



Fermer la fenêtre

## Imprimer la page

### La garantie des accessoires, analyse d'une divergence (par Mme Michèle Graff, conseiller référendaire à la Cour de cassation)

La doctrine a souvent fustigé la jurisprudence contradictoire entre les deux chambres de la Cour de cassation sur le cautionnement des accessoires. Ces divergences existent. Si on peut lire les décisions récentes de la 1ère Chambre civile comme marquant une tentative de rapprochement avec les solutions de la Chambre commerciale **(A)**, l'arrêt de cette dernière du 16 mars 1999 (Bull. n° 59) dans l'affaire Baudry **(B)** a contribué à alimenter le sentiment d'incertitude **(C)**.

#### A. La situation avant l'arrêt de la Chambre commerciale du 16 mars 1999

Depuis les années 1983/1984, la 1ère Chambre civile, par la combinaison d'une règle de preuve (art. 1326 du Code civil) et d'une règle de fond (art. 2015 du Code civil) a fait de la mention manuscrite une condition de validité du cautionnement, en lui assignant expressément pour objet la protection de la caution. Ainsi, après avoir énoncé que ces dispositions "ne constituent pas de simples règles de preuve, mais ont pour finalité la protection de la caution" (Civ. 1ère, 22 février 1984 Bull. n° 71), elle a affirmé que ce "sont des règles de preuve qui ont pour finalité la protection de la caution" (Civ. 1ère, 15 novembre 1989, Bull. n° 348).

Dans le même temps, la Chambre commerciale, se cantonnant au domaine de la preuve, a, de manière constante, estimé que l'absence ou l'insuffisance de la mention manuscrite ne rendaient pas l'acte de cautionnement nul, mais affaiblissaient seulement sa valeur probante, l'acte constituant alors un commencement de preuve par écrit que des éléments extérieurs pouvaient compléter (Com. 6 juin 1985, Bull. n° 182).

Si la 1ère Chambre civile est venue se rallier à cette position en reconnaissant à l'acte imparfait au regard des prescriptions de l'article 1326 du Code civil valeur de commencement de preuve par écrit (Civ. 1ère, 15 octobre 1991 JCP 1992 21 923 ; Civ. 1ère, 20 octobre 1992 Bull. n° 259), la source d'opposition entre les deux chambres que constituait la preuve de l'étendue du cautionnement ne s'est pas tarie pour autant, trouvant à se cristalliser dans le rôle imparti à la mention manuscrite.

Pour la 1ère Chambre Civile, "il résulte de la combinaison des articles 1326 et 2015 du Code civil que lorsque l'engagement d'une caution est exprimé dans un acte comportant la mention, écrite de sa main, de la somme qu'elle s'est engagée à payer, le cautionnement ne peut excéder cette somme", la 1ère Chambre allant jusqu'à considérer que la mention manuscrite "exprime seule la connaissance que la caution avait de la nature et de l'étendue de son obligation" (Civ. 1ère, 22 juin 1983, Bull. n° 182).

La Chambre commerciale n'a pas dénié le caractère déterminant reconnu par son homologue à la mention manuscrite, mais en refusant toutefois d'aller aussi loin. C'est ainsi que, par deux arrêts du même jour (Com. 31 mai 1994, Bull. n° 190 et 191), elle a jugé que "dès lors qu'elle a écrit de sa main qu'elle garantissait les intérêts et que le taux de ceux-ci a été fixé par écrit, la caution est tenue au paiement desdits intérêts, peu important que leur taux ne figure pas dans la mention manuscrite".

Au contraire, la 1ère Chambre Civile exigeait et exige toujours que le taux des intérêts ait été écrit par la caution de sa main (Civ. 1ère, 10 mai 1988, Bull. n° 133 ; Civ. 1ère, 27 juin 1995, Bull. n° 283).

Les deux chambres de la Cour de cassation s'éloignaient ainsi fortement l'une de l'autre à propos du taux des intérêts. En se contentant de la condition, résultant de dispositions légales (article 1907 du Code civil), que le taux soit "fixé par écrit", la Chambre commerciale entendait signifier que la caution était tenue aux intérêts conventionnels non seulement si la mention manuscrite n'en portait pas le taux mais encore dans le silence de l'acte de cautionnement lui-même, dès lors que le taux avait été stipulé par écrit, dans l'acte constatant l'obligation principale.

Toutefois, un rapprochement a pu être trouvé, dans la mesure où la 1ère Chambre a admis que la mention manuscrite imparfaite en ce qui concerne les intérêts valait commencement de preuve par écrit susceptible d'être complété par des éléments extrinsèques (Civ. 1ère, 21 février 1995, Bull. n° 90).

De même, la 1ère Chambre a admis que des cautions dirigeantes de la société débitrice principale pouvaient être condamnées au paiement des intérêts contractuels en dépit de l'absence de mention manuscrite afférente au taux de ces intérêts (Civ. 1ère, 13 octobre 1999, Bull. n° 273).

Autre assouplissement : la 1ère Chambre a décidé que le commencement de preuve que constitue un cautionnement irrégulier peut être valablement complété par les énonciations de l'acte au pied duquel le cautionnement a été donné et qui contient toutes les précisions sur la portée, la nature et les modalités de l'obligation cautionnée (Civ. 1ère, 9 décembre 1997, Bull. n° 360 ; Civ. 1ère, 12 janvier 1999, Bull. n° 13).

Enfin, cette Chambre a toujours reconnu la validité de l'acte contenant un engagement indéterminé, pour lequel les dettes cautionnées et donc le montant des intérêts sont par hypothèse inconnus, en décidant, comme le fait la Chambre commerciale, qu'un tel acte doit porter, écrite de la main du souscripteur, une mention exprimant sous une forme quelconque, mais de façon explicite et non équivoque, la connaissance que celui-ci a de la nature et de l'étendue de l'obligation contractée (Civ. 1ère, 22 février 1984, Bull. n° 71).

Cette jurisprudence, élaborée sur le jeu des règles de preuve était ainsi, plus qu'il n'y paraît, source de convergence jusqu'à ce que la Chambre commerciale ait, pour la première fois, l'occasion de statuer dans une espèce où la mention manuscrite non seulement ne faisait pas référence au taux des intérêts mais encore ne précisait pas que la garantie

s'étendait aux accessoires (Com. 16 mars 1999, Bull. n° 59 Baudry).

## **B. La jurisprudence Baudry**

Certes, la caution peut exclure de sa garantie les accessoires (Civ. 1ère, 9 décembre 1986, Bull. n° 287 ; Com. 24 octobre 1995, Bull. n° 249). Mais que décider en cas de silence de sa part, lorsque, comme en l'espèce, elle s'est engagée, dans la mention manuscrite, à garantir "toutes les sommes que la société doit ou devra à la banque" à concurrence d'un certain montant, sans autre précision.

**1.** Pour justifier la décision l'ayant condamnée à payer les intérêts en sus du principal, la Chambre commerciale s'est fondée, sur une lecture novatrice de deux textes.

D'abord, l'article 2016 du Code civil, ainsi "ressuscité" ou "rétabli dans ses droits", selon les expressions de certains commentateurs : "le cautionnement indéfini d'une obligation principale s'étend à tous les accessoires de la dette". La Chambre commerciale a estimé que "cette règle, qui n'est pas d'ordre public, s'applique à plus forte raison au cautionnement d'un montant défini, moins incertain pour la caution".

Ensuite, l'article 1326 qui, dans la lecture de la Chambre commerciale, "limite l'exigence de la mention manuscrite à la somme ou à la quantité due, sans l'étendre à la nature de la dette, à ses accessoires ou à ses composantes". Or, pour la Chambre commerciale, les intérêts participent de la nature de la dette et à ses accessoires.

Cette décision a été largement approuvée par la doctrine et même saluée par comme un "retour à l'orthodoxie" (D. Legeais JCP 1999 éd. E p 1055 ; Ph. Simler RJDA 1999 p 831 ; J. Casey JCP 1999 éd. G p 1893 ; Jacob et Rontchevsky Banque et droit juill.-août 1999 p. 35).

**2.** Malgré le risque de divergence jurisprudentielle avec l'autre chambre, la Chambre commerciale a maintenu sa position, dans un arrêt du 17 juillet 2001 (Bull. n°141), adopté en formation plénière.

Si sur le fond, elle a confirmé l'inapplicabilité, de son point de vue, de l'article 1326 aux intérêts, elle a en revanche abandonné la référence à l'article 2016.

Dans l'espèce qui lui était soumise, elle se trouvait, comme dans l'arrêt Baudry, en présence d'un cautionnement dit "omnibus", de toutes les dettes nées ou à naître d'un débiteur, à concurrence d'un certain montant. S'agit-il d'un cautionnement "indéfini" au sens de l'article 2016 du Code civil ?

"Le cautionnement est indéfini, écrivent MM. Malaurie et Aynes (Les sûretés, 9<sup>e</sup> éd. n° 243), lorsque la caution s'engage dans les mêmes termes que le débiteur principal, sans limitation par rapport à l'obligation de celui-ci, le contrat de cautionnement pouvant comporter des limitations telles que la durée, le montant garanti ou les conditions de la garantie". Cette définition est celle admise en général par la doctrine. M. Simler, lui-même, l'adopte (Le cautionnement et les garanties autonomes, 3<sup>e</sup> éd. n° 264).

Mais on sait qu'à partir des années 1980, le cautionnement "indéfini" a souvent été entendu au sens de cautionnement "omnibus", ceci en dépit du double singulier contenu dans le texte de l'article 2016 du Code civil ("une" obligation et "la" dette) et du fait que cette forme de cautionnement était inconnue des rédacteurs du Code civil (Ancel, Le cautionnement des dettes de l'entreprise sous n° 129).

Par son arrêt du 17 juillet 2001, la Chambre commerciale a marqué son hésitation à étendre, comme elle l'avait fait le 16 mars 1999, l'article 2016 du Code civil au cautionnement "omnibus", encore que son application à ce type de garantie dans son arrêt précédent n'ait rencontré aucune critique en doctrine.

En outre, on peut considérer qu'en présence d'un cautionnement indéfini d'une obligation déterminée, l'article 2016 du Code civil, qui n'est autre que l'application de la règle "l'accessoire suit le principal", impose à la caution, par dérogation à l'article 1515 qui le précède, et suivant lequel le cautionnement "doit être exprès", la garantie des accessoires, serait-ce en l'absence de stipulation expresse.

La Chambre commerciale n'a cependant pas entendu aller aussi loin. C'est ainsi que l'arrêt du 16 mars 1999, tout en se référant à l'article 2016, a pris soin de relever que la caution avait exprimé son intention de garantir les accessoires "dans l'acte de cautionnement". C'est également dans le corps de l'acte que la jurisprudence du 17 juillet 2001 invite à rechercher la volonté des parties quant aux accessoires, étant rappelé que dans un arrêt du 6 février 2001 (Bull. n° 29), la Chambre commerciale a précisé qu'une caution qui s'est engagée à garantir les accessoires est tenue au paiement de la clause pénale.

## **C. L'incidence du caractère commercial du cautionnement**

Entre-temps, dans un arrêt du 29 février 2000 (Bull. n° 68), interprété comme un acte de "résistance" par certains (Legeais JCP E 2000 p 801), d'apaisement par d'autres (J. Casey JCP 2000 G II p 1667), la 1<sup>ère</sup> Chambre civile a jugé que "lorsque le cautionnement n'a pas un caractère commercial, la caution ne peut être tenue des intérêts au taux conventionnel, en cas d'insuffisance des mentions manuscrites quant à ce taux, que sur le fondement d'éléments extrinsèques propres à compléter ces mentions".

La 1<sup>ère</sup> Chambre civile a donc limité sa jurisprudence antérieure au cautionnement civil, en prenant acte de la nouvelle position de la Chambre Commerciale quant à la liberté d'appliquer sa nouvelle position en matière commerciale, selon une distinction déjà suggérée dans un arrêt du 2 avril 1997 (Bull. n° 114).

Elle a confirmé sa faveur pour une distinction dans un arrêt du 10 juillet 2001 (Bull. n° 208), qui exprime également l'exigence dans la mention manuscrite du montant ou des modalités de calcul de l'indemnité de résiliation.

**1.** La délimitation de ces deux cautionnements est délicate. Le professeur Simler (préc. n° 92) souligne : "Il n'existe,

dans les textes, qu'une seule sorte de cautionnement : celui qui est régi par les articles 2011 et suivants du Code civil. Le Code de commerce est muet à cet égard. Seul l'aval, forme cambiaire du cautionnement, fait l'objet de dispositions particulières".

L'intérêt de la distinction entre le cautionnement civil et le cautionnement commercial est celui habituel de la distinction entre acte civil et acte de commerce. A la qualification d'acte de commerce ou d'opération commerciale sont attachées cinq conséquences : compétence du tribunal de commerce, prescription commerciale, validité de la clause compromissaire, validité de la clause attributive de compétence rationae materiae, présomption de solidarité.

Or il est nécessaire, en outre, que les parties à un acte de commerce soient commerçantes pour que puissent s'appliquer la validité de la clause attributive de compétence territoriale et la liberté de preuve.

Mis à part le cas, peu litigieux, du cautionnement commercial par nature (cautionnement bancaire) ou par la forme (souscrit par une société commerciale par la forme, ce qui est le cas des sociétés de caution mutuelle), le cautionnement est, selon une jurisprudence constante, en vigueur depuis près d'un siècle, qualifié de commercial lorsque la caution trouve un intérêt patrimonial personnel à la réalisation de l'opération principale.

Si la Chambre commerciale présume cet intérêt pour le président du conseil d'administration d'une société anonyme et pour le gérant d'une SARL, pour autant, la qualification commerciale du cautionnement ne se réduit pas au cas des dirigeants de personnes morales.

Elle concerne d'autres intervenants dans la vie de la société, pour lesquels cependant la jurisprudence est moins tranchée : directeur technique ou administratif, administrateur ou salarié, associé, ou encore conjoint du dirigeant. La caractérisation chez ces personnes d'un intérêt patrimonial personnel varie en fonction de la diversité des situations concrètes et du rôle qu'elles ont été amené à jouer dans la société.

L'incertitude est accentuée par la position de la Cour de cassation qui laisse à l'appréciation souveraine des juges du fond l'existence d'un intérêt patrimonial suffisant.

Une partie de la doctrine a alors suggéré de substituer à cet "insaisissable critère subjectif" un critère objectif, à l'image du droit du gage : le cautionnement serait considéré comme commercial chaque fois que l'obligation principale l'est elle-même (Simler préc. n° 104). Mais la commercialité de l'obligation principale serait-elle réellement un critère plus sûr ?

**2.** Quoi qu'il en soit, il convient de s'interroger sur la pertinence même du critère de commercialité en matière de preuve.

En effet, antérieurement à la loi du 12 juillet 1980, qui a modifié l'ancien article 109 du Code de commerce en n'autorisant la liberté de la preuve des actes de commerce qu' "à l'égard des commerçants", la preuve était libre lorsque la caution était intéressée.

Mais depuis l'entrée en vigueur de cette loi, c'est bien l'article 1326 du Code civil qui s'applique aux dirigeants sociaux. Un 1326 "allégé" dans son application, a-t-on pu écrire (Rapport sous Com. 1er juin 1993 M. le Conseiller Grimaldi Bull. Info. Cass. 1993 p. 26), puisqu'un commencement de preuve suffit, la seule signature pouvant en faire office (Com. 23 mai 2000, Bull. n° 107), et que la qualité de dirigeant social est présumée constituer le complément rendant parfaite la preuve du cautionnement.

Pour autant, le seul intérêt patrimonial personnel, critère de la commercialité, n'a pas été jugé suffisant par la Chambre commerciale pour venir compléter le commencement de preuve par écrit constitué par un acte comportant une mention manuscrite irrégulière. C'est ce qui ressort de l'arrêt du 31 mai 1994 (Bull. n° 193) par lequel cette Chambre a jugé, en exerçant pleinement son contrôle, que "la qualité d'associé, fût-il majoritaire, est improprie, à elle seule, à compléter valablement le commencement de preuve par écrit". Au contraire, la 1ère Chambre a approuvé une Cour d'appel d'avoir, au titre des éléments extrinsèques, relevé notamment "l'intérêt patrimonial des époux E. qui étaient directement intéressés à la conclusion du contrat de crédit-bail en leur qualité d'actionnaires principaux" (Civ. 1ère 12 janvier 1999, Bull. n° 13).

La conciliation de ces jurisprudences de la Cour de cassation viendra peut-être de l'abandon au pouvoir souverain de l'appréciation du complément de preuve, ce qui, s'agissant de l'application de l'article 1347 du Code civil, est la règle. Une règle que la Chambre commerciale semble avoir du mal à mettre en oeuvre en matière de cautionnement -encore que c'est sous couvert d'appréciation souveraine qu'elle a estimé que les fonctions d'administrateur exercées au sein d'une société anonyme ne constituaient pas un élément extrinsèque (Com. 6 décembre 1994, Bull. n° 364)- mais que la 1ère Chambre civile a clairement réaffirmée récemment (Civ. 1ère 10 mai 2000, Bull. n° 138).

En définitive, il résulte de la jurisprudence de la Chambre commerciale que le caractère commercial du cautionnement n'a, hormis dans la période antérieure à la modification de l'article 109 devenu L. 110-3 du Code de commerce, aucune incidence, en tant que tel, sur le régime de la preuve, et qu'il détermine seulement les autres conséquences liées à la commercialité d'une opération et, pour l'essentiel du contentieux, la compétence des tribunaux de commerce.

Faut-il alors réintroduire en matière de preuve un critère de commercialité, dont la doctrine a souligné les contours flous ?

Alors qu'elle y était conviée par l'arrêt de la 1ère Chambre Civile du 29 février 2000, la Chambre commerciale a refusé de s'engager dans cette voie dans son arrêt du 17 février 2001. Pour cette dernière, les articles 2016 et 1326 du Code civil ne supportent pas deux lectures selon que l'on est animé ou non par un intérêt patrimonial personnel à l'acte de cautionnement.

La solution ne pourra être donnée que par une Chambre mixte. Celle-ci aura à répondre à un triple questionnement :

- Faut-il déclarer l'article 1326 du Code civil inapplicable aux accessoires ?
- L'article 2016 permet-il de résoudre la question de la garantie des accessoires, qu'il s'agisse de cautionnement "indéfini" d'une obligation, dont la définition devra être précisée, voire d'un cautionnement "omnibus" ?
- L'application de ces textes, que ce soit dans la lecture nouvelle qu'en fait la Chambre commerciale ou dans

l'acception traditionnelle que leur donne la 1ère Chambre civile, doit-elle être conditionnée par une nature commerciale, là encore à délimiter, du cautionnement ?

[➤ Haut de page](#)

© Copyright Cour de cassation