par les parties, elles peuvent en revanche être rendues plus sévères envers le garant. L'accentuation de la

¹⁷⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1991, *Bull. civ.* I, n° 153 ; *D.* 1991, p. 449, note J. GHESTIN ; *JCP* 1991, II, 21763, note G. PAISANT ; *RTD civ.* 1991, p. 526, n° 2, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1993, *Bull. civ.* I, n° 192 ; *JCP* 1993, II, 22158, note E. BAZIN ; *D.* 1993, p. 568, note G. PAISANT ; *D.* 1994, IR, p. 12, note Ph. DELEBECQUE ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, *Bull. civ.* I, n° 64 ; *RTD civ.* 1995, p. 620, obs. J. MESTRE ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 1996, *Bull. civ.* I, n° 399 ; *D.* 1997, somm. p. 176, obs. Ph. DELEBECQUE.

¹⁷⁵¹ La jurisprudence interprétant en ce sens l'article 1645 du Code civil trouve également à s'appliquer, s'agissant des clauses exonératoires ou limitatives de garantie : v., en ce sens, Cass. com., 6 juillet 1961, *Bull. civ.* IV, n° 273 ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 mai 1965, *Bull. civ.* I, n° 324 ; Cass. civ. 3^{ème}, 3 décembre 1985, *JCP* 1986, IV, p. 65 ; Cass. com., 23 novembre 1999, *RJDA* 2000, n° 255.

¹⁷⁵² L'article R. 132-1 du Code de la consommation prohibe « la clause ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le consommateur à l'une quelconque de ses obligations ». La clause limitative ou exonératoire de garantie entre à coup sûr dans cette catégorie.

¹⁷⁵³ V., sur cette notion, B. GROSS et Ph. BIHR, *op. cit.*, n° 388.

¹⁷⁵⁴ Cass. civ. 3^{ème}, 30 octobre 1978, *JCP* 1979, II, 19178, note J. GHESTIN.

garantie par les parties est bien plus facilement admise que son atténuation¹⁷⁵⁵. Ainsi, aucune restriction n'affecte la faculté des parties d'étendre la garantie du vendeur, par exemple en assouplissant les conditions d'exercice de l'action en garantie¹⁷⁵⁶ ou en renforçant ses effets¹⁷⁵⁷. Généralement, les parties établissent un régime dérogatoire à la garantie, qu'il convient d'envisager globalement et non clause par clause¹⁷⁵⁸. Le juge examine alors si l'ensemble est plus favorable à l'acquéreur avant de décider d'examiner sa validité, celle-ci dépendant en grande partie de la qualité des parties.

De même, l'article 1628 du Code civil ne s'oppose en rien à ce que la garantie d'éviction soit conventionnellement étendue, qu'elle soit du fait personnel ou du fait du tiers. Est également admise l'insertion d'une clause destinée à étendre la garantie du bailleur¹⁷⁵⁹, ou encore à renforcer celle du constructeur¹⁷⁶⁰, même si ce dernier cas se présentera rarement en pratique.

450. Place de la volonté des parties et régime de l'assurance. Ces nombreuses contraintes posées par le droit positif laissent malgré tout une place à la liberté contractuelle. Ce sont en effet les parties qui définissent l'étendue du risque couvert par l'assureur. Elles le font en posant les conditions de la garantie et les exclusions de risque, sous l'unique réserve de l'obligation d'assurance éventuellement posée par la loi¹⁷⁶¹. Même si ces exclusions de risques ne bénéficient guère des faveurs de la jurisprudence¹⁷⁶², elles n'en manifestent pas moins le pouvoir de la volonté des parties à l'assurance. Ce pouvoir s'étend même à l'action

¹⁷⁵⁵ V., pour un exemple significatif, en matière de garantie des vices cachés dans la vente, P. ANCEL, « Garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », art. préc., n° 27 : « La garantie conventionnelle ne doit jamais nuire à l'acheteur, elle ne doit pas l'empêcher de profiter de la garantie légale chaque fois que celle-ci est plus favorable ». Cette affirmation doit malgré tout être nuancée, dans la mesure où elle ne vise que les vendeurs professionnels. V., plus généralement, sur la validité des clauses limitatives de garantie, P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *op. cit.*, n° 224.

¹⁷⁵⁶ P. ANCEL, « Garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », art. préc., n° 7 et s. Les parties, selon cet auteur, peuvent stipuler un délai de prescription particulier, établir une présomption d'antériorité du vice ou encore étendre la garantie des vices cachés aux vices présentant une moindre gravité.

¹⁷⁵⁷ P. ANCEL, « Garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », art. préc., n° 15 et s. Ainsi, le vendeur serait tenu de réparer gratuitement la chose atteinte du vice, quel que soit le prix de la réparation. De plus, la garantie pourrait être étendue au fabricant.

¹⁷⁵⁸ En ce sens, B. GROSS et Ph. BIHR, *op. cit.*, n° 361 ; P. ANCEL, « Garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », art. préc., n° 2.

¹⁷⁵⁹ B. GROSS, *op. cit.*, n° 156. L'auteur, qui examine principalement l'existence de telles clauses dans le contrat de vente, souligne toutefois leur rareté.

¹⁷⁶⁰ A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 6^{ème} éd., Le Moniteur, 2006, n° 445 et s. ; B. SOINNE, *op. cit.*, p. 956 et s.

¹⁷⁶¹ V. sur cette question J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 202 et s.

¹⁷⁶² V., sur le régime juridique attaché à la qualification d'exclusion de risque et sur la rigueur des juges à cet égard, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 1193 et s.

directe de la victime contre l'assureur, puisque les exceptions fondées sur le contrat d'assurance lui sont en principe opposables.

Il arrive également que les parties s'accordent pour conclure un contrat qui n'accorde pas la protection la plus étendue, les primes dues par l'assuré connaissant alors une diminution corrélative. La valeur assurée est alors inférieure à celle, réelle, du bien assuré. Parfaitement licite, ce cas de figure est prévu par l'article L. 121-5 du Code des assurances. L'étendue de la garantie est alors diminuée par la volonté des parties, particulièrement celle de l'assuré.

Les assureurs peuvent aussi, de leur propre chef, apporter des restrictions à leur obligation de règlement à travers des plafonds de garantie. Dans ce cas, l'assuré ne peut obtenir davantage qu'une somme maximale prévue au contrat, même si le montant du dommage lui est supérieur. La Cour de cassation semble accorder une certaine bienveillance à cette clause, puisqu'elle retient une interprétation assez restrictive des stipulations prévoyant une reconstitution de la garantie¹⁷⁶³. Peuvent également être prévues des franchises, c'est-à-dire la déduction des sommes dues par l'assureur d'une certaine partie du montant, laissée à la charge de l'assuré¹⁷⁶⁴. Elles peuvent varier selon l'importance du sinistre, et même se cumuler avec un éventuel plafond de garantie.

Respectueuses de la liberté contractuelle, ces solutions profitent finalement à l'ensemble des parties, dans la mesure où le plafonnement de l'indemnisation a aussi pour effet d'éviter le gonflement des primes d'assurances et le désengagement de trop nombreux assureurs¹⁷⁶⁵. Elles montrent que l'application de la liberté contractuelle dans le cadre de l'assurance joue plutôt en faveur du garant, pour des raisons d'équilibre global de l'opération et de l'activité d'assurance. Cette liberté est toutefois encadrée, de façon à atteindre un point d'équilibre entre les intérêts des intervenants.

¹⁷⁶³ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 1996, *Bull. civ. I*, n° 299 ; *Resp. civ. assur.* mars 1996, p. 4, chron. H. GROUDEL ; *RGDA* 1996, p. 920, note Ph. REMY ; v. également Cass. civ. 2^{ème}, 3 juillet 2001 (3 arrêts), *D.* 2001, p. 3564, note B. BEIGNIER. La question de la reconstitution de la garantie se pose lorsqu'un même sinistre se produit plusieurs fois. Les parties peuvent prévoir une reconstitution de la garantie, automatique ou non. S'agissant de l'assurance de responsabilité d'établissements de transfusion sanguine, les juges ont interprété une clause ambiguë dans un sens très favorable aux assureurs. La reconstitution n'est pas automatique, et le plafond constitue une limite pour chaque année d'assurance.

¹⁷⁶⁴ Le législateur, cependant, prohibe parfois ces franchises. Ainsi, l'article L 242-1 du Code des assurances prévoit leur interdiction dans les assurances construction, lorsque le dommage est matériel. Les clauses qui les mettent en place sont alors inopposables aux bénéficiaires de l'indemnité : v, en ce sens, Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 1986, *Bull. civ. I*, n° 46.

¹⁷⁶⁵ V., sur les motifs présidant à l'établissement de plafonds de garantie, J. BIGOT (dir.), *op. cit.*, n° 1549 et s.

451. Notion de garantie et influence de la volonté des parties sur le régime des garanties.

Ainsi, de nombreuses garanties laissent une place finalement importante aux parties pour déterminer et moduler le contenu des obligations du garant. Si un phénomène d'encadrement croissant touche les garanties personnelles, il a été démontré que les garanties réelles sont touchées par un mouvement inverse. Si elles sont dans l'ensemble plus automatiques que les garanties de paiement, les garanties d'indemnisation, voire d'assurance, ne sont pas insensibles à la volonté des parties.

De plus, le rôle de la notion de garantie apparaît assez limité en la matière. Il peut exister ponctuellement, par exemple dans la perspective d'une unification de la protection des garants personnels ou réels. Mais dans l'ensemble, la diversité entre les différentes catégories de garanties demeure trop importante. En particulier, les règles impératives gouvernant la garantie obéissent, tantôt à la volonté de protéger le garant contre un engagement trop rigoureux, tantôt à celle de protéger le plus efficacement possible les intérêts du bénéficiaire. La notion de garantie, tendue vers le seul but de préservation d'un intérêt, doit donc être conciliée avec d'autres impératifs tout aussi pressants.

452. Conclusion de la Section 2. Les parties se voient attribuer un rôle différent selon la garantie envisagée, y compris au sein de chaque catégorie de garanties.

Le pouvoir créateur des parties peut s'exprimer par deux différents moyens. Elles peuvent, soit influencer sur la qualification de la garantie, soit infléchir son régime. Mais la notion de garantie ne semble de toute façon exercer qu'une influence marginale sur cette question. Elle est susceptible de limiter le rôle des parties dans la qualification de certaines garanties, lorsque plusieurs mécanismes font double emploi, et que l'un d'eux ne vise qu'à éluder une autre qualification moins avantageuse, mais impérative. Tel est le cas en matière de garanties de paiement ou de garanties du droit des contrats. Mais cette unification est loin d'être réalisée en droit positif. De plus, l'encadrement de la volonté individuelle ne révèle, ni une unité de règles, ni un caractère particulièrement contraignant de la garantie. A cet égard, ce sont les garanties d'assurance qui apparaissent les plus impératives.

De même, le régime des garanties est parfois très modulable par les parties. Leur liberté contractuelle peut s'exprimer dans différents sens. Certaines garanties demeurent inflexibles à la volonté individuelle, tandis que d'autres l'encadrent de manière à protéger le garant contre la sévérité de son engagement, et que d'autres encore font au contraire obstacle à une libération trop aisée du garant. Ce constat emporte plusieurs conséquences. D'abord, l'unité de la garantie n'est, de ce point de vue, pas réalisée. Ensuite, la notion de garantie ne

peut produire des effets que ponctuellement, au sein d'une même catégorie de garanties, en raison de leur identité exacte de fonction. Enfin, certaines garanties préservent la faculté des parties d'assouplir l'engagement du garant, ce qui montre que son sort n'est pas nécessairement moins enviable que celui de tout débiteur.

453. Conclusion du Chapitre 2. L'idée selon laquelle la garantie serait particulièrement contraignante ne résiste pas à l'examen. Très variable, la contrainte exercée sur le garant n'est jamais telle qu'il soit tenu automatiquement sans pouvoir opposer de moyens de défense efficaces. Une étude attentive révèle que le garant, certes tenu plus sévèrement que tout débiteur, peut souvent invoquer la force majeure ou le fait du bénéficiaire pour se dégager de ses obligations. Ainsi, la garantie n'est caractérisée, ni par une sévérité dérogoratoire au droit commun, ni par son unité à ce sujet. Elle ne saurait déterminer, au mieux, qu'une unification des sanctions à l'égard du bénéficiaire fautif, pour certaines catégories de garanties.

De même, les parties disposent d'une large possibilité d'adapter les règles de la garantie. Leur volonté est diversement prise en compte, tant dans le choix de la garantie que dans l'aménagement de son régime. L'engagement du garant peut être tantôt alourdi, tantôt allégé. Les règles sont, à cet égard, plus contraignantes pour les parties dans le cadre des garanties d'indemnisation ou d'assurance, les intérêts protégés apparaissant comme des priorités aux yeux du droit positif. A l'inverse, les garants de paiement sont envisagés avec davantage d'indulgence. En toute hypothèse, la notion de garantie n'emporte une fois encore que peu de conséquences, hormis la possibilité d'une généralisation de certaines protections du garant ou sanctions du bénéficiaire à l'ensemble d'une catégorie de garanties. Pour le reste, les paramètres déterminant le régime de la garantie sont nombreux et variés. Il est d'abord logique que le garant soit plus sévèrement tenu lorsqu'il est le débiteur lui-même que lorsqu'il garantit la dette d'autrui. Le contenu de ses engagements doit nécessairement être renforcé. Ensuite, le droit positif oscille toujours entre la volonté de ne pas laisser le bénéficiaire sans protection et celle de ne pas compromettre le crédit du garant. La césure, comme en droit commun, s'opère dans une large mesure en fonction de la qualité des intervenants. Cela montre que la garantie emprunte beaucoup au droit commun, au lieu de s'opposer frontalement à lui, et répond largement à des considérations de politique législative.

454. Conclusion du Titre 2. Les garanties débouchent sur des résultats contrastés. Quel que soit le dommage couvert, il est souvent indemnisé par équivalent ou, à défaut, par une somme qui n'est pas nécessairement équivalente au montant du préjudice. L'étendue de la réparation

varie aussi en fonction de la garantie utilisée. Si la garantie a pour caractéristique de protéger le bénéficiaire, l'étendue et la qualité de cette protection fluctuent en fonction de nombreux paramètres parfois étrangers à la notion de garantie. Il est donc difficile de parler d'unité à ce sujet, et plus encore de satisfaction maximale du bénéficiaire.

Aucune règle générale ne se dégage non plus au stade de la contribution à la dette. S'il est bien évident que le garant *solvens* bénéficie d'un recours contre le débiteur définitif de la dette, ce qui n'est en rien une particularité des garanties, la détermination de ce débiteur n'est pas unitaire. Il est possible que la garantie ait été fournie par un tiers à la relation principale, si elle existe, mais aussi par le débiteur principal lui-même, qui a pu s'engager au-delà du droit commun. Dans ce dernier cas, il ne dispose bien entendu d'aucune action récursoire. Lorsque, à l'inverse, le garant est un tiers, le principe du recours est admis, mais son fondement prête à discussion. Le recours subrogatoire est souvent sollicité, mais certains recours personnels viennent s'ajouter ou se substituer à lui.

Si le bénéficiaire n'obtient que des résultats inégaux, c'est aussi parce que le caractère impératif de la garantie est modéré. La garantie ne peut être considérée comme une obligation ou une technique automatique, interdisant au garant de se délier par quelque moyen que ce soit. Elle emprunte souvent des mécanismes issus du droit commun des obligations, et donne lieu à des obligations de règlement qui n'ont parfois rien d'original, du point de vue de l'exonération par la force majeure ou la faute de la victime. C'est parfois la simple adjonction d'un mécanisme supplémentaire qui crée l'effet de garantie, sans que ce mécanisme soit particulièrement contraignant pour le garant. Ce qu'on appelle l'obligation de garantie ne mérite donc pas nécessairement ce titre en raison de sa sévérité.

De plus, les parties peuvent parfois, sans que cela ne soit systématique, modeler à leur guise l'engagement du garant, par exemple l'étendue de sa dette, les conditions de sa poursuite et les causes d'exonération qu'il peut soulever. A cet égard, la garantie peut être alourdie ou, au contraire, allégée par les parties. Tandis que la tendance est plutôt à la protection du garant contre la souscription de garanties de paiement trop sévères, on évite au contraire qu'il puisse se dégager trop facilement de ses engagements en matière de garanties de paiement. Ainsi, la clé du rôle des parties dans les garanties réside davantage dans leur rapport de force et dans l'intérêt protégé que dans la notion même de garantie.

455. Conclusion de la 2^{ème} partie. La notion fonctionnelle de garantie, utile d'un point de vue théorique pour déterminer la structure et l'étendue dans le temps des différentes garanties,

n'emporte néanmoins que peu de conséquences sur le régime de la garantie. Si nombre d'entre elles peuvent être considérées comme des accessoires d'une créance, tel n'est pas toujours le cas, les garanties d'assurance n'entrant que parfois dans cette catégorie. De plus, le lien entre la garantie et l'obligation principale, lorsqu'elle existe, fluctue considérablement. L'existence et la transmission des garanties ne s'expliquent qu'imparfaitement par leur caractère accessoire.

Par ailleurs, les garanties ne se singularisent pas par leur extrême sévérité envers le garant, ni pour la qualité de ses résultats à l'égard du bénéficiaire. Les mécanismes qu'elle emprunte sont trop variés pour donner lieu à des solutions d'ensemble. Dans la plupart des cas, la réparation des intérêts du bénéficiaire par le garant ne diverge pas fondamentalement des règles de droit commun. Elle ne lui procure un avantage qu'en raison de son adjonction au principal. La contribution à la dette ne dépend pas davantage de la notion de garantie. Elle est déterminée par les règles générales du paiement de la dette d'autrui. Enfin, si certaines garanties reposent sur un engagement du garant plus sévère qu'en droit commun, il possède généralement des causes d'exonération, et ces règles, assez disparates, ne dépendent pas de la notion de garantie. On peut donc affirmer que la garantie ne constitue pas une catégorie homogène de mécanismes automatiques ou plus exigeants que le droit commun à l'égard du garant. Les garanties mènent à des résultats différents par des moyens variés, sont consenties par le débiteur lui-même ou un tiers, et n'imposent pas nécessairement de contraintes particulières vis-à-vis du garant. L'une des parties fait parfois l'objet d'une protection, sans que cela ne soit systématique, et il s'agit, tantôt du garant, tantôt du bénéficiaire. La recherche d'unité se solde par un indéniable constat d'échec. Le régime de la garantie n'a rien de caractéristique parce qu'il est transcendé par des règles connues du droit commun et divisé par la multiplicité des mécanismes utilisés.

CONCLUSION GÉNÉRALE

456. Conclusion sur la notion de garantie. Il est finalement possible d'appréhender la notion de garantie malgré la diversité des mécanismes auxquels elle fait appel. Pour cela, il est nécessaire de ne pas se borner, comme l'a fait la doctrine du droit des contrats, à examiner l'une ou l'autre des catégories particulières de garanties, mais au contraire d'adopter la démarche la plus large possible. En effet, de nombreux mécanismes très différents peuvent être classés parmi les garanties. Des notions conceptuelles issues du droit des obligations telles que l'erreur, la cause ou la responsabilité, sont trop limitées pour pouvoir fonder l'ensemble des garanties, même si elles présentent des points de ressemblance avec certaines d'entre elles. Toutes se heurtent à des obstacles rédhibitoires, car elles sont trop étroites et inadaptées à certaines garanties. Il est préférable d'abandonner ces définitions conceptuelles pour se tourner vers une approche finaliste, fonctionnelle, utilisée en matière de sûretés et d'assurance. La garantie est caractérisée par son objectif de protection du bénéficiaire contre un événement, qu'il s'agisse de l'inexécution d'une obligation ou de la survenance d'un quelconque dommage.

L'adoption de cette optique fonctionnelle ne suffit cependant pas à faire de la garantie une notion structurée. Les auteurs ne la définissent généralement ainsi que pour la comparer aux sûretés ou à l'assurance, sans en déduire de conséquences plus précises. Il apparaît rapidement que le critère de la garantie est la couverture d'un risque, ce risque étant entendu comme la possibilité de survenance d'un événement dommageable pour le bénéficiaire. C'est donc l'incertitude qui se trouve au centre de la garantie. Celle-ci désigne tout mécanisme destiné à procurer une sécurité au bénéficiaire en réduisant la possibilité de réalisation d'un dommage ou en prévoyant une compensation de nature à le rétablir dans ses droits.

Ainsi entendue, la garantie couvre un domaine très large. Elle requiert simplement un mécanisme de prise en charge du risque, dérogoire au droit commun et venant s'ajouter à une situation préexistante. La garantie s'étend donc des sûretés personnelles et réelles,

largement entendues¹⁷⁶⁶, à la responsabilité délictuelle et parfois contractuelle, aux garanties légales et conventionnelles du droit des contrats, puis à l'assurance et aux fonds d'indemnisation. Dans ces conditions, dégager des règles communes nécessite au moins de classer les différents risques garantis. Tandis que les sûretés et les mécanismes assimilables à elles tendent à assurer à un créancier le paiement d'une créance, les garanties du droit des contrats et la responsabilité font en sorte que la réparation d'un dommage ne reste pas lettre morte, et l'assurance et les fonds de garantie prennent en charge un risque beaucoup plus diffus et indépendant d'une obligation préalable. Cette classification ne saurait pourtant présenter de valeur autre que pédagogique, car les risques couverts s'entremêlent et certaines institutions peuvent remplir simultanément plusieurs fonctions différentes.

Même si la définition large, fonctionnelle, de la garantie a pour effet de faire cohabiter des mécanismes en apparence très dissemblables, elle n'en demeure pas moins porteuse d'unité. En effet, le critère de la couverture du risque a pour corollaire l'existence de deux phases. La première a simplement pour objet de procurer une sécurité au bénéficiaire, sans pour autant qu'il n'obtienne immédiatement satisfaction. A ce stade de la garantie, le risque ne s'est pas encore réalisé, si bien que le garant, tout en étant d'ores et déjà engagé, n'a aucune prestation particulière à accomplir. C'est uniquement une fois le dommage survenu que la garantie pourra réaliser son but, c'est-à-dire restaurer les intérêts du bénéficiaire.

Sans être spécifique aux mécanismes de garantie, cette structure s'y retrouve nécessairement du fait de la fonction de couverture du risque. Si elle peut être rapprochée de la distinction des obligations de couverture et de règlement, celle-ci demeure insuffisante. En effet, aucune obligation réelle ou personnelle spécifique à la garantie n'incombe au garant tant que le risque ne s'est pas réalisé. Même au stade du règlement de sa dette par le garant, certaines garanties, telles que les sûretés réelles, ne mettent pas à sa charge de véritable obligation. Une étude de la notion de garantie amène donc, tout en validant l'analyse dualiste des garanties, à étendre son domaine tout en l'amendant quelque peu.

Ces deux phases de la garantie, couverture et règlement, sont dissociées dans le temps. La couverture du risque s'étend du moment où le risque est créé et pris en charge par le garant, jusqu'à ce que l'incertitude soit entièrement levée. Les obligations de règlement, quant à elles, prennent forme chaque fois qu'un risque se réalise durant la période de couverture.

¹⁷⁶⁶ Les mécanismes issus du droit des obligations ou des biens, et utilisés aux fins de garanties, peuvent de ce point de vue être assimilés aux sûretés proprement dites.

Au-delà de cette structure commune, toutefois, les apports de la notion de garantie s'avèrent assez décevants. La fonction de garantie, en effet, peut être remplie par une multitude de mécanismes ne présentant guère de points communs et, plus radicalement, ne pouvant en présenter. Quel que soit l'angle d'approche de son régime juridique, la garantie donne lieu à une certaine diversité et, surtout, cette notion ne donne jamais l'impression d'exercer une influence majeure.

Peut-on qualifier la garantie d'accessoire ? Elle vient, certes, renforcer les droits de son destinataire, mais la notion d'accessoire, qui suppose un lien avec un élément principal présentant une certaine consistance, ne peut donc s'appliquer aux garanties indépendantes d'une obligation de premier rang. Il faudrait admettre, pour restaurer une certaine unité, que la garantie soit l'accessoire d'un simple intérêt, ce à quoi nous nous refusons en raison du flou entourant ce concept. Même au regard de la règle de l'accessoire, le degré de dépendance entre le principal et la garantie varie considérablement. Lorsque la garantie vise à l'exécution d'une obligation, le lien entre elles ne saurait être entièrement rompu, mais apparaît souvent distendu par la création de garanties plus efficaces et se heurte souvent à la finalité de la garantie avec laquelle il entre paradoxalement en contradiction. Le degré d'accessoire, en toute hypothèse, dépend de l'objet exact de la garantie, variant selon que le garant paie la dette même du débiteur, son décalque, une obligation indépendante, ou encore indemnise l'entier préjudice.

La garantie constituerait-elle un mécanisme exorbitant du droit commun en raison de son automaticité et de son efficacité ? Rien ne permet de fournir une réponse parfaitement affirmative à cette interrogation. Les résultats auxquels peut prétendre le bénéficiaire sont très comparables à ceux obtenus par tout créancier, ce qui n'a rien d'étonnant étant donné que nombre de garanties résultent de mécanismes issus du droit commun et sont ajoutés à un rapport de droit préexistant pour renforcer la sécurité du créancier. Ni la nature de la prestation du garant, ni son étendue, ne se démarquent particulièrement des principes habituels du droit des contrats et de la responsabilité. De plus, le bénéficiaire est susceptible, selon la garantie employée, de se heurter à des obstacles découlant de la protection du garant.

Envisagée, cette fois, du point de vue du garant, la garantie n'est pas marquée par une sévérité excessive. Contrairement à ce qui est parfois prétendu, une garantie n'écarte pas nécessairement l'exonération de son débiteur à raison d'un événement doté des caractères de la force majeure. La prise en compte du comportement du bénéficiaire confirme que le caractère automatique de la garantie n'est pas aussi absolu qu'on pourrait le croire. Enfin, les

parties peuvent jouer un rôle non négligeable dans la détermination du sort du garant. Mais là encore, leur volonté n'est pas toujours dirigée vers un alourdissement des obligations du garant. Elle peut également, selon les garanties, être canalisée dans le sens de sa protection.

La notion de garantie ne peut donc être associée à un régime unitaire, car elle se compose de mécanismes disparates et se trouve sujette à des influences diverses et contradictoires. Bien souvent, la garantie emprunte des mécanismes très connus qui viennent la limiter, et tire davantage son efficacité de son adjonction au droit commun que de sa propre dynamique. Tirillée entre son objectif de protection du bénéficiaire et ses mécanismes souvent issus du droit commun, elle ne peut qu'inégalement remplir sa fonction et nourrit donc un certain paradoxe. Pourtant, il ne faut pas en conclure que le besoin de sécurité toujours plus pressant soit voué à demeurer insatisfait. C'est en effet la simple adjonction de la garantie au droit commun qui assure un accroissement de la protection du bénéficiaire. De plus, la pratique a su, au cours des siècles, élaborer des garanties dotées d'une efficacité de plus en plus grande, en même temps qu'étaient protégés des intérêts toujours plus diversifiés.

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

Ouvrages généraux

- P. ANCEL, *Droit des sûretés*, 4^{ème} éd., Litec, 2006.
- P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil, Les contrats spéciaux*, 5^{ème} éd., Litec, 2007.
- Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. II, 3^{ème} éd., Imp. et librairie générale de jurisprudence, 1863.
- Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. III, 7^{ème} éd., par P. ESMEIN, Librairies techniques, 1968.
- Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. IV, 8^{ème} éd., par N. DEJEAN DE LA BATIE, Librairies techniques, 1989.
- Ch. AUBRY et Ch. RAU, *Droit civil français*, t. VI, 7^{ème} éd., par A. PONSARD et N. DEJEAN DE LA BATIE, Librairies techniques, 1975.
- L. AYNES et P. CROCQ, *Les sûretés, la publicité foncière*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2008.
- M. BACACHE-GIBEILI, *Droit civil*, t. V, *La responsabilité extracontractuelle*, Economica, 2007.
- G. BAUDRY-LACANTINERIE, et L. SAIGNAT, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XIX, *De la vente et de l'échange*, 3^{ème} éd., Larose et Ténin, 1908.
- G. BAUDRY-LACANTINERIE et A. WAHL, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. XXVII, *Des contrats, aléations du mandat, du cautionnement, de la transaction*, 3^{ème} éd., Larose et Ténin, 1907.
- A. BENABENT, *Les obligations*, 11^{ème} éd., Montchrestien, 2007.
- A. BENABENT, *Les contrats civils et commerciaux*, 7^{ème} éd., Montchrestien, 2006.
- Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. IV, *Les biens*, par P. VOIRIN, A. Rousseau, 1938.
- Ch. BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. VIII, *Les contrats et les obligations*, 2^{ème} éd., par G. LAGARDE, A. Rousseau, 1936.
- Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. XI : *la vente, le louage de chose*, 2^{ème} éd., par J. BRETHER DE LA GRESSAYE, 1938.
- Ch. BEUDANT et P. LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Cours de droit civil français*, t. XIII, *Les sûretés personnelles*, 2^{ème} éd., par P. VOIRIN, 1948.

- J. BIGOT (dir.), *Traité de droit des assurances*, t. 3, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, 2002.
- G. BRIERE DE L'ISLE, *Droit des assurances*, 2^{ème} éd., PUF, 1986.
- Ph. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2005.
- M. CABRILLAC, Ch. MOULY, S. CABRILLAC et Ph. PETEL, *Droit des sûretés*, 8^{ème} éd., Litec, 2007.
- J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2006.
- J. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 4, *Les obligations*, 22^{ème} éd., PUF, 2000.
- J. CARBONNIER, *Droit civil, Les biens, les obligations*, PUF, 2004.
- A. CASTON, *La responsabilité des constructeurs*, 6^{ème} éd., Le Moniteur, 2006.
- F. CHAPUISAT, *Le droit des assurances*, PUF, Que sais-je, 1995.
- Y. CHARTIER, *La réparation du préjudice*, Dalloz, 1996.
- F. COLLART DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, 8^{ème} éd., Dalloz, 2007.
- R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, t. 5, 1925.
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 1, *Contrat et engagement unilatéral*, PUF, 2008.
- M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, 2007.
- A. FAVRE ROCHEX et G. COURTIEU, *Fonds d'indemnisation et de garantie*, LGDJ, 2003.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 1 : *L'acte juridique*, 12^{ème} éd., Sirey, 2006.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 2 : *quasi-contrats, responsabilité délictuelle*, 12^{ème} éd., Sirey, 2007.
- J. FLOUR, J.-L. AUBERT, Y. FLOUR et E. SAVAUX, *Droit civil, les obligations*, t. 3, *le rapport d'obligation*, 5^{ème} éd., Sirey, 2007.
- J. FRANÇOIS, *Les obligations, régime général*, Economica, 2000.
- J. FRANÇOIS, *Les sûretés personnelles*, Economica, 2004.
- E. GAUDEMET, *Théorie générale des obligations*, 1937.
- J. GHESTIN, *Conformité et garanties dans la vente*, LGDJ, 1983.
- J. GHESTIN et B. DESCHE, *Traité des contrats, la vente*, LGDJ, 1990.
- J. GHESTIN, *La formation du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1993.
- J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Les effets du contrat*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2001.
- J. GHESTIN, M. BILLIAU et G. LOISEAU, *Le régime des créances et des dettes*, LGDJ, 2005.
- J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

- P. F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, par J.-Ph. LEVY, Dalloz, 2003.
- B. GROSS et Ph. BIHR, *Contrats*, 2^{ème} éd., PUF, 2002.
- H. GROUDEL, *Le contrat d'assurance*, Dalloz, 1995.
- H. GROUDEL, F. LEDUC, Ph. PIERRE et M. ASSELAIN, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, 2008.
- J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001.
- A. JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté*, 5^{ème} éd., Litec, 2007.
- G. JEZE, *Les principes généraux du droit administratif*, t. I, 3^{ème} éd., 1925.
- M.-N. JOBARD-BACHELLIER, M. BOURASSIN et V. BREMOND, *Droit des sûretés*, Sirey, 2007.
- J. KULLMANN, *Lamy Assurances*, 2008.
- Y. LAMBERT-FAIVRE et L. LEVENEUR, *Droit des assurances*, 12^{ème} éd., Dalloz, 2005.
- Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. II, *Les biens, droits réels principaux*, 5^{ème} éd., Economica, 2006.
- Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, 1^{ère} partie, *Conditions de formation du contrat*, 6^{ème} éd., Economica, 2007.
- Ch. LARROUMET, *Droit civil*, t. III, 2^{ème} partie, *Effets du contrat*, 6^{ème} éd., Economica, 2007.
- P.-M. LE CORRE et E. LE CORRE-BROLY, *Droit des entreprises en difficulté*, 2^{ème} éd., Sirey, 2006.
- D. LEGEAIS, *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, 6^{ème} éd., 2008.
- Ph. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz Actions, éd. 2008-2009.
- Ph. LE TOURNEAU, *Responsabilité des vendeurs et fabricants*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2005.
- J.-Ph. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Dalloz, 2002.
- Ph. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Les contrats spéciaux*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007.
- Ph. MALAURIE, L. AYNES et Ph. STOFFEL-MUNCK, *Les obligations*, 3^{ème} éd., Defrénois, 2007.
- Ph. MALINVAUD, *Droit des obligations*, 10^{ème} éd., Litec, 2003.
- Ph. MALINVAUD, Ph. JESTAZ, P. JOURDAIN et O. TOURNAFOND, *Droit de la promotion immobilière*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2004.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, Les obligations*, t. I, *les sources*, 2^{ème} éd., Sirey, 1988.
- G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 2^{ème} éd. par Ph. JESTAZ, Sirey, 1987.

- H., L. et J. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. I, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1965.
- H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol., *Obligations, théorie générale*, 9^{ème} éd., par F. CHABAS, Montchrestien, 1998.
- H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. 3, vol. 1, *Sûretés, publicité foncière*, 7^{ème} éd., par F. PICOD, Montchrestien, 1999.
- J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit commun des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.
- J. MESTRE, E. PUTMAN et M. BILLIAU, *Droit spécial des sûretés réelles*, LGDJ, 1996.
- F. PEROCHON et R. BONHOMME, *Entreprises en difficulté, instruments de paiement et de crédit*, 7^{ème} éd., LGDJ, 2006.
- M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, t. I, *le contrat d'assurance*, 5^{ème} éd., LGDJ, 1982.
- F. PICOD, *Droit des sûretés*, PUF, 2008.
- S. PIEDELIEVRE, *Les sûretés*, 4^{ème} éd., Armand Collin, 2004.
- M. PLANIOL, G. RIPERT et J. BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *Obligations, contrats, sûretés réelles*, 3^{ème} éd., LGDJ, 1949.
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. X, *Contrats civils*, 1^{ère} partie, 2^{ème} éd., par J. HAMEL, LGDJ, 1956.
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, *Contrats civils*, 2^{ème} partie, 2^{ème} éd., LGDJ, 1954.
- M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XII, *Sûretés réelles*, 2^{ème} partie, 2^{ème} éd., par E. BECQUE, LGDJ, 1953.
- POTHIER, *Œuvres complètes*, t. III, *Traité du contrat de vente et des retraits*, Siffrein, Chanson, 1821.
- P. PUIG, *Contrats spéciaux*, Dalloz, 2005.
- R. RODIERE, *La responsabilité civile*, A. Rousseau, 1952.
- R. RODIERE, *Droit maritime*, Dalloz, 1983.
- H. ROLAND et L. BOYER, *Adages du droit français*, 4^{ème} éd., Litec, 1999.
- A. SERIAUX, *Contrats civils*, PUF, 2001.
- A. SERIAUX, *Droit des obligations*, PUF, 2006.
- Ph. SIMLER, *Cautionnement et garanties autonomes*, 3^{ème} éd., Litec, 2000.
- Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Droit civil, les sûretés, la publicité foncière*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2004.

- B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, t. I, *Responsabilité délictuelle*, 5^{ème} éd., Litec, 1996.
- B. STARCK, H. ROLAND et L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, t. II, *Le contrat*, 6^{ème} éd., Litec, 1998.
- F. TERRE et Ph. SIMLER, *Droit civil, les biens*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2006.
- F. TERRE, Ph. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Les obligations*, 9^{ème} éd., Dalloz, 2005.
- Ph. THERY, *Sûretés et publicité foncière*, 2^{ème} éd., PUF, 1998.
- G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2008.
- G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les conditions de la responsabilité*, 3^{ème} éd., LGDJ, 2006.
- G. VINEY et P. JOURDAIN, *Les effets de la responsabilité*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2001.
- P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, Librairie du recueil général des lois et des arrêts et du journal du palais, 1893.
- F. ZENATI-CASTAING et Th. REVET, *Les biens*, 3^{ème} éd., PUF, 2008.

Ouvrages spéciaux, monographies et thèses

- H. ABERKANE, *Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels, essai d'une théorie générale de l'obligation propter rem en droit positif français*, préf. M. FREJAVILLE, LGDJ, 1957.
- M. ALTER, *L'obligation de délivrance dans la vente de meubles corporels*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1972.
- P. ANCEL, *Les sûretés personnelles non accessoires en droit français et comparé*, thèse Dijon, 1981.
- R. ANCELY, *Des effets de la garantie en matière de vices cachés*, thèse Toulouse 1901.
- P.-H. ANTONMATTEI, *Contribution à l'étude de la force majeure*, préf. B. TEYSSIE, LGDJ, 1992.
- A. AREF, *De la théorie générale de la garantie des vices cachés (à l'exclusion de la vente d'animaux domestiques)*, Lovitan, 1936.
- A. AYNES, *Le droit de rétention, unité ou pluralité ?*, préf. Ch. LARROUMET, Economica, 2005.
- M. BACACHE-GIBEILI, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. LEQUETTE, LGDJ, 1996.
- J. BELISSENT, *Contribution à l'analyse de la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, préf. R. CABRILLAC, LGDJ, 2001.

- M. BILLIAU, *La délégation de créance, Essai d'une théorie juridique de la délégation en droit français*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1989.
- H. BOUCARD, *L'agrégation de la livraison dans la vente : essai de théorie générale*, préf. Ph. REMY, LGDJ, 2005.
- J.-C. BOULAY, *La conformité des biens dans la vente de meubles corporels, étude comparative*, thèse Paris, 1979.
- M. BOURASSIN, *L'efficacité des garanties personnelles*, préf. M.-N. JOBART-BACHELLIER et V. BREMOND, LGDJ, 2006.
- M. BOUTONNET, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, préf. C. THIBIERGE, LGDJ, 2005.
- L. BOYER, *La notion de transaction*, préf. J. MAURY, Sirey, 1947.
- R. BRADGATE, *Commercial Law*, 3^{ème} éd., Butterworths, 2000.
- F. BUSSIERE, *Garanties personnelles et procédures collectives*, thèse Paris I, 2002.
- F. BUSSY-DUNAUD, *La notion de concours d'actions*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1988.
- R. CABRILLAC, *L'acte juridique conjonctif en droit privé français*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1990.
- H. CAPITANT, *De la cause des obligations*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1927.
- A. CARRASCO PEREA, E. CORDERO LOBATO, M. J. MARIN LOPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi Ed., 2002.
- Ph. CASSON, *Les fonds de garantie*, préf. G. VINEY, LGDJ, 1999.
- R. CELICE, *L'erreur dans les contrats*, thèse Paris, 1922.
- A. CERMOLACCE, *Cause et exécution du contrat*, préf. J. MESTRE, PUAM, 2001.
- P. CHAUVEL, *Le vice du consentement*, thèse Paris II, 1981.
- P. COEFFARD, *Garantie des vices cachés et « responsabilité civile de droit commun »*, préf. Ph. REMY, LGDJ, 2005.
- F.-K. COMPARATO, *Essai d'analyse dualiste de l'obligation en droit privé*, Dalloz, 1964.
- A.-G. CORBET, *De la garantie en cas d'éviction dans la vente*, thèse Paris, éd. G. Retaux, 1867.
- G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, 2000.
- M. COZIAN, *L'action directe*, préf. A. PONSARD, LGDJ, 1969.
- P. CROCQ, *Propriété et garantie*, préf. M. GOBERT, LGDJ, 1995.
- O. DESHAYES, *La transmission de plein droit des obligations à l'ayant cause à titre particulier*, préf. G. VINEY, LGDJ, 2004.

- Ph. DUPICHOT, *Le pouvoir des volontés individuelles en droit des sûretés*, préf. M. GRIMALDI, éd. Panthéon-Assas, 2005.
- M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1992.
- J. FRANÇOIS, *Les opérations juridiques triangulaires attributives. Stipulation pour autrui et délégation de créance*, thèse Paris II, 1994.
- J. FROSSARD, *La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat*, LGDJ, 1965.
- M. FROMONT, *Droit allemand des affaires*, Montchestien, 2001.
- J. GHESTIN, *La notion d'erreur dans le droit positif actuel*, préf. J. BOULANGER, LGDJ, 1971, n° 392.
- S. GINOSSAR, *Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ, 1960.
- M. GIOVANOLI, *Le crédit-bail (leasing) en Europe : développement et nature juridique*, préf. J. HEMARD, Litec, 1980.
- G. GOUBEAUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1969.
- C. GRARE, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle. L'influence des fondements de la responsabilité sur la réparation*, préf. Y. LEQUETTE, Dalloz, 2005.
- D. GRIMAUD, *Le caractère accessoire du cautionnement*, préf. D. LEGEAIS, PUAM, 2001.
- B. GRIMONPREZ, *De l'exigibilité en droit des contrats*, préf. C. OPHELE, LGDJ, 2006.
- B. GROSS, *La notion d'obligation de garantie dans le droit des contrats*, préf. D. TALLON, LGDJ, 1964.
- A. GUEGAN-LECUYER, *Domages de masse et responsabilité civile*, préf. P. JOURDAIN, LGDJ, 2006.
- C. HOCHART, *La garantie d'éviction dans la vente*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1993.
- A. HONTEBEYRIE, *Le fondement de l'obligation solidaire en droit privé français*, préf. L. AYNES, Economica, 2004.
- C. HOUIN-BRESSAND, *Les contre-garanties*, préf. H. SYNDET, Dalloz, 2006.
- P. JACHMIG-JOLY, *La garantie des vices cachés, essai de théorie générale*, thèse Paris II, 1997.
- F. JACOB, *Le constitut ou l'engagement autonome de payer la dette d'autrui à titre de garantie*, préf. Ph. SIMLER, LGDJ, 1998.
- Ch. JAMIN, *La notion d'action directe*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1991.
- Ch. JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, préf. B. OPPETIT, LGDJ, 1987.

- L. JOSSERAND, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, A. Rousseau, 1897.
- M. DE JUGLART, *Obligations réelles et servitudes en droit privé français*, thèse Bordeaux, 1937.
- Ch. JUILLET, *Les accessoires de la créance*, thèse Paris II, 2007.
- J. JULIEN, *La responsabilité civile du fait d'autrui, ruptures et continuités*, préf. Ph. LE TOURNEAU, PUAM, 2001.
- Ph. KOURILSKY et G. VINEY, *Le principe de précaution*, Rapport au Premier ministre, Ed. Odile Jacob, La documentation française, 2000.
- Y.-M. LAITHIER, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. H. MUIR-WATT, LGDJ, 2004.
- Y. LARIVIERE, *Essai d'une théorie générale de la garantie en matière de transfert de droit : de la garantie d'éviction en fonction de la responsabilité*, thèse Paris, 1944.
- Ph. LAURENT, *L'enchevêtrement des actions de l'acheteur liées à l'état du bien vendu*, thèse Nantes, 1998.
- J.-P. LE GALL, *L'obligation de garantie dans le louage de choses*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1962.
- A.-S. LUCAS-PUGET, *Essai sur la notion d'objet du contrat*, préf. M. FABRE-MAGNAN, LGDJ, 2005.
- K. P. MCGUINNESS, *The Law of Guarantee*, 2^{ème} éd., Carswell, 1996.
- R. MENDEGRIS, *La nature juridique de la compensation*, préf. P. CATALA, LGDJ, 1969.
- J. MESTRE, *La subrogation personnelle*, préf. P. KAYSER, LGDJ, 1979.
- L. MICHON, *Des obligations propter rem dans le code civil*, thèse Nancy, 1891.
- M. MIGNOT, *Les obligations solidaires et les obligations in solidum en droit privé français*, préf. E. LOQUIN, Dalloz, 2002.
- F. MILLET, *La notion de risque et ses fonctions en droit privé*, préf. A. BENABENT et A. LYON-CAEN, Presses Universitaires de la Faculté de Droit de Clermont-Ferrand 2001.
- R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, thèse Paris, 1930.
- Ch. MOULY, *Les causes d'extinction du cautionnement*, préf. M. CABRILLAC, Litec, 1979.
- J.-L. MOURALIS, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, thèse Grenoble, 1968.
- G.-J. NANA, *La réparation des dommages causés par les vices d'une chose*, LGDJ, 1982.
- V. NICOLAS, *Essai d'une nouvelle analyse du contrat d'assurance*, LGDJ, préf. J. HERON, 1996.
- J. O'DONOVAN et J. PHILLIPS, *The Modern Contract of Guarantee*, English edition, Sweet and Maxwell, 2003.

- P.-D. OLLIER, *La responsabilité civile des père et mère, étude critique de son régime légal*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, 1961.
- M. OURY-BRULE, *L'engagement du codébiteur solidaire non intéressé à la dette : article 1216 du Code civil*, préf. C. FERRY, LGDJ, 2002.
- I. PETEL, *Les durées d'efficacité du contrat*, thèse Montpellier I, 1984.
- B. PETIT, *Le débiteur contractuel responsable ou garant de l'inexécution par le fait d'un tiers*, thèse Grenoble, 1980.
- R. PERROT, *De l'influence de la technique sur le but des institutions juridiques*, préf. R. LE BALLE, Sirey, 1953.
- A. PLANCQUEEL, *Contribution à l'étude des actions directes*, thèse Lille, 1935.
- S. PRIGENT, *L'engagement pour autrui*, thèse Rennes I, 2001.
- A. PRÜM, *Les garanties à première demande : essai sur l'autonomie*, préf. B. TEYSSIE, Litec, 1994.
- E. PUTMAN, *La formation des créances*, thèse Aix-Marseille, 1987.
- R. RAFFI, *L'obligation de garantie du constructeur immobilier*, thèse Bordeaux I, 1994.
- A. RICHARD, *Le paiement de la dette d'autrui*, préf. J.-B. DONNIER, PUAM, 2007.
- C. RIGALLE-DUMETZ, *La résolution partielle du contrat*, préf. Ch. JAMIN, Dalloz, 2003.
- G. ROBIN, « Le principe de la bonne foi dans les contrats internationaux », *Rev. dr. aff. int.* 2005, p. 695.
- M. ROBINEAU, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, préf. M.-L. DEMEESTER, Defrénois, 2006.
- J. ROCHFELD, *Cause et type de contrat*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, 1999.
- M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, 1974.
- C. RUSSO, *De l'assurance de responsabilité à l'assurance directe*, préf. G. MARTIN, Dalloz, 2001.
- S. SABATHIER, *Le droit des obligations à l'épreuve des procédures collectives*, thèse Toulouse, 2000.
- C. SAINCTELETTE, *De la responsabilité et de la garantie*, Bruylant, 1884.
- R. SALEILLES, *Les accidents du travail et la responsabilité civile : essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle*, A. Rousseau, 1897.
- J. SCAPEL, *La notion d'obligation réelle*, préf. P. JOURDAIN, PUAM, 2002.
- R.-N. SCHÜTZ, *Les recours du crédit-preneur dans l'opération de crédit-bail*, préf. Ph. REMY, PUF, 1994.

- Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, thèse Paris I, 1996.
- B. SOINNE, *La responsabilité des architectes et entrepreneurs après la réception des travaux : contribution à l'étude comparative de la garantie décennale et de la responsabilité civile de droit commun*, préf. J. PATARIN, LGDJ, 1969.
- B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, thèse Paris, 1947.
- Ph. STOFFEL-MUNCK, *L'abus dans le contrat*, préf. R. BOUT, LGDJ, 2000.
- M.-H. DE VALLOIS DE LAENDER, *Les sûretés négatives*, thèse Paris I, 1998.
- J.-M. VERDIER, *Les droits éventuels, contribution à la formation successive des droits*, A. Rousseau, 1955.
- A. VERGNES, *De la garantie dans les contrats à titre onéreux*, thèse Toulouse, 1934.
- G. VINEY, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, préf. A. TUNC, LGDJ, 1965.
- N. VOIDEY, *Le risque en droit civil*, préf. G. WIEDERKEHR, PUAM, 2005.

Articles et chroniques

- J.-F. ADELLE, « L'adoption de la fiducie a-t-elle remédié à la prohibition des cessions de créances en garantie du droit commun ? », *Rev. dr. banc. fin.* 2007, étude n° 5.
- P. ANCEL, « La garantie conventionnelle des vices cachés dans les conditions générales de vente en matière mobilière », *RTD com.* 1979, p. 203.
- P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD civ.* 1999, p. 771.
- P. ANCEL, « Les arrêts de 1988 sur l'action en responsabilité contractuelle dans les groupes de contrats, quinze ans après », *Mélanges en l'honneur de A. PONSARD*, Litec, 2003, p. 3.
- P. ANCEL, « Aperçus de droit comparé sur la transposition de la directive 1999/4/CE sur la garantie dans la vente de biens de consommation », *RDC* 2005, p. 881.
- L. ANDREU, « La caution et le dol subi par le débiteur », *D.* 2008, p. 514.
- D. ARLIE, « Pour une juste conception du porte-fort d'exécution », *D.* 2006, p. 2244.
- Ch. ATIAS, « L'équilibre renaissant de la vente », *D.* 1993, chron. p. 1.
- Ch. ATIAS, « La distinction du vice caché et de la non-conformité », *D.* 1993, chron. p. 265.
- J.-L. AUBERT, *Rép. civ. Dalloz, V° Novation*, 2003.
- C. AUBERT DE VINCELLES, *Rép. civ. Dalloz, V° Porte-fort*, 2005.
- A. AYNES, « La consécration légale des droits de rétention », *D.* 2006, p. 1301.

- A. AYNES, « L'extension du droit de rétention dans le projet de réforme des procédures collectives », *Rev. proc. coll.* 2008, étude n° 13.
- L. AYNES, « Problèmes actuels des sûretés personnelles, Rapport français », in *Travaux de l'Association Henri Capitant*, t. 47, *Les garanties de financement*, LGDJ, 1996, p. 375.
- L. AYNES, « L'obligation de loyauté », *Archives de philosophie du droit*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 195.
- L. AYNES, « Rapport de synthèse », in *La date de naissance des créances*, LPA 9 novembre 2004, p. 61.
- R. BAILLOD, « Les lettres d'intention », *RTD com.* 1992, p. 547.
- F. BARON, « La date de naissance des créances contractuelles à l'épreuve du droit des procédures collectives », *RTD com.* 2001, p. 1.
- O. BARRET, « A propos de la transmission universelle du patrimoine d'une société », *Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 109.
- A.-S. BARTHEZ, « Désordre dans les sources du contrat de cautionnement : l'exemple de l'information de la caution », *RDC* 2008, p. 587.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, « La date de naissance de la créance issue d'un contrat synallagmatique à exécution successive », in *La date de naissance des créances*, LPA 9 novembre 2004, p. 41.
- A. BENABENT, « Conformité et vices cachés dans la vente : l'éclaircie », *D.* 1994, chron. p. 115.
- A. BESSON, « Le contrat d'assurance et la morale », *Etudes offertes à G. RIPERT*, t. II, LGDJ, 1950, p. 178.
- R. BONHOMME, « La dissociation des risques et de la propriété », *Etudes de droit de la consommation : liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p. 69.
- J. BORE, « Le recours entre coobligés *in solidum* », *JCP* 1967, I, 2126.
- D. BOULANGER, « Erreur, non-conformité, vice caché : la fin d'une confusion », *JCP N*, 1996, p. 1585.
- S. BROS, « Le gage-espèces », *Dr. et patr.* juil.-août 2007, p. 77.
- Ph. BRUN, « L'évolution des régimes particuliers de responsabilité du fait d'autrui », *Resp. civ. assur.*, hors-série, novembre 2000, p. 10.
- Ph. BRUN, « De quelques enseignements à tirer de la transposition de la directive CE du 25 mai 1999 », *RDC* 2005, p. 940.
- D. BUREAU, « Le gage-espèces : une sûreté atteignant sa maturité ? », *Dr. et patr.* déc. 1999, p. 22.

- M. CABRILLAC, « Les accessoires de la créance », *Études dédiées à A. WEILL*, Dalloz-Litec, 1983, p. 107.
- M. CABRILLAC, « Les sûretés conventionnelles sur l'argent », *Mélanges offerts à J. Derruppé*, GLN Joly éd. et Litec, 1991, p. 333.
- R. CABRILLAC, « Le projet de réforme du droit des contrats », *JCP* 2008, I, 190.
- L. CADIET, « Sur les faits et méfaits de l'idéologie de la réparation », *Mélanges offerts à P. DRAI*, Dalloz, 2000, p. 495.
- J. CALAIS-AULOY, « De la garantie des vices cachés à la garantie de conformité », *Mélanges Ch. MOULY*, t. II, Litec, 1998, p. 63.
- J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99.
- J. CARBONNIER, « La pulvérisation du droit en droits subjectifs », *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996.
- J. CARBONNIER, « La part du droit dans l'angoisse contemporaine », *Flexible droit*, 10^{ème} éd. LGDJ, 2001, p. 201.
- L. CASAUX-LABRUNEE, « Vice caché et défaut de conformité : propos non-conformistes sur une distinction viciée », *D.* 1999, chron. p. 1.
- N. CATALA-FRANJOU, « De la nature juridique du droit de rétention », *RTD civ.* 1967, p. 9.
- K. CHAPMAN et M. J. MEURER, « Efficient Remedies for Breach of Warranty », *Law and Contemporary Problems*, vol. 52, n° 1, 1989, p. 107.
- F. CHAPUISAT, « L'opposabilité au tiers bénéficiaire des exceptions au souscripteur du contrat », *RGAT* 1976, p. 123.
- Y. CHARTIER, « Rapport de synthèse » in « L'évolution du droit des sûretés », *RJC* 1982, n° spécial, p. 150.
- F. COLLART-DUTILLEUL, « Sur quelques inconvénients du nouveau régime de la garantie de conformité dans les ventes de meubles corporels aux consommateurs », *RDC* 2005, p. 921.
- M. CONTAMINE-RAYNAUD, « Les rapports entre la garantie à première demande et le contrat de base en droit français », *Études dédiées à R. ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 413.
- G. COURTIEU, « La caution dénaturée par la troisième chambre civile de la Cour de cassation », *Resp. civ. assur.* 2007, étude n° 2.
- P. CROCQ, « L'évolution des garanties de paiement : de la diversité à l'unité », *Mélanges Ch. MOULY*, t. II, Litec, 1998, p. 317.
- P. CROCQ, « Les développements récents de l'obligation d'information de la caution », *Mélanges M. CABRILLAC*, Dalloz, Litec, 1999, p. 349.

- P. CROCQ, « La réforme des procédures collectives et le droit des sûretés », *D.* 2006, p. 1306.
- P. CROCQ, « Lacunes et limites de la loi au regard du droit des sûretés », *D.* 2007, p. 1354.
- J.-J. DAIGRE, « Les substituts au cautionnement : de la lettre à la garantie. La revanche de la liberté », *JCP E* 1992, *Cahiers dr. entr.* 6-92, p. 4.
- R. DAMMANN et G. PODEUR, « Le nouveau paysage du droit des sûretés : première étape de la réforme de la fiducie et du gage sans dépossession », *D.* 2008, p. 2300.
- G. DAMY, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion : évolutions et précisions jurisprudentielles pour les banques », *Banque et dr.* mai-juin 2006, p. 28.
- F. DERRIDA, « La « dématérialisation » du droit de rétention », *Mélanges offerts à Monsieur le Professeur P. VOIRIN*, LGDJ, 1967, p. 177.
- J. DEVEZE, « Aux frontières du cautionnement : lettres d'intention et garanties indépendantes », *LPA* 3 juillet 1991, p. 26.
- G. DURRY ; « La place de la morale dans le droit du contrat d'assurance », *Risques* 1994, n° 18, p. 47.
- M. ELLAND-GOLDSMITH, « Les sûretés sur sommes d'argent : le droit anglais », *Rev. dr. banc. fin.* 2006, étude n° 5.
- G. ENDREO, « Fait générateur des créances et échange économique », *RTD com.* 1984, p. 223.
- P. ESMEIN, « Trois problèmes de responsabilité civile : causalité, concours des responsabilités, conventions d'irresponsabilité », *RTD civ.* 1934, p. 317.
- M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », *RTD civ.* 1996, p. 85.
- R. FAMILY, « Erreur, non-conformité, vice caché : état des questions à l'heure de la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *Contrats. conc. consom.* 2002, chron. n° 7.
- N. FERNANDEZ PEREZ, « Contratos de prestamo y garantia », in *Contratacion mercantil*, vol. 1, Tirant lo blanch, 2003, p. 771.
- F. FOURMENT, « Défauts cachés de la chose vendue : que reste-t-il de l'action en garantie des vices cachés ? », *RTD com.* 1997, p. 395.
- A. FOURNIER, *Rép. civ. Dalloz, V° Hypothèque*, 2007.
- J. FRANÇOIS, « Le problème de la nature juridique du contrat caution-débiteur », *D.* 2001, p. 2580.
- J. FRANÇOIS, « L'obligation de la caution réelle », *Deffrénois* 2002, p. 1208.
- D. GALLOIS-COCHET, « Garantie autonome et lettre d'intention », *RLDA* mars 2007, p. 68.

- J.-H. GARREAU DE LA MECHENIE, « La vocation de l'ayant cause à titre particulier aux droits et obligations de son auteur », *RTD civ.* 1944, p. 219.
- P.-Y. GAUTIER, « Retour aux sources : le droit spécial de la garantie de conformité emprunté aux édiles curules », *RDC* 2005, p. 925.
- Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, « La lettre de garantie internationale », *RTD com.* 1980, p. 1.
- F. GENTILE, « Risque et assurance », *Esprit* 1965, p. 16.
- J. GHESTIN, « Réflexions d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D.* 1981, chron. p. 1.
- A. GHOZI, « Nature juridique et transmissibilité de la clause de réserve de propriété », *D.* 1986, chron. p. 317.
- C. GINESTET, « La qualification des sûretés », *Deffrénois* 1999, p. 80 et 203.
- L. GODON, « La distinction entre délégation de paiement et indication de paiement », *Deffrénois* 2000, p. 193.
- M. GRIMALDI et Ph. DUPICHOT, « Durée et sûretés », *RDC* 2004, p. 95.
- M. GRIMALDI, « L'hypothèque rechargeable et le prêt viager hypothécaire », *D.* 2006, p. 1294.
- H. GROUDEL, « Vice caché et défaut de conformité », *Resp. civ. assur.* 1993, chron. n° 27.
- F. GRUA, « Le cautionnement réel », *JCP* 1984, I, 3167.
- L. GRYNBAUM, « La fusion de la garantie des vices cachés et de l'obligation de délivrance opérée par la directive du 25 mai 1999 », *Contrats. conc. conso.* 2000, chron. n° 7.
- J. GHESTIN, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77.
- Ch. GUETTIER, « Le fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante », *Resp. civ. assur.* 2002, chron. n° 19 et 22.
- D. GUTMANN, « La date de naissance des créances en droit fiscal », in *La date de naissance des créances*, *LPA* 9 novembre 2004, p. 35.
- J. HANSENNE, « De l'obligation réelle accessoire à l'obligation réelle principale », *Etudes dédiées à A. WEILL*, Dalloz Litec, 1983, p. 325.
- R. HASSON, « The Special Nature of the Insurance Contract : A Comparison of the American and English Law of Insurance », *Modern Law Review*, vol. 47, n° 5, 1984, p. 505.
- S. HEBERT, « Le pacte comissoire après l'ordonnance du 23 mars 2006 », *D.* 2007, p. 2052.
- J. HENRIOT, « Note sur la date et le sens de l'apparition du mot « responsabilité » », *Archives de philosophie du droit*, t. 22, La responsabilité, 1977, Sirey, p. 59.

- S. HOCQUET-BERG, « Garantie des vices cachés, défaut de conformité et restitutions », *Resp. civ. assur.* 2006, étude n° 9.
- S. HOCQUET-BERG, « Essai transformé pour la responsabilité indirecte pour faute d'autrui », *Resp. civ. assur.* 2007, étude n° 17.
- D. HOUTCIEFF, « Contribution à l'étude de l'*intuitus personae*, la considération de la personne du créancier par la caution », *RTD civ.* 2003, p. 3.
- D. HOUTCIEFF, « Les sûretés personnelles », *JCP* 2006, supplément au n° 20, p. 7.
- M.-L. IZORCHE, « Réflexions sur la distinction », *Mélanges Ch. MOULY*, t. I, Litec, 1998, p. 53.
- M.-L. IZORCHE, « Le vendeur professionnel, entre vices cachés et jurisprudence hermétique », *D.* 2000, chron. p. 407.
- M.-L. IZORCHE, *Rép. civ. Dalloz, V° Action directe*, 1994.
- W. JEANDIDIER, « L'exécution forcée des obligations contractuelles de faire », *RTD civ.* 1976, p. 700.
- M. JEANTIN, « La transmission universelle du patrimoine d'une société », *Mélanges offerts à J. DERRUPPE*, GLN Joly éd. et Litec, 1991, p. 287.
- Ph. JESTAZ, « Les malfaçons de l'immeuble : par qui et à qui la garantie est-elle due ? », *Gaz. Pal.* 1969, doct. p. 225.
- Ph. JESTAZ, « Qu'est-ce qu'un *résultat* en droit ? », *Etudes offertes au Professeur Ph. MALINVAUD*, Litec, 2007, p. 293.
- E. JEULAND, « L'énigme du lien de droit », *RTD civ.* 2003, p. 455.
- P. JOURDAIN, « Les actions des acquéreurs insatisfaits ou victimes de dommages », *Gaz. Pal.* 1994, doct. p. 826.
- P. JOURDAIN, « Réflexions sur la notion de responsabilité contractuelle », in *Les métamorphoses de la responsabilité, Sixièmes Journées René Savater, Poitiers 15 et 16 mai 1997*, PUF, 1998, p. 65.
- P. JOURDAIN, « La date de naissance de la créance d'indemnisation », in *La date de naissance des créances*, *LPA* 9 novembre 2004, p. 49.
- P. JOURDAIN, « Transposition de la directive sur la vente du 25 mai 1999 : ne pas manquer une occasion de progrès », *D.* 2003, p. 4.
- P. JOURDAIN, « La responsabilité du fait d'autrui à la recherche de ses fondements », *Etudes à la mémoire de Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 67.
- P. JOURDAIN, « Quelques réflexions sur la notion de garantie en droit privé », *Etudes offertes au Professeur Ph. MALINVAUD*, Litec, 2007, p. 303.

- P. JOURDAIN, « Présentation des dispositions de l'avant-projet sur les effets de la responsabilité », *RDC* 2007, p. 141.
- N. KANAYAMA, « De l'obligation de « couverture » à la prestation de « garantir » », *Mélanges Ch. MOULY*, t. II, Litec, 1998, p. 375.
- F. KESSLER, « Contracts of Adhesion, Some Thoughts about Freedom of Contracts », *Columbia Law Review* 1943, p. 629.
- J. KULLMANN, « L'ignorance du sinistre », *RGDA* 1999, p. 755
- J. KULLMANN, « Incertitudes sur incertitude dans le contrat d'assurance », *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 171.
- Ch. LACHIEZE, « La délégation-sûreté », *D.* 2006, p. 234.
- Y. LAMBERT-FAIVRE, « L'évolution de la responsabilité civile d'une dette de responsabilité à une créance d'indemnisation », *RTD civ.* 1987, p. 1.
- Y. LAMBERT-FAIVRE, « Réflexion sur la nature juridique des assurances de responsabilité », *Mélanges dédiés à J. VINCENT*, Dalloz, 1981, p. 193.
- Y. LAMBERT-FAIVRE, « La loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, III. L'indemnisation des accidents médicaux », *D.* 2002, p. 1367.
- Ch. LARROUMET, « Obligation essentielle et clause limitative de responsabilité », *D.* 1997, chron., p. 145.
- Ch. LARROUMET, « L'acquéreur de l'immeuble loué et la caution du locataire », *D.* 2000, chron. p. 155.
- Ch. LARROUMET, « Pour la responsabilité contractuelle », *Etudes offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 543.
- Ch. LARROUMET, « La loi du 19 février 2007 sur la fiducie. Propos critiques », *D.* 2007, p. 1350.
- Ch. LARROUMET, « De la cause de l'obligation à l'intérêt au contrat », *D.* 2008, p. 2441.
- P. LE CANNU, « Les lettres d'intention conquises par le Code civil », *RTD com.* 2006, p. 421.
- P.-M. LE CORRE, « L'invincibilité du droit de rétention dans les procédures collectives de paiement », *D.* 2001, p. 2815.
- D. LEGEAIS, « Le cautionnement à première demande », *Mélanges en l'honneur de M. VASSEUR*, Banque, 2000, p. 87.
- D. LEGEAIS, « La règle de l'accessoire dans les sûretés personnelles », *Dr. et patr.* avril 2001, p. 68.

- D. LEGEAIS, « La date de naissance de la créance de recours de la caution *solvens* », in *La date de naissance des créances*, LPA 9 novembre 2004, p. 57.
- D. LEGEAIS, « Perspectives d'évolution du cautionnement », *Dr. et patr.* octobre 2008, p. 46.
- J. LEPARGNEUR, « De l'effet, à l'égard de l'ayant cause particulier, des contrats générateurs d'obligations relatifs au bien transmis », *RTD civ.* 1924, p. 481.
- Ph. LE TOURNEAU, « Conformités et garanties dans la vente d'objets mobiliers corporels », *RTD com.* 1980, p. 231.
- Ph. LE TOURNEAU, « Des mérites et vertus de la responsabilité civile », *Gaz. Pal.* 1985, doctr. p. 283.
- R. LIBCHABER, « Une fiducie française, inutile et incertaine... », *Mélanges Ph. MALAURIE, Liber amicorum*, Defrénois, 2005, p. 303.
- R. LIBCHABER, « Réflexions sur les effets du contrat », *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 211.
- R. LIBCHABER, « La vaine recherche de sûretés personnelles nouvelles : l'insaisissable porte-fort de l'exécution », *RJDA* 2006, p. 787.
- R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, p. 1094 et 1194.
- J. LIMPENS, R. KRUIHOF et A. MEINTZERHAGEN, « Liability for One's Own Act », in *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, 1983, p. 36.
- C. LISANTI-KALDZYNSKI, « L'action directe dans les chaînes de contrats ? Plus de dix ans après l'arrêt *Besse* », *JCP* 2003, I, 102.
- D. MAINGUY, « Propos dissidents sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation », *JCP* 2002, I, 183.
- V. MALABAT, « De la distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat », *Études à la mémoire de Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses Universitaires de Bordeaux, 2003, p. 439.
- Ph. MALINVAUD, « De l'erreur sur la substance », *D.* 1972, chron., p. 215.
- Ph. MALINVAUD, « L'autonomie de la garantie des vices en matière immobilière », *Rev. dr. immo.* 1998, p. 321.
- Ph. MALINVAUD, « Prescription et responsabilité des constructeurs après la réforme du 17 juin 2008 », *Rev. dr. immo.* 2008, p. 368.
- C. MARCHAND, « Le privilège de la douleur (la procédure d'indemnisation amiable de la loi du 4 mars 2002) », *D.* 2002, p. 2739.
- D. R. MARTIN, « De la répétition de l'indu », *D.* 1993, chron. p. 167.

- D. R. MARTIN, « L'engagement de codébiteur solidaire adjoint », *RTD civ.* 1994, p. 49.
- D. R. MARTIN, « La stipulation de contrat pour autrui », *D.* 1994, chron. p. 145.
- D. R. MARTIN, « Du gage-espèces », *D.* 2007, p. 2556.
- A. MARTIN-SERF, « L'interprétation extensive des sûretés réelles en droit commercial », *RTD com.* 1980, p. 677.
- J. MAURY, « L'erreur sur la substance dans les contrats à titre onéreux », *Etudes de droit civil à la mémoire de H. CAPITANT*, Dalloz, 1939, p. 491.
- Y. MAYAUX, *Rép. civ. Dalloz, V° Assurances terrestres*, 2007.
- L. MAYAUX, « L'assureur est-il un garant ? », *Mélanges en l'honneur de Y. LAMBERT-FAIVRE et D. C. LAMBERT*, Dalloz, 2002, p. 281.
- D. MAZEAUD, « Variations sur une garantie épistolaire et indemnitaire : la lettre d'intention », *Dialogues avec M. JEANTIN*, Dalloz, 1999, p. 341.
- D. MAZEAUD, « Famille et responsabilité (Réflexions sur quelques aspects de l'idéologie de la réparation) », *Etudes offertes à P. CATALA*, Litec, 2001, p. 569.
- D. MAZEAUD, « Transposition de la directive du 25 mai 1999 : la parole est à la défense », *D.* 2003, p. 6.
- D. MAZEAUD, « La cause », in *1804-2004, Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 451.
- H. MAZEAUD, « Essai de classification des obligations », *RTD civ.* 1936, p. 1.
- M. MEKKI, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 12 janvier 2005, p. 3.
- R. MERKIN et J. LOWRY, « Reconstructing Insurance Law : the Law Commissions Consultation Paper », *Modern Law Review*, January 2008, vol. 11, n° 1, p. 95.
- M. MERTZ, « Les obligations en cas de sinistre », *Gaz. Pal.* 1994, p. 731.
- M.-L. MORANÇAIS-DEMEESTER, « La responsabilité des personnes obligées à restitution », *RTD civ.* 1993, p. 757.
- N. MORELLI, « Le sort du cautionnement dans les opérations de fusion », *Bull. Joly Sociétés* 2004, p. 933.
- Ch. MOULY, « Les sûretés personnelles traditionnelles en France », in *Les Sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984 p. 129.
- Ch. MOULY, « Procédures collectives : assainir le régime des sûretés », *Etudes dédiées à R. ROBLOT*, LGDJ, 1984, p. 529.
- Ch. MOULY, « L'avenir de la garantie indépendante en droit interne », *Mélanges en hommage à A. BRETON et F. DERRIDA*, Dalloz, 1991, p. 267.

- J. MOULY, « Peut-il exister une véritable responsabilité du fait d'autrui ? », *Resp. civ. assur.* 2008, étude n° 10.
- J.-M. MOUSSERON, « La gestion des risques par le contrat », *RTD civ.* 1988, p. 481.
- V. NICOLAS, « Contribution à l'étude du risque dans le contrat d'assurance », *RGDA* 1998, p. 637.
- J. NOLL, « Does One Size Fit All ? A Note on the Harmonization of National Warranty Law as a Tool of Consumer Protection », *European journal of law and economics*, vol. 16, n° 2, September 2003, p. 219.
- B. OPPETIT, « Sur le concept d'arbitrage », *Etudes offertes à Berthold Goldman*, Litec, 1982, p. 229.
- B. OPPETIT, « Les tendances régressives dans l'évolution du droit contemporain », *Mélanges dédiés à D. HOLLEAUX*, Litec, 1990, p. 317.
- G. PAISANT et L. LEVENEUR, « Quelle transposition pour la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation ? », *JCP* 2002, I, 135.
- G. PAISANT, « La transposition de la directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans la vente de biens de consommation », *Contrats conc. conso.* 2005, étude n° 8.
- F. PARISI, « The Harmonization of Legal Warranties in European Law : An Economic Analysis », *American journal of comparative law*, vol. 52, n° 2, 2004, p. 403.
- J.-D. PELLIER, « Réflexions sur la spécificité de l'hypothèque rechargeable », *LPA* 17 janvier 2008, p. 3.
- F. PEROCHON, « Procédures collectives et cautionnement », *Dr. et patr.* juillet-août 2008, p. 77.
- N. PERREAU et C. ACKERMANN, « La transmission de contrats *intuitu personae* dans le cadre d'opérations d'apports partiels d'actif et de fusion », *LPA* 3 juin 2004, p. 4.
- V. PERRUCHOT-TRIBOULET, « L'indu à trois », *RTD civ.* 2003, p. 427.
- S. PIEDELIEVRE, *Rép. com. Dalloz, V° Garantie à première demande*, 2008.
- G. PIGNARRE, « A la redécouverte de l'obligation de *praestare* », *RTD. civ.* 2001, p. 41.
- Ph. PORTIER, « Les trois âges de la sécurité », in *La sécurité*, Revue juridique de l'ouest, n° spécial 2002, p. 13.
- M. POUMAREDE, « L'avènement de la responsabilité civile du fait d'autrui », *Mélanges en l'honneur de PH. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2008, p. 839.
- S. PRIGENT, « Engagement pour autrui et assurance », *RGDA* 2005, p. 597.
- G. L. PRIEST, « A Theory of the Consumer Product Warranty », *Yale Law Journal*, vol. 90, n° 6, may 1981, p. 1297.

- A. PRÜM, « La consécration légale des garanties autonomes », *Etudes offertes au Doyen Ph. SIMLER*, Dalloz-Litec, 2006, p. 409.
- P. PUIG, « Le contrat d'entreprise translatif de propriété », *Études offertes à J. DUPICHOT*, Bruylant, 2004, p. 393.
- P. PUIG, « Application au contrat d'entreprise de la nouvelle garantie de conformité : évolution ou révolution », *RDC* 2005, p. 963.
- Ch. RADE, « L'autonomie de l'action en garantie des vices cachés », *JCP* 1997, I, 4009.
- Ch. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile 1- L'impasse », *D.* 1999, chron. p. 313.
- Ch. RADE, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile 2- Les voies de la réforme : la promotion du droit à la sûreté », *D.* 1999, chron. p. 323.
- M. RADIN, « Guaranty and Suretyship », *California Law Review* 1928-1929, p. 605.
- Ph. REMY, « Critique du système français de responsabilité civile », *Droit et cultures* 1996/1, p. 31.
- Ph. REMY, « La « responsabilité contractuelle » : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997, p. 323.
- M. REMOND-GOUILLOUD, « L'influence du rapport caution-débiteur sur le contrat de cautionnement », *JCP* 1977, I, 2850.
- Th. REVET, « La prise d'effets du contrat », *RDC* 2004, p. 29.
- I. RIASSETTO, « Le porte-fort d'exécution, une garantie à la recherche de son caractère », *RLDC* avril 2006, p. 26.
- G. RIPERT, « Le droit de ne pas payer ses dettes », *D.* 1936, chron. p. 57.
- M.-T. RIVES-LANGE, « Contribution à l'étude de la responsabilité des maîtres et commettants », *JCP* 1970, I, 2309.
- J. ROCHFELD, *Rép. civ. Dalloz*, 2005, V° Cause.
- J. ROCHFELD, « Les modes temporels d'exécution du contrat », *RDC* 2004, p. 47.
- R. RODIERE, « Une notion menacée : la faute ordinaire dans les contrats », *RTD civ.* 1954, p. 201.
- W. ROSCH, « Nouveau droit de la vente, présentation générale », in *La réforme du droit allemand des obligations*, sous la direction de C. WITZ et F. RANIERI, Société de législation comparée, 2004, p. 51.
- R. SACCO, « A la recherche de l'origine de l'obligation », *Archives de philosophie du droit*, t. 44, *L'obligation*, Dalloz, 2000, p. 33.

- C. SAINT-ALARY-HOUIN, « Rapport de synthèse » in « Sûretés et procédures collectives : morceaux choisis », *LPA* 20 septembre 2000, p. 40.
- J.-CH. SAINT-PAU, « La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ? », *Resp. civ. assur.* 1998, chron. n° 22.
- R. SAVATIER, « Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats », *RTD civ.* 1934, p. 525.
- E. SAVAUX et R.-N. SCHÜTZ, « Exécution par équivalent, responsabilité et droits subjectifs », *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 271.
- A. SCHNEIDER, « La faute de la victime devant la CIVI », *D.* 2003, p. 1185.
- Y.-M. SERINET, « Erreur et vice caché : variations sur le même thème », *Etudes offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 789.
- Y.-M. SERINET, « La directive du 25 mai 1999 sur les garanties dans les ventes de biens de consommation : transposer n'est pas oser », *RDC* 2005, p. 955.
- Ph. SIMLER, « Les solutions de substitution au cautionnement », *JCP* 1990, I, 3427.
- Ph. SIMLER, « Peut-on substituer la promesse de porte-fort à certaines lettres d'intention, comme technique de garantie ? », *Rev. dr. banc. bourse* 1997, p. 223.
- Ph. SIMLER, « Le cautionnement réel est réellement - aussi - un cautionnement », *JCP* 2001, I, 367.
- Ph. SIMLER, « L'énigmatique sort de l'obligation du délégué envers le délégant tant que l'opération de délégation n'est pas dénouée », *Mélanges offerts à J.-L. AUBERT*, Dalloz, 2005, p. 295.
- Ph. SIMLER, « *Eppur, si muove !* Et pourtant, une sûreté réelle constituée en garantie de la dette d'un tiers est un cautionnement... réel », *JCP* 2006, I, 172.
- B. SOINNE, « La transmission de la réserve de propriété », *Gaz. Pal.* 1985, doct. p. 287.
- B. SOINNE, « Les modifications envisagées de la loi du 26 juillet 2005 », *Rev. proc. coll.* 2008, étude n° 12.
- B. STARCK, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.* 1958, p. 475.
- O. M. STÖCKER, « L'eurohypothèque, pionnier d'un marché intérieur du crédit hypothécaire », *Banque et dr.* septembre-octobre. 1996, p. 16.
- D. TALLON, « Erreur sur la substance et garantie des vices dans la vente mobilière », *Etudes de droit commercial offertes à J. HAMEL*, Dalloz, 1961, p. 435.
- D. TALLON, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994, p. 223.
- F.-X. TESTU, « Le cautionnement-libéralité », *JCP N* 1988, I, 307.

- Ph. THERY, « L'hypothèque rechargeable », *Dr. et patr.* mai 2007, p. 42.
- C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ.* 1997, p. 357.
- N. THOMASSIN, « La date de naissance des créances contractuelles », *RTD com.* 2007, p. 655.
- G. TILLEMENT, « Promesse de porte-fort et droit des sociétés », *Rev. soc.* 1993, p. 51.
- A.-M. TOLEDO, « La compensation conventionnelle », *RTD civ.* 2000, p. 265.
- S. TORCK, « La date de naissance des créances en droit civil », in *La date de naissance des créances*, *LPA* 9 novembre 2004, p. 25.
- O. TOURNAFOND, « Les prétendus concours d'action et le contrat de vente », *D.* 1989, chron., p. 237.
- O. TOURNAFOND, « De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du Code civil », *D.* 2002, p. 2883.
- O. TOURNAFOND, « La nouvelle « garantie de conformité » des consommateurs », *D.* 2005, p. 1557.
- O. TOURNAFOND, « Quelques observations sur la garantie de conformité issue de l'ordonnance du 17 février 2005 », *RDC* 2005, p. 933.
- Ch. TUAILLON, « La responsabilité civile face à l'aléa ou les méfaits de l'éventualité », *LPA* 7 janvier 2005, p. 3.
- P. VALLIER, « Faut-il abroger l'article L. 121-10 du Code des assurances ? », *Resp. civ. assur.* 2000, chron. n° 26.
- P. VAN OMMESLAGHE, « Sûretés issues de la pratique et autonomie de la volonté », in *Les Sûretés*, Colloque de Bruxelles des 20 et 21 octobre 1983, FEDUCI, 1984 p. 345.
- R. VATINET, « La date de naissance des créances en droit du travail », in *La date de naissance des créances*, *LPA* 9 novembre 2004, p. 19.
- D. VEAUX, « Sélection des actions de l'acheteur » ; *Contrats conc. consom.* 1993, chron. n° 9.
- G. VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, 851.
- A. VIANDIER, « Les contrats conclus *intuitu personae* face à la fusion des sociétés », *Mélanges MOULY*, t. II, Litec, 1998, p. 193.
- M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de philosophie du droit*, t. 22, La responsabilité, 1977, Sirey, p. 45.

- G. VINEY, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », *Archives de philosophie du droit*, t. 22, La responsabilité, Sirey, 1977, p. 5.
- G. VINEY, « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit*, Vocabulaire fondamental du droit, 1990, Sirey, p. 275.
- G. VINEY, « Exécution de l'obligation, faculté de remplacement et réparation en nature en droit français », in M. FONTAINE, G. VINEY (dir.), *Les sanctions de l'inexécution de l'obligation contractuelle, Etudes de droit comparé*, Bruylant, LGDJ, 2001, p. 167
- G. VINEY, « La responsabilité contractuelle en question », *Etudes offertes à J. GHESTIN*, LGDJ, 2001, p. 92.
- G. VINEY, « Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente ? », *JCP* 2002, I, 158.
- G. VINEY, « Retour sur la transposition de la directive du 25 mai 1999 », *D.* 2002, p. 3162.
- C. WITZ, « Pourquoi la réforme et pourquoi s'y intéresser en France », in *La réforme du droit allemand des obligations*, sous la direction de C. WITZ et F. RANIERI, Société de législation comparée, 2004, p. 11.
- C. WITZ, « Le nouveau droit allemand de la vente sous le double éclairage de la directive et de la Convention de Vienne », in *La réforme du droit allemand des obligations*, sous la direction de C. WITZ et F. RANIERI, Société de législation comparée, 2004, p. 203.
- C. WITZ, « La fiducie française face aux expériences étrangères et à la Convention de La Haye relative au *trust* », *D.* 2007, p. 1369.

Notes et observations

- P. ANCEL, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1999, *D.* 2000, p. 407.
- J.-L. AUBERT, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988 et Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, *D.* 1989, somm. p. 229.
- L. AYNES, obs. sous Cass. com., 13 janvier 1987, *D.* 1987, somm., p. 453.
- L. AYNES, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 1992, *D.* 1992, p. 481.
- L. AYNES, note sous Cass. civ. 10 janvier 1995, *D.* 1995, p. 178.
- L. AYNES, obs. sous Cass. com., 16 avril 1996, *D.* 1996, somm. p. 333.
- L. AYNES, note sous Cass. com., 26 janvier 1999, *D.* 1999, p. 577.
- L. AYNES, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, *D.* 2002, p. 3337.
- L. AYNES, note sous Cass. AP, 6 décembre 2004, *D.* 2005, p. 227.

- L. AYNES, note sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *D.* 2006, p. 729.
- O. BARRET, note sous Cass. com., 20 janvier 1987, *Rev. soc.* 1987, p. 397.
- A.-S. BARTHEZ, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 21 octobre 2004, *Deffrénois* 2005, p. 1226.
- M. BEHAR-TOUCHAIS, note sous Cass. com., 13 janvier 1987, *JCP E* 1987, II, 15054.
- M. BILLIAU, note sous Cass. AP, 25 février 2000, *JCP* 2000, II, 10295.
- V. BONNET, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 29 février 2000, *D.* 2000, p. 829.
- V. BONNET, note sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *D.* 2006, p. 1543.
- Ph. BRUN, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 27 juin 2001, *D.* 2002, somm. p. 1004.
- Ph. BRUN, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 13 novembre 2003, *RDC* 2004, p. 344.
- Ph. BRUN, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 6 octobre 2004, *RDC* 2005, p. 350.
- Ph. BRUN, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, *RDC* 2006, p. 1140.
- J. CARBONNIER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1960, *RTD civ.* 1961, p. 332.
- D. COHEN, note sous Cass. com., 22 octobre 1996, *JCP* 1997, II, 22881.
- P. CROCQ, obs. sous Cass. com., 27 octobre 1998, *RTD civ.* 1999, p. 152.
- P. CROCQ, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2002, *RTD civ.* 2002, p. 546.
- P. CROCQ, obs. sous Cass. com., 8 novembre 2005, *D.* 2006, p. 2858.
- P. CROCQ, obs. sous Cass. com., 19 décembre 2006, *RTD civ.* 2007, p. 160.
- P. CROCQ, obs. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RTD civ.* 2008, p. 331.
- O. DESHAYES, obs. sous Cass. com., 22 mai 2007, *D.* 2007, p. 1999.
- B. DONDERO, note sous Cass. com., 9 juillet 2002, *D.* 2003, p. 545.
- Ph. DUPICHOT, obs. sous Cass. com., 8 novembre 2005, *Dr. et patr.* fév. 2006, p. 126.
- Ph. DUPICHOT, obs. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *Dr. et patr.* février 2006, p. 128.
- P.-Y. GAUTIER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1986, *D.* 1987, p. 209.
- M. GERMAIN, note sous Cass. com., 20 janvier 1987, *JCP* 1987, II, 20844.
- P. GROSSER, note sous Cass. com., 13 décembre 2005, *JCP E* 2006, 1342.
- D. HOUTCIEFF, obs. sous Cass. com., 5 mai 2004, *RDC* 2004, p. 1021.
- D. HOUTCIEFF, obs. sous Cass. AP, 6 décembre 2004, *RDC* 2005, p. 406.
- D. HOUTCIEFF, obs. sous Cass. com., 8 novembre 2005, *RDC* 2006, p. 467.
- D. HOUTCIEFF, note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *D.* 2007, p. 2201.
- D. HOUTCIEFF, note sous Cass. com., 10 juillet 2007, *JCP* 2007, II, 10154.
- F. JACOB, obs. sous Cass. com., 19 avril 2005, *Banque et dr.* mai-juin 2005, p. 63.
- F. JACOB, obs. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *Banque et dr.* juillet-août 2007, p. 48.
- F. JAULT-SESEKE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *D.* 1998, p. 305.
- P. JOURDAIN, obs. sous Cass. AP, 25 février 2000, *RTD civ.* 2000, p. 582.

- P. JOURDAIN, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 2001, *RTD civ.* 2002, p. 104.
- P. JOURDAIN, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 4 février 2002, *JCP* 2003, II, 10058.
- P. JOURDAIN, note sous Cass. AP, 13 décembre 2002, *D.* 2003, p. 231.
- P. JOURDAIN, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 2004, *RTD civ.* 2005, p. 143.
- J. KULLMANN, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 5 avril 2007, *RGDA* 2007, p. 584.
- Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 18 mai 1988 et Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, *D.* 1989, p. 450.
- Ch. LARROUMET, obs. sous Cass. com., 25 février 1981, *D.* 1981, somm. p. 445.
- Ch. LARROUMET, note sous Cass. com., 16 avril 1996, *D.* 1996, p. 571.
- Ch. LARROUMET, note sous Cass. com. 26 avril 2000, *D.* 2000, p. 717.
- Ch. LARROUMET, note sous Cass., ch. mixte, 22 novembre 2002, *D.* 2003, p. 445.
- P. LE CANNU, obs. sous Cass. com., 8 novembre 2005, *RTD com.* 2006, p. 145.
- D. LEGEAIS, note sous Cass. com., 26 janvier 1999, *JCP E* 1999, p. 674.
- D. LEGEAIS, obs. sous Cass. com., 8 novembre 2005, *RTD com.* 2006, p. 179.
- D. LEGEAIS, obs. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RTD com.* 2007, p. 585.
- D. LEGEAIS, obs. sous projet AN, n° 842, *Rev. dr. banc. fin.* 2008, comm. n° 67.
- L. LEVENEUR, note sous Cass. com., 26 avril 1994, *Contrats. conc. conso.* 1994, comm. n° 134.
- L. LEVENEUR, note sous Cass. com., 7 juin 1994, *Contrats conc. conso.* 1994, comm. n° 193.
- L. LEVENEUR, note sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, *Contrats. conc. conso.* 2000, comm. n° 159.
- L. LEVENEUR, obs. sous Cass. com., 13 décembre 2005, *Contrats conc. conso.* 2006, comm. n° 63.
- R. LIBCHABER, obs. sous Cass. com., 20 mai 1997, *D.* 1998, somm. p. 115.
- R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 28 novembre 2001, *Defrénois* 2002, p. 255.
- R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 4 février 2002, *Defrénois* 2003, p. 245.
- R. LIBCHABER, obs. sous Cass. com., 9 juillet 2002, *Defrénois* 2002, p. 1614.
- R. LIBCHABER, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 2004, *Defrénois* 2004, p. 996.
- R. LIBCHABER, obs. sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *Defrénois* 2006, p. 586.
- F.-X. LUCAS, obs. sous Cass., com, 7 décembre 2004, *Rev. dr. banc. fin.*, comm. n° 49.
- Ph. MALAURIE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1972 et Cass. civ. 1^{ère}, 27 juin 1973, *D.* 1973, p. 733.
- Ph. MALINVAUD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1972, *JCP* 1973, II, 17340.

- A. MARTIN-SERF, obs. sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *RTD com.* 2007, p. 835.
- D. MAZEAUD, obs. sous Cass. com., 26 janvier 1999, *Defrénois* 1999, p. 740.
- D. MAZEAUD, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 13 octobre 2004, *RDC* 2005, p. 1009.
- J. MESTRE, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1987, *RTD civ.* 1988, p. 348.
- J. MESTRE et B. FAGES, obs. sous Cass. com., 13 décembre 2005, *RTD civ.* 2006, p. 305.
- Ch. MOULY, note sous Cass. com., 29 juin 1982, *D.* 1983, p. 360.
- J. MOULY, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, *JCP* 2001, II, 10613.
- F. PEROCHON, obs. sous Cass. com., 14 février 1995, *D.* 1996, p. 218.
- S. PIEDELIEVRE, note sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *JCP E* 2006, 1056.
- D. PORACCHIA, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 28 septembre 2004, *Dr. et patr.* mars 2005, p. 96.
- S. PRIGENT, note sous Cass. com., 8 novembre 2005, *LPA* 5 janvier 2006, p. 10.
- Ph. REMY, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 11 février 1981, *RTD civ.* 1981, p. 860.
- Ph. REMY, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 novembre 1985, *RTD civ.* 1986, p. 370.
- Ph. REMY, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1987, *RTD civ.* 1988, p. 368.
- Ph. REMY, obs. sous Cass. civ. 19 janvier 1988, *RTD civ.* 1988, p. 549.
- Th. REVET, obs. sous Cass. com., 3 mai 2006, *RTD civ.* 2006, p. 584.
- R. RODIERE, note sous CA Aix, 5 octobre 1954, *JCP* 1955, II, 8548.
- N. RONTCHEVSKY, obs. sous Cass. com., 7 décembre 2004, *Banque et dr.* mars-avril 2005, p. 39.
- N. RONTCHEVSKY, obs. sous Cass. com., 13 décembre 2005, *Banque et dr.* mars-avril 2006, p. 60.
- E. SAVAUX, obs. sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, *Defrénois* 2001, p. 1275.
- E. SAVAUX, obs. sous Cass. AP, 6 décembre 2004, *Defrénois* 2005, p. 634.
- E. SAVAUX, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 1^{er} février 2006, *Defrénois* 2006, p. 651.
- E. SAVAUX, obs. sous Cass. com., 19 décembre 2006, *Defrénois* 2007, p. 448.
- E. SAVAUX, note sous Cass. AP, 21 décembre 2007, *Defrénois* 2008, p. 1457.
- A. SERIAUX, note sous Cass. Com, 22 octobre 1996, *D.* 1997, p. 121.
- Ph. SIMLER, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 2005 et Cass. com., 13 décembre 2005, *JCP* 2006, II, 10021.
- Ph. SIMLER, note sous Cass. ch. mixte, 2 décembre 2005, *JCP* 2005, II, 10183.
- Ph. SIMLER, obs. sous Cass. com., 8 novembre 2005, *JCP* 2006, I, 131, n° 9.
- Ph. SIMLER, obs. sous Cass. com., 22 mai 2007, *JCP* 2007, I, 212, n° 8.
- Ph. SIMLER, note sous Cass. ch. mixte, 8 juin 2007, *JCP* 2007, II, 10138.

- B. STARCK, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1958 et Cass. civ. 2^{ème}, 19 mai 1958, *JCP* 1958, II, 10808.
- F. STEINMETZ, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 1973, *D.* 1975, p. 549.
- Ph. STOFFEL-MUNCK, obs. sous Cass. com., 10 juillet 2007, *D.* 2007, p. 2839.
- J. STOUFFLET, obs. sous Cass. com., 20 janvier 1987, *JCP* 1987, II, 20764.
- H. SYNDET, note sous Cass. com., 21 décembre 1987, *Rev. soc.* 1988, p. 398.
- Ph. THERY, obs. sous Cass. com., 1^{er} octobre 2002, *Defrénois* 2003, p. 410.
- O. TOURNAFOND, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1996, *D.* 1997, somm., p. 345.
- O. TOURNAFOND, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *D.* 2002, somm. p. 1000.
- O. TOURNAFOND, obs. sous Cass. civ. 3^{ème}, 7 juin 2000, *D.* 2002, somm. p. 1002.
- O. TOURNAFOND, note sous Cass. civ. 2^{ème}, 10 mai 2001, *D.* 2001, p. 2851.
- M. VASSEUR, obs. sous Cass. com., 20 décembre 1982, *D.* 1983, p. 365.
- G. VINEY, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, *JCP* 1993, I, 3727, n° 25.
- G. VINEY, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 27 octobre 1993 et 8 décembre 1993, *JCP* 1994, I, 3773, n° 12.
- G. VINEY, obs. sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 mars 2006, *RDC* 2006, p. 1230.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les numéros renvoient aux paragraphes)

A

Accessoire 149, 246 et s., 397, 400, 412, 428, 437

Affectation exclusive..... 254 et s.

Cause-fonction 257 et s.

Finalité..... 259 et s.

Notion de sûreté 79 et s.

Obligation accessoire 137, 179, 181 et s., 244, 372

Obligation réelle 152, 154

Transmission 326

Action directe

Action de la victime . 129, 283 et s., 320, 322, 347 et s., 350, 377, 395, 450

Caractère accessoire 266, 303, 310

Efficacité 377

Qualification de garantie 109

Recours..... 395

Structure dualiste..... 182

Transmission . 329, 331, 339 et s., 347 et s., 350

Volonté des parties 450

Action oblique..... 114

Action paulienne..... 114

Antichrèse

Caractère accessoire 271, 311

Efficacité 373

Force majeure..... 410

Naissance de la garantie 195, 214

Qualification de garantie 111

Structure dualiste..... 146

Transmission 331

Volonté des parties 444 et s.

Assurance de dommages

Caractère accessoire .. 283 et s., 320, 322

Efficacité 361, 371, 377

Exonération du garant 408, 416, 421

Extinction de la garantie..... 230, 239

Naissance de la garantie ... 198 et s., 218

Notion..... 86 et s.

Qualification de garantie 128

Recours..... 394 et s., 397

Risque couvert..... 94 et s.

Structure dualiste 141, 145, 151, 162, 174, 186

Transmission.....347 et s.

Volonté des parties 432, 441, 450

Assurance de personnes 98

Assurance-cautionnement.. 105, 283, 347 et s., 377, 384, 416, 432

Assurance-crédit .283, 320, 347 et s., 377, 384, 397, 416

C

Cause

Cause de la garantie ..101 et s., 106, 162, 297, 382

Fondement du caractère accessoire . 249, 252 et s., 257 et s.

Fondement de la garantie31 et s., 38 et s.

Cautionnement

Caractère accessoire.. 139, 248 et s., 250, 252, 256 et s., 264, 292 et s., 305 et s., 328

Cautionnement réel.....154 et s., 176

Efficacité..... 357, 367, 372

Extinction de la garantie

Fait du créancier 408, 412, 420

Naissance de la garantie.....

Qualification de garantie..... 105

Recours 381 et s., 385, 397, 400 et s.

Structure dualiste

Transmission.....327 et s., 331, 335

Volonté des parties ...427 et s., 431, 433, 435, 438, 443

Cession de créance

Créances professionnelles 111, 160, 180, 207, 210, 223, 272, 434

Exception de compensation 278

Qualification de garantie..... 430

Transmission des accessoires 264

Transmission de la garantie .. 326, 331 et s., 337, 343, 348, 350

Compensation

Caractère accessoire..256, 261, 277 et s., 300, 304, 312

Efficacité 359, 369, 374
 Effet extinctif..... 233, 318
 Exception de compensation..... 249
 Extinction de la garantie..... 225
 Naissance de la garantie 194
 Qualification de garantie 115
 Recours..... 390
 Structure dualiste..... 160
 Transmission 331
Concours d'actions ...22 et s., 57 et s., 436 et s.

Constitut
 Caractère accessoire 265, 298, 310
 Extinction de la garantie..... 223, 234
 Naissance de la garantie 193, 214
 Originalité..... 427 et s.
 Qualification de garantie 101, 107
 Recours..... 383, 398
 Structure dualiste..... 151, 164, 182
 Transmission329 et s., 334 et s.

Crédit-bail
 Caractère accessoire 256, 273 et s.
 Extinction de la garantie..... 224
 Qualification de garantie 111
 Structure dualiste..... 160, 183
 Volonté des parties 434

D

Délégation imparfaite
 Caractère accessoire .. 266 et s., 299, 310
 Extinction de la garantie..... 223
 Naissance de la garantie ... 193, 207, 214
 Originalité..... 427 et s.
 Qualification de garantie 101, 108
 Recours..... 383, 398
 Structure dualiste..... 151, 164, 182
 Transmission329 et s., 334 et s.

Droit de gage général
 Caractère accessoire 260, 268
 Qualification de garantie 84, 113 et s.

Droit de rétention
 Caractère accessoire . 275, 278, 301, 311
 Efficacité 363, 369, 374
 Extinction de la garantie..... 225
 Qualification de garantie 112
 Recours..... 398
 Structure dualiste..... 183
 Transmission 331
 Volonté des parties 434

E

Erreur 21 et s., 26 et s., 29
Exécution en nature.....356 et s.

F

Faute
 Conditions de la responsabilité...41 et s., 96, 121 et s.
 Conditions du recours..... 392, 397
 Faute du bénéficiaire. 413 et s., 418 et s.

Fiducie
 Caractère accessoire..... 272, 311
 Extinction de la garantie 224
 Qualification de garantie..... 111
 Structure de la garantie 160
 Volonté des parties 430, 434

Fonds d'indemnisation des victimes d'actes de terrorisme 130, 175, 187, 250, 286, 322, 371, 377, 396

Fonds d'indemnisation des victimes d'infractions.... 103, 130, 175, 187, 285, 321, 371, 377, 396 et s., 422

Fonds d'indemnisation des victimes de l'amiante . 133, 175, 187, 250, 286, 322, 371, 377, 396

Fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages 131, 175, 187, 285, 321, 371, 377, 396 et s.

Fonds de garantie et d'indemnisation
 Caractère accessoire..250, 285 et s., 321, 323
 Efficacité..... 361, 371, 377
 Exonération du garant..... 416, 422
 Extinction de la garantie 231, 240
 Naissance de la garantie..... 200, 219
 Qualification de garantie... 103, 122, 130 et s.

Recours396 et s., 403
 Structure de la garantie 159, 175, 187
 Transmission de la garantie 347, 350
 Volonté des parties 341

Force majeure 50 et s., 100, 122, 192, 408 et s.

Force obligatoire
 Exonération du garant..... 49, 52
 Extinction..... 221 et s., 225 et s.
 Naissance ...192, 195 et s., 205, 213, 215

Obligation de couverture .. 162 et s., 172, 182, 186, 188
Transmission . 326, 328 et s., 333, 335 et s., 342, 344 et s. 347 et s.

G

Gage

Caractère accessoire 271, 301, 311
Caractère impératif 434, 444 et s.
Efficacité 373
Exonération du garant 410
Extinction de la garantie 236
Gage-espèces 430
Naissance de la garantie 195, 214
Extinction de la garantie 229, 237
Obligation réelle 156
Recours 387
Structure dualiste 148, 160, 176, 182
Transmission 331

Garantie autonome

Caractère accessoire . 247, 255 et s., 260, 265, 295 et s., 308 et s., 329, 332 et s.
Efficacité 357, 367, 372
Extinction de la garantie 223, 234
Naissance de la garantie 193, 214
Qualification de garantie 101, 106
Recours 206, 383, 386, 398
Structure dualiste 182
Volonté des parties 427 et s., 433, 443

Garantie conventionnelle

Caractère accessoire 280, 315
Extinction de la garantie 229
Exonération du garant 415
Fondement 25, 32, 76
Naissance de la garantie 196, 215
Qualification de garantie 99 et s.
Structure dualiste 149, 159, 170 et s., 176, 184, 186
Transmission de la garantie 338
Volonté des parties 440, 448 et s.

Garantie d'éviction

Aménagement conventionnel ... 440, 449
Caractère accessoire 280
Efficacité 366
Extinction 229, 237
Fait de la victime 414, 419
Fondement . 22, 25, 31 et s., 34, 37, 48 et s., 52, 56 et s., 61, 69 et s., 74 et s.
Naissance 215

Qualification de garantie 100 et 119
Recours 393
Structure dualiste 147, 149, 151, 153, 168, 171, 184
Transmission 340

Garantie de conformité

Concours d'actions 36, 67, 436
Efficacité 365 et s., 376
Extinction de la garantie 229
Obligation réelle 153
Qualification de garantie 119
Structure dualiste 159

Garantie des vices cachés

Caractère accessoire. 250, 252, 280, 315, 319
Exonération 414 et s., 419, 424
Extinction 229, 237
Fondement .. 22 et s., 31 et s., 48 et s., 56 et s., 69 et s.
Naissance 215
Obligation réelle 152 et s., 177
Qualification de garantie 88, 100, 119
Structure dualiste 147, 149, 151, 153, 168, 171, 184
Transmission 338 et s., 346
Volonté des parties 436, 440, 448 et s.

Garanties d'assurance

Caractère accessoire 250 , 252, 256, 258, 282 et s., 320 et s.
Efficacité 361, 371, 377
Exonération du garant 408, 416 et s., 421 et s.
Extinction 230 et s., 239 et s.
Naissance 198 et s., 218 et s.
Notion 86 et s., 127 et s.
Recours 394 et s.
Structure dualiste 174 et s., 186 et s.
Transmission 347 et s.
Volonté des parties 432, 441

Garanties d'indemnisation

Caractère accessoire. 250, 252, 256, 258, 279 et s., 314 et s.
Caractère impératif ... 432, 436, 439 et s., 447 et s.
Efficacité 360, 364 et s., 370, 375 et s.
Extinction 228 et s.
Exonération 408, 413 et s., 418 et s.
Naissance 215 et s.
Notion 118 et s.
Recours 391 et s., 402

Structure dualiste.....168 et s, 184 et s.
 Transmission 337 et s.

Garanties de paiement
 Caractère accessoire 250, 252, 256, 258,
 263 et s., 291 et s.
 Efficacité ... 357 et s., 362 et s., 367 et s.,
 372 et s.
 Exonération du garant 408 et s., 412,
 420, 424
 Extinction221 et s., 233 et s.
 Naissance.....191 et s., 201 et s.
 Notion..... 79 et s., 101 et s., 105 et s.
 Recours.....380 et s., 397 et s.
 Structure dualiste 159, 162 et s., 182 et s.
 Transmission 325 et s.
 Volonté des parties427 et s., 433 et s.,
 438 et s., 443 et s.

Garanties du constructeur
 Caractère accessoire 280, 319
 Caractère impératif..... 436, 440, 449
 Efficacité 366
 Exonération du garant 414 et s., 419
 Extinction de la garantie..... 229, 237
 Fondement 47 et s., 57, 62 et s., 67, 71 et
 s.
 Naissance de la garantie 196
 Recours..... 393
 Structure dualiste..... 147, 159, 168, 172
 Transmission 338 et s.

H

Hypothèque

Caractère accessoire .. 270 et s., 301, 311
 Efficacité 373
 Exonération du garant 410
 Naissance de la garantie 195, 214
 Obligation réelle..... 156
 Qualification de garantie 102, 111
 Structure dualiste..... 148, 160
 Transmission 330 et s., 336
 Volonté des parties 444 et s.

L

Lettre d'intention

Caractère accessoire 276, 300
 Efficacité 359, 369, 372
 Exonération du garant 409
 Extinction de la garantie..... 223, 235
 Naissance de la garantie 194

Originalité 431, 435
 Qualification de garantie..... 81, 117
 Recours 384
 Structure dualiste 151, 159, 167, 182
 Transmission..... 331
 Volonté des parties 446

Liberté contractuelle ..171, 193 et s., 308,
 427 et s., 438 et s.

N

Naissance des créances71, 97, 203 et s.

Nantissement

Caractère accessoire..... 271, 311
 Efficacité..... 373
 Extinction de la garantie 236
 Naissance de la garantie..... 195, 214
 Obligation réelle 156
 Qualification de garantie..... 111
 Structure dualiste 160
 Transmission..... 331
 Volonté des parties 430, 445

Novation.....233, 249, 304, 326, 330 et s.,
 337, 348

O

Obligation d'information

Obligations du garant 147, 169, 179, 182
 Obligations du bénéficiaire..... 372, 420,
 423, 438

Obligation de couverture

Existence.....160 et s., 271
 Exonération..... 407, 421
 Extinction.....221 et s.
 Naissance191 et s.
 Notion87, 90, 97, 138 et s.
 Transmission..328 et s., 335, 342, 344 et
 s.

Obligation de défense 32, 37, 56, 70, 74 et
 s., 147, 171, 366

Obligation de délivrance 171, 196, 436

Fondement de la garantie56 et s., 73 et s.
 Obligation principale .279 et s., 319, 338

Obligation de garantie.... 56 et s., 68 et s.,
 147, 149 et s., 160, 407

Obligation de prévision ..72, 74 et s., 147,
 170

Obligation de règlement

Existence.....159 et s.
 Exonération.....407 et s.

Extinction	233 et s.
Naissance.....	201 et s.
Notion.....	97, 138 et s.
Transmission .	326 et s., 331, 335, 337 et s., 342, 345 et s.
Volonté des parties	450
Obligation <i>in solidum</i>	
Assurance	322
Caractère accessoire ..	250, 259 et s., 302
Efficacité	375
Extinction de la garantie.....	225
Naissance de la garantie	193
Qualification de garantie	83, 109
Recours.....	391, 398
Responsabilités du fait d'autrui	318, 337, 345, 375, 391
Transmission	331
Obligation réelle	152 et s., 176 et s.
ONIAM 132 et s., 175, 187, 250, 286, 321, 371, 396 et s.	
Opposabilité des exceptions	304, 372, 412, 420
Action directe	129, 182, 303, 310
Assurance	320, 349, 450
Cause-fonction	257 et s.
Cautionnement ..	107, 249, 293 et s., 305 et s.
Constitut	182, 265, 298, 310
Délégation imparfaite	108, 182, 207, 299, 310
Garanties autonomes .	265, 296 et s., 308 et s.
Garanties indemnitaires.....	300, 310
Solidarité	249, 302, 310

P

Porte-fort

Caractère accessoire	256, 276, 293, 300, 310
Caractère impératif.....	446
Efficacité	359, 369
Exonération du garant	409
Extinction de la garantie.....	223, 235
Naissance de la garantie	194
Originalité.....	435
Qualification de garantie	83, 116
Recours.....	384
Structure dualiste.....	151, 167, 182
Transmission	331

Prescription	376
Concours d'actions.....	23, 25, 59, 66 et s., 436
Extinction de la garantie ..	226, 229, 233, 237, 304, 318, 322
Preuve	23, 25, 117, 145, 328, 376, 409, 415, 448
Privilèges	
Bailleur	271
Caractère accessoire.....	270 et s.
Créances salariales.....	209 et s., 311, 331
Extinction.....	225, 311
Naissance	195, 208 et s., 214
Obligation réelle	177, 179
Origine légale.....	434
Procédure collective.....	208, 311
Qualification de garantie.....	111
Transmission.....	330 et s.
Trésor public.....	331
Vendeur de meubles	225
Procédures collectives ...85, 111 et s., 160, 207 et s., 304, 306 et s., 369, 372 et s., 428, 434, 443	
Propriétés-garanties	
Caractère accessoire..	256, 272 et s., 301, 311
Efficacité.....	358, 373
Extinction.....	224, 236
Naissance de la garantie.....	214
Qualification de garantie.....	80, 83, 111
Recours	388 et s.
Structure dualiste	160, 183
Transmission.....	331
Volonté des parties	430, 434

R

Recours

Existence d'un recours	379 et s.
Notion de sûreté.....	108 et s., 379
Recours subrogatoire	397 et s.
Recours personnel.....	400 et s.

Réserve de propriété

Caractère accessoire...254, 272 et s., 311	
Efficacité.....	373
Extinction de la garantie	224
Force majeure	410
Naissance de la garantie.....	208, 214
Qualification de garantie.....	111
Structure dualiste	160, 183

Transmission	331
Responsabilité	
Notion.....	39 et s., 46 et s., 121 et s.
Responsabilité contractuelle du fait d'autrui....	24, 159, 392, 408, 413, 447
Responsabilité délictuelle du fait d'autrui	
- Caractère accessoire... 281, 316 et s.	
- Caractère impératif.....	432, 439
- Efficacité	364, 370, 375
- Exonération	408, 413, 418
- Extinction.....	228, 238
- Qualification de garantie....	122 et s.
- Naissance	197
- Recours	392
- Structure dualiste	159, 173, 185
- Transmission	337
Risque	
Extinction de la couverture	221 et s.
Naissance de la couverture	191 et s.
Notion.....	93 et s., 104 et s.
Prise en charge	179 et s.

S

Sinistre	87, 96 et s., 128, 141, 145, 186, 198 et s., 218, 283 et s., 416, 450
Solidarité	101, 294, 298, 415, 427 et s., 438, 440
Caractère accessoire .	248 et s., 252, 261, 268 et s., 302, 310
Caractère impératif.....	433, 443
Efficacité	362, 367, 372
Exonération du débiteur	409
Extinction de la garantie... 223, 236, 234	
Naissance de la garantie	193, 214
Qualification de garantie	83, 109

Recours	383, 398, 401
Structure dualiste	151, 182
Transmission.....	329, 331, 337

Subrogation

Bénéfice de subrogation ..	163, 179, 181, 372, 420 et s.
Recours du garant ..	385 et s., 394, 396 et s.
Subrogation réelle.....	183, 410
Transmission des garanties	273 et s., 326, 331 et s., 337, 348, 350

Sûreté

Notion	80 et s.
--------------	----------

Sûretés négatives

Caractère accessoire.....	276, 300
Efficacité.....	359, 369
Exonération du garant.....	409
Extinction de la garantie	235
Naissance de la garantie.....	194, 213
Qualification de garantie....	113 et s., 117
Recours	391
Structure dualiste	166
Transmission.....	331
Volonté des parties	435

T

Théorie de la garantie	39 et s., 87
Transmission	102, 120, 183, 402
A titre principal..	334 et s., 345 et s., 350 et s.
Accessoire..	255, 264, 268, 272 et s., 326 et s., 337 et s., 347 et s.
Transmission <i>propter rem</i>	152 et s.
Transmission universelle ..	143 et s., 227, 327 et s., 347

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION.....	1
PREMIERE PARTIE : CARACTERES COMMUNS A LA NOTION DE GARANTIE	23
TITRE 1 : UNITE FONCTIONNELLE DE LA GARANTIE	25
Chapitre 1 : Tentatives de définition conceptuelle.....	27
SECTION 1 : LA GARANTIE FONDEE SUR DES MECANISMES DE DROIT DES OBLIGATIONS.....	28
§1 : LA GARANTIE FONDEE SUR LES CONDITIONS DE FORMATION DU CONTRAT.....	28
A) Propositions fondant la garantie sur l'erreur.....	28
1) Exposé des propositions fondant la garantie sur l'erreur.....	29
2) Appréciation des propositions fondant la garantie sur l'erreur.....	33
B) Propositions fondant la garantie sur la cause	38
1) Exposé des propositions fondant la garantie sur la cause	39
2) Appréciation des propositions fondant la garantie sur la cause	41
§2 : LA GARANTIE FONDEE SUR LA RESPONSABILITE DE DROIT COMMUN.....	46
A) Propositions comparant la garantie à la responsabilité extracontractuelle	46
1) Exposé des propositions comparant la garantie à la responsabilité46extracontractuelle	47
2) Appréciation des propositions comparant la garantie à la responsabilité extracontractuelle	49
B) Propositions comparant la garantie à la responsabilité contractuelle.....	51
1) Exposé des propositions comparant la garantie à la responsabilité contractuelle .	51
2) Appréciation des propositions comparant la garantie à la responsabilité contractuelle	56
SECTION 2 : LA GARANTIE ENVISAGEE COMME UNE OBLIGATION.....	59
§1 : LA GARANTIE ENVISAGEE COMME LE PROLONGEMENT DE L'OBLIGATION DE DELIVRANCE.....	59
A) Exposé de la théorie de la délivrance prolongée.....	59
B) Appréciation de la théorie de la délivrance prolongée.....	64
§2 : LA GARANTIE ENVISAGEE COMME UNE OBLIGATION ORIGINALE	72
A) Exposé de la théorie de l'obligation de garantie	72
B) Appréciation de la théorie de l'obligation de garantie	76
Conclusion du Chapitre 1	80
Chapitre 2 : Définition fonctionnelle de la garantie.....	83
SECTION 1 : PROPOSITIONS DE DEFINITION FONCTIONNELLE DE LA GARANTIE	84
§1 : LA DEFINITION FONCTIONNELLE DE LA GARANTIE EN DROIT DES SURETES.....	84
A) Exposé de la définition fonctionnelle de la garantie en droit des sûretés	84
B) Appréciation de la définition fonctionnelle de la garantie en droit des sûretés	87
§2 : LA DEFINITION FONCTIONNELLE DE LA GARANTIE EN DROIT DES ASSURANCES.....	92
A) Exposé de la définition fonctionnelle de la garantie en droit des assurances	92

B) Appréciation de la définition fonctionnelle de la garantie en droit des assurances .	95
SECTION 2 : APPLICATION DU CRITERE FONCTIONNEL : LA GARANTIE, COUVERTURE D'UN	
RISQUE	98
§1 : DEFINITION DU RISQUE COUVERT PAR LA GARANTIE	98
A) Tentatives fondées sur le caractère dommageable de l'évènement	99
1) Exposé des tentatives fondées sur le caractère dommageable de l'évènement.....	99
2) Appréciation des tentatives fondées sur le caractère dommageable de	
l'évènement	101
B) Tentatives fondées sur le caractère incertain de l'évènement	102
1) Exposé des tentatives fondées sur le caractère incertain de l'évènement.....	103
2) Appréciation des tentatives fondées sur le caractère incertain de l'évènement...	103
§2 : CLASSIFICATION DES RISQUES COUVERTS PAR LA GARANTIE	109
A) La couverture du risque d'impayé	109
1) Garanties personnelles de paiement.....	110
a – Sûretés personnelles	110
b – Garanties assimilables aux sûretés personnelles	113
2) Garanties réelles de paiement	115
3) Garanties indirectes de paiement	117
B) La couverture du risque d'ineffectivité d'un droit	121
1) Garanties légales et conventionnelles du droit des contrats.....	122
2) Responsabilités du fait d'autrui	123
C) La couverture du risque indépendant d'une obligation	130
1) L'assurance	131
2) Les fonds de garantie	133
Conclusion du Chapitre 2	136
Conclusion du Titre 1.....	137
TITRE 2 : UNITE TEMPORELLE DE LA GARANTIE.....	139
Chapitre 1 : Structure temporelle de la garantie	141
SECTION 1 : EXPOSE DE LA CONCEPTION DUALISTE DE LA GARANTIE.....	141
§1 : LA DISTINCTION DES OBLIGATIONS DE COUVERTURE ET DE REGLEMENT.....	142
A) Exposé de la distinction des obligations de couverture et de règlement.....	142
B) Réception en droit positif de la distinction des obligations de couverture et de	
règlement.....	146
§2 : TENTATIVES D'EXTENSION DE LA CONCEPTION DUALISTE DE LA GARANTIE.....	150
A) La notion d'obligation personnelle de garantie.....	150
B) La notion d'obligation réelle de garantie	156
SECTION 2 : AMENAGEMENT DE LA CONCEPTION DUALISTE DE LA GARANTIE.....	162
§1 : L'INEXACTITUDE DE LA CONCEPTION OBLIGATIONNELLE DE LA GARANTIE	162
A) L'insuffisance du concept d'obligation de règlement.....	163
B) L'insuffisance du concept d'obligation de couverture	165
1) L'insuffisance du concept d'obligation personnelle de couverture	165
a – L'absence d'obligation personnelle de couverture dans les garanties de	
paiement	166
b – L'absence d'obligation personnelle de couverture dans les garanties	
d'indemnisation	173
c – L'absence d'obligation personnelle de couverture dans les garanties	
d'assurance	179
2) L'insuffisance du concept d'obligation réelle de couverture.....	180

§2 : L'EXACTITUDE DE LA CONCEPTION DUALISTE DE LA GARANTIE	182
A) Description de la structure dualiste de la garantie	182
B) Application de la structure dualiste aux différentes garanties.....	186
1) Structure dualiste des garanties de paiement	187
2) Structure dualiste des garanties d'indemnisation.....	191
3) Structure dualiste des garanties d'assurance.....	192
Conclusion du Chapitre 1	194
Chapitre 2 : Délimitation temporelle de la garantie	195
SECTION 1 : POINT DE DEPART DE LA GARANTIE	195
§1 : POINT DE DEPART DE LA COUVERTURE DU RISQUE	196
A) Point de départ de la couverture du risque dans les garanties de paiement	196
B) Point de départ de la couverture du risque dans les garanties d'indemnisation	200
C) Point de départ de la couverture du risque dans les garanties d'assurance	203
§2 : POINT DE DEPART DE L'EXECUTION DES GARANTIES	205
A) Point de départ de l'exécution des garanties de paiement	205
B) Point de départ de l'exécution des garanties d'indemnisation	215
C) Point de départ de l'exécution des garanties d'assurance	219
SECTION 2 : EXTINCTION DE LA GARANTIE.....	222
§1 : EXTINCTION DE LA COUVERTURE DU RISQUE	222
A) Extinction de la couverture du risque dans les garanties de paiement.....	223
B) Extinction de la couverture du risque dans les garanties d'indemnisation	229
C) Extinction de la couverture du risque dans les garanties d'assurance.....	231
§2 : TERMINAISON DE LA PHASE DE REGLEMENT.....	233
A) Extinction des obligations de règlement dans les garanties de paiement	233
B) Extinction des obligations de règlement dans les garanties d'indemnisation	236
C) Extinction des obligations de règlement dans les garanties d'assurance	237
Conclusion du Chapitre 2	238
Conclusion du Titre 2.....	239
Conclusion de la 1^{ère} Partie.....	239
DEUXIEME PARTIE : DIVERSITE DE REGIME DE LA GARANTIE.....	243
TITRE 1 : DIVERSITE DU CARACTERE ACCESSOIRE DE LA GARANTIE.....	245
Chapitre 1 : Existence du caractère accessoire de la garantie	247
SECTION 1 : LA NOTION D'ACCESSOIRE	247
§1 : DEFINITIONS CONCEPTUELLES DE L'ACCESSOIRE	249
A) Définitions fondées sur l'objet.....	249
B) Définitions fondées sur la cause objective	253
§2 : DEFINITIONS FONCTIONNELLES DE L'ACCESSOIRE.....	255
A) Définition fondée sur l'affectation exclusive.....	255
B) Définitions fondées sur le but de l'accessoire	259
1) Définition fondée sur la cause-fonction.....	259
2) Définitions fondées sur l'identité de fonction de l'accessoire et du principal	261
SECTION 2 : APPLICATION A LA GARANTIE DE LA NOTION D'ACCESSOIRE	264
§1 : CARACTERE ACCESSOIRE DES GARANTIES DE PAIEMENT	265
A) Caractère accessoire des garanties personnelles de paiement.....	265

B) Caractère accessoire des garanties réelles de paiement.....	272
C) Caractère accessoire des garanties indirectes de paiement	276
§2 : CARACTERE ACCESSOIRE DES GARANTIES D'INDEMNISATION	280
A) Caractère accessoire des garanties du droit des contrats.....	280
B) Caractère accessoire des responsabilités du fait d'autrui	281
§3 : DIVERSITE DU CARACTERE ACCESSOIRE DES GARANTIES D'ASSURANCE	283
A) Diversité du caractère accessoire de l'assurance	283
B) Diversité du caractère accessoire de l'intervention des fonds de garantie	286
Conclusion du Chapitre 1	288
Chapitre 2 : Application de la règle de l'accessoire à la garantie.....	291
SECTION 1 : REGLE DE L'ACCESSOIRE ET EXISTENCE DE L'OBLIGATION PRINCIPALE.....	292
§1 : EXISTENCE D'UNE OBLIGATION PRINCIPALE ET GARANTIES DE PAIEMENT.....	292
A) Règle de l'accessoire et naissance des garanties de paiement	292
B) Règle de l'accessoire et extinction des garanties de paiement.....	302
§2 : EXISTENCE D'UNE OBLIGATION PRINCIPALE ET GARANTIES D'INDEMNISATION.....	312
A) Règle de l'accessoire et naissance des garanties d'indemnisation.....	313
B) Règle de l'accessoire et extinction des garanties d'indemnisation	315
§3 : EXISTENCE D'UNE OBLIGATION PRINCIPALE ET GARANTIES D'ASSURANCE	316
A) Règle de l'accessoire et naissance des garanties d'assurance.....	316
B) Règle de l'accessoire et extinction des garanties d'assurance	318
SECTION 2 : REGLE DE L'ACCESSOIRE ET TRANSMISSION DE L'OBLIGATION PRINCIPALE.....	321
§1 : TRANSMISSION DES GARANTIES DE PAIEMENT.....	321
A) Transmission à titre accessoire des garanties de paiement	322
B) Transmission à titre principal des garanties de paiement.....	330
§2 : TRANSMISSION DES GARANTIES D'INDEMNISATION.....	332
A) Transmission à titre accessoire des garanties d'indemnisation.....	332
B) Transmission à titre principal des garanties d'indemnisation	339
§3 : TRANSMISSION DES GARANTIES D'ASSURANCE	341
A) Transmission à titre accessoire des garanties d'assurance.....	341
B) Transmission à titre principal des garanties d'assurance	344
Conclusion du Chapitre 2	346
Conclusion du Titre 1.....	347
TITRE 2 : DIVERSITE D'EFFETS DE LA GARANTIE	349
Chapitre 1 : Dénouement de la garantie	351
SECTION 1 : SATISFACTION DU BENEFICIAIRE DE LA GARANTIE.....	352
§1 : NATURE DE LA PRESTATION FOURNIE PAR LE GARANT	352
A) Prévalence de la réparation par équivalent des intérêts du bénéficiaire.....	352
B) Hypothèses de réparation en nature des intérêts du bénéficiaire	358
§2 : ETENDUE DE LA PRESTATION FOURNIE PAR LE GARANT	361
A) Montant de la prestation fournie par le garant	361
B) Obstacles à la fourniture d'une prestation par le garant.....	366
SECTION 2 : CHARGE DEFINITIVE DE LA GARANTIE	373
§1 : EXISTENCE DE RECOURS AU PROFIT DU GARANT	374
A) Principe d'un recours dans les garanties personnelles	374
B) Impossibilité de généralisation du recours à l'ensemble des garanties.....	380
§2 : NATURE DES RECOURS OUVERTS AU GARANT	387

A) Recours subrogatoire du garant.....	387
B) Recours personnel du garant	391
Conclusion du Chapitre 1	397
Chapitre 2 : Caractère impératif de la garantie.....	399
SECTION 1 : CAUSES D'EXONERATION DU GARANT	400
§1 : INFLUENCE DE LA FORCE MAJEURE SUR LA GARANTIE.....	401
A) Influence directe de la force majeure sur la garantie	401
B) Influence par accessoire de la force majeure sur la garantie.....	406
§2 : INFLUENCE DU COMPORTEMENT DU BENEFICIAIRE SUR LA GARANTIE.....	412
A) Allègement du sort du garant en raison du comportement du bénéficiaire	412
B) Notion de garantie et unité d'effets du comportement du bénéficiaire	416
SECTION 2 : INFLUENCE DE LA VOLONTE DES PARTIES SUR LA GARANTIE	419
§1 : INFLUENCE DE LA VOLONTE DES PARTIES SUR LA QUALIFICATION DE LA GARANTIE .	419
A) Encadrement de la volonté des parties dans la qualification de la garantie	420
B) Exceptions à l'encadrement de la volonté des parties dans la qualification de la garantie	426
§2 : INFLUENCE DE LA VOLONTE DES PARTIES SUR LE REGIME DE LA GARANTIE	431
A) Encadrement de la volonté des parties dans le régime de la garantie	432
B) Exceptions à l'encadrement de la volonté des parties dans le régime de la garantie	437
Conclusion du Chapitre 2	446
Conclusion du Titre 2.....	446
Conclusion de la 2^{ème} Partie.....	447
CONCLUSION GÉNÉRALE	449