

## GARANTIE OU CAUTIONNEMENT ? \*

(En marge de l'arrêt du Tribunal fédéral, *Ley-Ravello contre Saturnus Etablissement* <sup>1</sup>)

Tuto ROSSI

Avocat,

assistant à l'Université de Fribourg

### 1. *Le problème*

On plaide, aussi en Suisse, de plus en plus, en matière de garantie. La raison de cette effervescence réside dans l'apparition de nouvelles formes de sûreté personnelle dont la garantie bancaire à première demande (ou garantie abstraite ou indépendante) est la principale. Il s'agit d'institutions issues de la pratique internationale des affaires, mais qui tendent à se répandre dans les droits nationaux. Le phénomène de la réception par les systèmes internes d'institutions propres au commerce international n'est d'ailleurs pas nouveau <sup>2</sup>. Ces nouvelles sûretés personnelles se distinguent par deux caractères principaux : une indépendance accrue par rapport à l'obligation garantie et l'absence de formalisme. On les retrouve surtout dans les domaines où un dépôt de somme d'argent est requis en guise de garantie. Ainsi, en particulier, en matière de location immobilière de quelque importance <sup>3</sup>. Cependant cette pratique se généralise. Dans une affaire S.I. Kermely Soleil SA et consorts c. Mantel Fribourg SA <sup>4</sup>, le Tribunal fédéral a dû s'occuper de la qualification d'une garantie bancaire stipulée en remplacement d'hypothèques légales des artisans et des entrepreneurs (art. 836 ss. CC) qui grevaient des immeubles destinés à une vente de spéculation. La multiplication de ces pratiques est de nature à ébranler plus d'une certitude. Non que les engagements indépendants soient inconnus

\* Cet article a été rédigé pendant un séjour en tant que chercheur invité auprès du Max Plank Institut für internationale und ausländisches Privatrecht de Hambourg.

1 Tribunal fédéral, 1ère Cour civile, 9 juillet 1985, in re *Ley-Ravello c. Saturnus Etablissement*, SJ 1986, p. 177 ss.

2 Cf. *van Lier*, Les garanties dites « à première demande » ou abstraites, J.T. (Belgique) 1980, p. 345 ; au moyen-âge déjà la renaissance du crédit bancaire s'était vérifiée d'abord au niveau international, cf. *Hamel*, Les formes internationales des crédits bancaires, RCAD 1935 I, p. 215.

3 A ce sujet, *Lesguillons*, Histoire, signification et pratique des garanties, in Henry Lesguillons (éd.), *Les garanties bancaires dans les contrats internationaux*, Paris 1981, p. 6 ss. ; *Simont, Bruyneel*, Chronique de droit bancaire privé : les opérations de banque (1978-1979), Rev. Banque 1980, p. 93 ss.

4 Tribunal fédéral, 1ère Cour civile, in re S.I. Kermely Soleil SA et consorts c. Mantel Fribourg SA, 7 février 1984, non publié.

par les droits des Etats européens. L'art. 111 CO en est l'exemple. Les codes français (art. 1120 CCF), belge (art. 1120 CCB), italien (art. 1381 CCI) et, dans une certaine mesure, allemand (§ 780 BGB) comprennent des dispositions semblables. Jusqu'à une époque récente cependant, l'utilisation de ces dispositions n'était pas fréquente et les commentateurs se contentaient le plus souvent de répéter les exemples de l'admirable et toujours jeune étude de Stammler <sup>5</sup>. Ces auteurs ne manquaient toutefois pas d'évoquer les aléas de l'emploi des engagements abstraits comme moyen de garantie des obligations. Dans son précis de 1941 sur le nouveau droit du cautionnement, le Professeur Théo Guhl soulignait que la différence entre le contrat de porte-fort et le cautionnement se réduisait dans ces cas à : « der leider nicht immer leicht erkennbare Umstand, dass jede Bürgschaft akzessorisch ist, während der Garant beim Garantievertrag sich selbständig, d.h. eben nicht akzessorisch, verpflichtet » <sup>6</sup>. Cette différence, souvent difficile à cerner, comporte cependant de lourdes conséquences. Qualifiée de cautionnement au lieu de porte-fort, la garantie peut se révéler nulle pour insuffisance de forme et, partant, le créancier peut se trouver impayé. En effet, contrairement au porte-fort qui n'est soumis à aucune formalité particulière, le cautionnement doit satisfaire à des conditions de forme très strictes (cf. art. 493 CO) <sup>7</sup>. Lors de la révision de 1941, M. Stauffer avait proposé de soumettre les deux institutions aux mêmes exigences de forme pour éviter le danger que les règles du cautionnement ne soient contournées <sup>8</sup>. Cette proposition fut accueillie par le projet du Conseil fédéral <sup>9</sup> mais rejetée par les Chambres. Les députés motivèrent leur décision par l'argument qu'une telle solution aurait suscité encore plus de complications compte tenu de l'imprécision de la notion de porte-fort. Dès lors, les indi-

5 *Stammler*, *Der Garantievertrag*. Eine civilistische Abhandlung, A.c.P. 69/1886, p. 1 ss. (p. 36 ss.); pour une illustration de ces exemples, *Guhl*, *Das neue Bürgschaftsrecht der Schweiz*, Zurich 1941, p. 29 ss.; *Scyboz*, *Le contrat de garantie et le cautionnement*, Fribourg 1979, p. 19; dans le même sens, *Kleiner*, *Bankgarantie*, 3ème éd., Zurich 1979, p. 18.

6 *Guhl*, op. cit., p. 29.

7 Bien que l'exigence d'un acte notarié constitue une particularité suisse, en Europe le cautionnement est partout soumis à des conditions de forme plus strictes que le contrat de garantie; cf. Le cautionnement dans les Etats membres des communautés européennes, étude de Max Planck, Institut für ausländisches und internationales Privatrecht de Hamburg, Commission des communautés européennes, série concurrence 1971, p. 28 ss.

8 A ce sujet, *Lerch*, *Tuason*, *Die Bürgschaft im schweizerischen Recht*, Zurich 1936, p. 21 s.

9 Cf. Message du Conseil fédéral à l'appui d'un projet de lois revisant le titre XXe du Code des obligations du 30 mars 1911, FF 1939, II, p. 857 ss.

vidus demeurent, en droit suisse comme dans d'autres droits, complètement libres d'assurer leurs obligations en se soumettant au régime strict du cautionnement ou en choisissant les facilités d'un porte-fort. Telles sont, du moins, les conclusions d'une étude historique récente <sup>10</sup>.

L'espèce qui vient d'être jugée est un exemple, à plusieurs égards, des problèmes suscités par la juxtaposition des deux institutions dans la pratique commerciale actuelle. Ces problèmes affleurent dans plusieurs pays. Il est dès lors important de les aborder dans une optique de droit comparé.

## 2. *L'arrêt du Tribunal fédéral*

La société Saturnus s'était engagée à vendre à Carboni, citoyen italien, un terrain situé en Sardaigne. L'engagement prévoyait que l'acte notarié ne serait établi qu'à condition que l'acquéreur garantisse le solde des paiements par une caution bancaire ou une autre forme de garantie approuvée par le vendeur. Un avenant signé à Lausanne fixa le prix et les échéances de paiement. Au pied de cet avenant, Florent Ley-Ravello, domicilié à Lausanne, homme d'affaires intéressé par une éventuelle construction sur le terrain vendu, a signé la déclaration suivante sous seing privé :

« Il sottoscritto Professor Florent Ley-Ravello residente in Losanna, Place Pépinet no. 1, dichiara di intervenire nel presente compromesso di compravendita stipulato in data odierna tra il Signor Flavio Carboni e la società Saturnus Etablissement quale garante del buon fine dei pagamenti contrattuali. In fede. »

Par la suite, Saturnus a appelé la garantie. Ley-Ravello a refusé d'accéder à la demande en arguant que son engagement était nul, faute d'avoir revêtu la forme authentique exigée pour le cautionnement. La question de la validité formelle de la clause de garantie fut soumise à un jugement séparé. Par arrêt du 1er février 1985, le Tribunal cantonal vaudois a conclu que l'engagement susmentionné « constitue un porte-fort, et non un cautionnement ». Le Tribunal cantonal a fondé sa décision sur le fait que le garant avait un intérêt personnel à ce que le contrat principal fût exécuté. A cet effet, il a soutenu que, « si le garant a agi

<sup>10</sup> *Gutzwiller P.M.*, Die Wahlfreiheit zwischen Bürgschaft und Garantie, RDS 1984, p. 121 ss.

essentiellement dans l'intérêt du débiteur et pour augmenter son crédit, on sera en principe en présence d'un cautionnement ; s'il a vu surtout son intérêt personnel à l'exécution du contrat garanti, on sera plutôt en présence d'un contrat de garantie (porte-fort) ».

Le Tribunal fédéral a rejeté cet argument et a réformé le jugement cantonal. Dans son arrêt, il affirme d'abord que les intérêts en présence ne peuvent être pris en considération pour déterminer le sens de l'accord des parties que lorsque celui-ci n'est pas clairement exprimé. Il ajoute que, au demeurant, le sens économique de la participation du garant serait plutôt un indice du caractère accessoire de la garantie.

Cependant, dans l'espèce, il n'est point besoin de recourir à ces critères d'interprétation puisque le texte de la garantie montre clairement le caractère accessoire de l'engagement et donc l'existence d'un cautionnement. Le Tribunal fédéral relève à cet effet trois indices décisifs : 1) la déclaration de garantie est portée sur le document du contrat principal ; 2) l'attestation du garant de vouloir « intervenir dans le présent contrat de vente » ; 3) le fait que l'intercession avait lieu en qualité de garant de la bonne « exécution des paiements contractuels ». Ces arguments méritent quelques réflexions.

### 3. *La valeur des termes utilisés*

Le texte de la déclaration n'emploie pas le terme de « caution » mais celui de « garant ». Le Tribunal fédéral n'y voit pas un indice de l'existence d'un contrat de garantie (porte-fort). Cette attitude doit être approuvée. La pratique, et en particulier les formules bancaires, s'écartent assez souvent de la terminologie juridique. Deux décisions belges<sup>11</sup> ont expressément confirmé l'équivalence des termes « caution » et « garantie ». De même, il ne semble pas que l'on doive attribuer une plus grande certitude à la dénomination de « cautionnement » car, bien que cette institution constitue le type le plus achevé de sûreté personnelle, il arrive souvent dans le monde des affaires que l'on désigne comme « cautionnement » ce qui n'est qu'une garantie abstraite<sup>12</sup>. A ce

11 Trib. de commerce de Bruxelles 11 mars 1981, JCB 1981, I, p. 362 ; Cour d'appel de Bruxelles 18 décembre 1981, Rev. Banque 1982, p. 100.

12 Gilliéron, Les garanties personnelles, Genève 1958, p. 7 s. ; contra Kleiner, op. cit., p. 39 ; Dohm, Les garanties bancaires dans le commerce international, Berne 1986, p. 58.

propos, la Cour d'appel de Bruxelles <sup>13</sup> a affirmé que même la mention expresse dans l'accord d'intercession de certaines règles du cautionnement était insuffisante pour fonder l'existence d'un tel contrat.

#### 4. La référence au contrat de base

Le Tribunal fédéral trouve dans la référence qui est faite au contrat de base des indices décisifs en faveur du cautionnement. Il s'agit de la confirmation d'une jurisprudence rigoureuse qui avait déjà été consacrée dans l'arrêt St. c. A. du 12 septembre 1974 <sup>14</sup>. Dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait estimé que même la déclaration bancaire : « Wir garantieren Ihnen hiermit unwiderrufflich die Einlösung der Wechsel aus diesen Transaktionen bis zum Betrage von höchstens DM 250'000... » ne permettait pas de détacher la garantie du contrat de base auquel il était fait référence. Il est vrai que, s'il appert que le garant a explicitement voulu assurer la dette du débiteur principal, on ne peut que se trouver en présence d'un cautionnement. Dans sa formulation absolue, l'argumentation du Tribunal fédéral ne peut cependant être pleinement approuvée. Tous les textes modernes de garantie abstraite contiennent une référence explicite au contrat de base et à l'obligation qui doit être garantie <sup>15</sup>. De plus, lorsque les sommes en jeu sont importantes, les banques refusent en général d'accepter ou d'émettre des formules de garantie rédigées de façon trop abstraite, c'est-à-dire des garanties qui ne mentionnent que la personne du garant et celle du bénéficiaire, ainsi que la somme et l'échéance du paiement, sans faire référence au contrat en vertu duquel elles ont été émises.

Pour les mêmes raisons, le fait que la garantie ait été portée sur un document du contrat principal ne confirme que l'existence d'une obligation de base à garantir. Il n'ajoute cependant aucun indice déterminant permettant de conclure à l'existence d'un

13 Cour d'appel de Bruxelles 18 décembre 1981, cité, p. 110 s. ; par contre l'Oberlandsgericht Stuttgart a statué dans un arrêt du 8 septembre 1976 — WM 1977, p. 881 — que : "der wiederholte Gebrauch des Wortes "Bürgschaft" durch ein Kreditinstitut spricht erkennbar dafür, dass das erklärende Institut sich Verbürgen, nicht aber garantieren wollte".

14 Tribunal fédéral, 1ère Cour civile, 12 septembre 1974, in re St. c. A., BIZR 1974, p. 245 ss.

15 *Dohm*, op. cit., p. 60 ; *Kleiner*, op. cit., p. 42 s. ; cf. aussi, Cour d'arbitrage de la CCI, sentence no. 3316, 1979, *Ciunet* 1980, p. 970 ss. : « l'examen du texte de diverses garanties permet de constater que, quelle que soit leur nature, (...), elles se réfèrent en règle générale au contrat de base ou, selon les cas, à l'appel d'offre en vertu duquel elles ont été émises. (...) Les modalités de paiement de la garantie ne sont en rien affectées par de telles références à l'opération juridique qui a justifié son émission » (p. 976).

cautionnement. Au demeurant, ce mode particulier de stipulation constitue le reflet de l'allégement progressif du formalisme auquel la rapidité des transactions commerciales actuelles nous a habitués<sup>16</sup>. Enfin le fait que Ley-Ravello se soit porté garant de la « bonne exécution des paiements contractuels » ne paraît pas non plus renforcer de façon décisive la référence générale au contrat de base commune tant aux contrats de garantie qu'aux cautionnements. La traduction du Tribunal fédéral semble d'ailleurs être un peu hâtive. Aux termes de sa déclaration, Ley-Ravello s'était plutôt porté « garant de la bonne fin des paiements contractuels », ce qui n'est pas exactement équivalent à l'expression relevée par les juges de Mon Repos. Certes, l'on pourrait discuter longuement de la prétendue différence de sens des deux traductions. Cependant, si nous signalons cet aspect, c'est que l'expression « se porter garant de la bonne fin de... » est courante en matière de garanties bancaires indépendantes. Dès lors, l'emploi de cette acception particulière pouvait aussi être interprété comme un indice de la volonté des parties de détacher la garantie du contrat de base.

##### 5. *L'intérêt des parties et les présomptions*

Ne pouvant pas, à notre avis, conclure à la réelle volonté des cocontractants sur la base du texte de la garantie, le Tribunal fédéral aurait dû interpréter les déclarations des parties selon la théorie de la confiance. A ce propos, l'intérêt du garant à l'exécution du contrat de base peut constituer un indice d'une certaine importance. C'est ce que plusieurs commentateurs ont soutenu à la suite de Stammler. Cet auteur avait déjà mis en lumière que l'un des signes distinctifs principaux du « Garantievertrag » était justement l'intérêt porté par le garant à l'accomplissement de l'obligation garantie<sup>17</sup>. Ce facteur permettrait aussi d'expliquer l'absence d'impératifs de forme pour le contrat de garantie, bien que l'obligation du garant soit beaucoup plus étendue que celle de la caution<sup>18</sup>. L'intérêt du garant à l'opération garantie ne peut

16 *Van Ommeslaghe*, note à la Cour de cassation, 13 novembre 1969, *Rev. crit. jur. belge* 1970, p. 326 ss. (361); cf. aussi *Pirovano*, Introduction critique au droit commercial contemporain, *Rev. trim. dr. comm. et dr. éc.* 1985, p. 220 ss.: comme preuve des exigences actuelles d'allégement du formalisme, cet auteur rappelle la pratique aujourd'hui courante des contrats stipulés par télex ou par téléphone.

17 *Stammler*, op. cit., p. 3 et 44; *Becker*, *Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen* (art. 1-183), *Zürcher Kommentar*, 2ème éd. 1941, p. 579; ATF 81 II 520 (527); BGH 5 mars 1975, WM 1975, p. 348.

18 Le cautionnement dans les Etats membres des Communautés européennes, op. cit., p. 29.

cependant constituer un critère absolu. Son importance doit être vérifiée de cas en cas eu égard aux personnes impliquées et à l'ensemble des circonstances de la cause. Aussi, il a été remarqué que cet intérêt n'exclut pas toujours l'existence d'une obligation accessoire <sup>19</sup>. C'est donc à juste titre que le Tribunal fédéral a tempéré le raisonnement des juges cantonaux. Son affirmation selon laquelle l'existence d'un tel intérêt serait plutôt un indice en faveur du cautionnement est cependant aussi nouvelle que contestable. Elle paraît procéder d'une méconnaissance du rôle de l'obligation garantie dans la stipulation des sûretés abstraites, ainsi que nous l'avons mis en évidence dans le paragraphe précédent. Dans le cas jugé, les intérêts des parties ne peuvent pas être décelés avec précision du libellé de l'arrêt ; il est dès lors impossible de se prononcer sur l'admission éventuelle d'un contrat de garantie selon l'art. 111 CO.

Si, après interprétation, la volonté des parties ne peut pas être déterminée, le droit suisse prescrit l'application présomptive des dispositions sur le cautionnement en raison de leur but protecteur <sup>20</sup>. C'est vraisemblablement sur cette base que la décision du Tribunal fédéral devait être prise ; l'arrêt doit dès lors être approuvé dans ses conclusions.

Cette présomption n'est toutefois pas unanimement admise. D'aucuns expliquent la nécessité de préférer l'application des dispositions du cautionnement par le fait que, en l'absence d'un intérêt propre, il faut présumer que l'intercédant s'est engagé de la façon la moins onéreuse <sup>21</sup>. Par contre la jurisprudence américaine se réfère à la règle « *in dubio contra proferentem* » qui conduit normalement à l'admission d'une garantie indépendante <sup>22</sup>. Certains auteurs soutiennent enfin qu'en matière de commerce international il faudrait admettre une présomption en faveur de l'existence d'une garantie abstraite car « dans ce contexte la volonté des parties ne porte en général pas sur la forme de sûreté la moins étendue, mais au contraire sur la forme de sûreté la plus étendue » <sup>23</sup>.

<sup>19</sup> *Kleiner*, p. 60 s.

<sup>20</sup> ATF 101 II 328 et les arrêts cités.

<sup>21</sup> Dans ce sens, *Becker*, op. cit., p. 579.

<sup>22</sup> *Bank of North Carolina v. Rock Island Bank*, 570 F. 2d 202 (7th Cir. 1978), en particulier l'opinion du juge Swygert, p. 207 ; *East Girard Savings Assoc. v. Citizen Nat. Bank and Trust Co* 593 F. 2d. 598 (5th Cir. 1979).

<sup>23</sup> *Dohm*, op. cit., p. 63.

## 6. Le rôle de la liberté contractuelle

En reconnaissant une volonté clairement exprimée en faveur du cautionnement, le Tribunal fédéral n'a pas eu besoin de traiter la question, pourtant centrale, de la possibilité de garantir les obligations par le biais d'engagements intermédiaires ne relevant ni du cautionnement ni du porte-fort. La caractéristique de ces engagements est l'existence d'une abstraction limitée qui ne conduit cependant pas à l'établissement d'un lien de dépendance avec l'obligation garantie. En vertu du principe de la liberté contractuelle (art. 19 CO), aucun obstacle théorique ne semble pouvoir s'opposer à la stipulation de pareilles sûretés atypiques. Si l'on permet aux parties de se porter garantes même en l'absence d'une obligation à garantir (art. 111 CO), a fortiori l'on doit admettre des sûretés qui, tout en se référant à une obligation principale sur le modèle du cautionnement, en soient en quelque sorte plus détachées. La pratique étrangère offre de nombreux exemples de ces contrats qui peuvent être rangés dans deux catégories : ceux qui, tout en étant formulés de façon abstraite, contiennent un certain nombre de références au contrat de base, et ceux qui, tout en étant exprimés selon les règles du cautionnement, contiennent des clauses limitant le caractère accessoire. Font partie de la première catégorie les accords abstraits comportant des clauses d'effectivité : ainsi les engagements « à première demande justifiée » ou ceux dont l'exécution, bien que stipulée à première demande, dépend de la réalisation d'un dommage contractuel <sup>24</sup>. Dans la deuxième catégorie peuvent être rangés les contrats de cautionnement hybride délivrés surtout par les opérateurs commerciaux italiens. Il s'agit de sûretés basées sur les dispositions du cautionnement dont le caractère accessoire a été restreint ou supprimé conventionnellement par les parties <sup>25</sup>. Rentrent aussi dans cette seconde catégorie les « cautionnements à première demande » récemment admis par la jurisprudence allemande <sup>26</sup>. Il est légitime de se demander si des déclarations de garantie, comme celle qui a fait l'objet de l'arrêt en

24 A ce sujet, *Lohmann*, *Einwendungen gegen den Zahlungsanspruch aus einer Bankgarantie und ihre Durchsetzung in rechtsvergleichender Sicht*, Cologne 1984, p. 16 et 43 s.

25 *Fragalli*, *Il richiamo a norme dell'avallo nel regolamento convenzionale della fideiussione*, Banca, Borsa e titoli di credito 1967, I, p. 313.

26 BGH 2 mai 1979, BB 1979, p. 907 s. ; BGH 24 novembre 1983, RIW 1984, p. 917 ss. ; *Horn*, *Bürgschaften und Garantien zur Zahlung auf erstes Anfordern*, NJW 1980, p. 2153 ss. ; *Tiedtke*, *Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bürgschaftsrecht seit 1980*, ZIP 1986, p. 69 ss.

question, ne seraient pas susceptibles d'être rangées dans l'une de ces deux catégories. A notre connaissance cette question n'a pas encore été abordée en Suisse. Au vu du développement des pratiques commerciales des autres pays d'Europe, elle ne manquera toutefois pas de se poser dans le futur immédiat. La reconnaissance de toutes ces nouvelles sûretés n'est pas sans poser de nouveaux problèmes puisque c'est le principe même de l'accessoriété qui est alors mis en doute <sup>27</sup>.

### 7. Conclusions

— En Suisse, l'admission d'un contrat de garantie au sens de l'art. 111 CO est soumise à des conditions très strictes. Les parties qui entendent s'engager par le biais de tels contrats doivent dès lors prendre soin d'exprimer clairement leur volonté de détacher la garantie de l'obligation principale. La jurisprudence du Tribunal fédéral en la matière est très cohérente.

— Le Tribunal fédéral semble donner une valeur excessive aux références au contrat de base qui peuvent être contenues dans le texte des garanties. Cette jurisprudence méconnaît l'évolution des garanties abstraites dans la pratique.

— La distinction entre le cautionnement et le contrat de garantie demeure très difficile à tracer. A ce propos, la multiplication des sûretés atypiques issues de la pratique commerciale complique encore plus la recherche de critères de différenciation. On peut se demander si le principe de l'accessoriété constitue toujours une démarcation valable.

<sup>27</sup> Dans le même sens, *Pecher, Ulmer*, Münchener Kommentar zum BGB, vol. 3, 2ème éd., Munich 1986, ad. par. 765, p. 991 ; sur le principe de l'accessoriété, cf. *Scyboz*, op. cit., p. 43, 50 s., 73 ss.